

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**

**Aprile-Giugno**

**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. PICCININI - 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: Via San Barnaba, 49 - 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



## INDICE DEL FASCICOLO

---

Anno LXXIX (Seconda Serie) – N. 2 – Aprile-Giugno 2024

### ARTICOLI

SALVATORE BOCCAGNA, <i>Cento anni con la Rivista di diritto processuale</i> .....	313
ANDREA GIUSSANI, <i>Le eccezioni contrattuali dilatorie nel procedimento civile: che tempo fa</i> .....	319
ROBERTA TISCINI, <i>Tutela inibitoria e cambiamento climatico</i> .....	331
ALBERTO M. TEDOLDI, <i>Next generation e rimedi collettivi</i> .....	367
ANDREA SIMONCINI, <i>La dimensione costituzionale della giustizia predittiva. Riflessioni su intelligenza artificiale e processo</i> .....	389
SILVIA SIGNORATO, <i>Il processo penale telematico: alla ricerca di un punto di equilibrio tra efficienza e salvaguardia dei diritti fondamentali</i> .....	424
EDOARDO BORSELLI, <i>Obbligazioni solidali ad interesse comune, impugnazioni dei condebitori soccombenti e domande «incidenti»</i> ....	442

### DIBATTITI

CESARE CAVALLINI, <i>Cosa giudicata vs Res judicata</i> .....	466
FERRUCCIO AULETTA, <i>Gli ultimi cinquant'anni del «fa[re] Stato»</i> .....	482
ANTONIO CARRATTA, <i>L'oggetto del giudicato civile fra dedotto e deducibile</i> .....	499
SILVIA RUSCIANO, <i>Oggetto del giudicato e domande complanari</i> ....	519
MARCELLO GABOARDI, <i>Pregiudizialità e sospensione del processo: dal giudicato alla sentenza di primo grado</i> .....	538
STEFANIA CIRILLO, <i>«Efficacia» e «autorità» della sentenza nel prisma della riforma del processo</i> .....	557

### ATTUALITÀ LEGISLATIVA

GIAN FRANCO RICCI, <i>Alcune osservazioni sul nuovo processo di famiglia. Errori concettuali e disarmonie del sistema</i> .....	571
DINO BUONCRISTIANI, <i>Estromissione del socio lavoratore: genesi e dubbi interpretativa dell'art. 441-ter c.p.c.</i> .....	597

### NOTIZIE E RICORDI

BRUNO CAVALLONE, <i>Vittorio Colesanti. Lettere e ricordi</i> .....	621
FRANCESCO P. LUISO, <i>Giovanna Tombari Fabbrini</i> .....	622

### RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Opere segnalate: <i>Augusto Chizzini, David Abraham, Neil Andrews, Caterina Silvestri, Rolf Stürner, Vincenzo Varano (a cura di) (Guerino Guarnieri); Pietro Curzio (a cura di) (Silvia Rusciano); Fondazione Biblioteca di Lauro (Carmine Punzi); Maria Martello (a cura di) (Federico Ferraris); Ulpiano Morcavallo (Silvia Rusciano); Daniela Noviello (Mattia Garavaglia); Roberto Poli (Tittina Maria Pezzani); Maria Luisa Serra (Laura Baccaglioni)</i> ....	624
---	-----

### NOTE A SENTENZA

RENATO ORIANI, <i>L'individuazione del mezzo di impugnazione: un terzo criterio tra il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e il principio dell'apparenza</i> .....	638
NICOLA RASCIO, <i>Principio di acquisizione e onere della prova nel giudizio di appello</i> .....	655
STEFANO ALBERTO VILLATA, <i>Azione revocatoria e successione nel diritto controverso</i> .....	671
ERICA ADOBATI, <i>Domande subordinate o alternative accolte e riemersione nelle fasi di impugnazione</i> .....	694
ALESSANDRO LANDI, <i>Giudizio di delibazione di sentenza straniera e interruzione della prescrizione</i> .....	713

**PANORAMI**

NICCOLÒ NISIVOCIA, <i>Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1° gennaio – 31 marzo 2024)</i> .....	739
FRANCESCO MARIA SIMONCINI, <i>Osservatorio sulla Cassazione civile</i> ....	740

**INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA**

<i>Impugnazioni civili</i> , provvedimento recante la qualificazione della materia decisa come opposizione agli atti esecutivi <i>ex art.</i> 617 c.p.c., impugnabilità solo con ricorso per cassazione anche in caso di contestazione della detta qualificazione, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 20 aprile 2023, n. 10725 .....	637
<i>Prove civili</i> , principio di acquisizione della prova documentale, efficacia della prova anche nei gradi di giudizio successivi a quello in cui il documento è stato prodotto, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 16 febbraio 2023, n. 4835 .....	649
<i>Appello civile</i> , documento cartaceo acquisito in primo grado e non disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva prodotto, possibilità di valutazione in appello del documento in base a copia rilasciata dalla cancelleria e prodotta dalle altre parti o in virtù della trascrizione del contenuto del documento nella sentenza impugnata o in altro atto o provvedimento del processo o anche in virtù di acquisizione mediante ordine di esibizione del giudice di appello alla parte interessata, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 16 febbraio 2023, n. 4835 .....	649
<i>Appello civile</i> , documento cartaceo acquisito in primo grado e non disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva prodotto, mancata acquisizione del documento in appello, possibilità per il giudice di appello di ritenere provato il fatto rappresentato nel documento nei termini allegati negli atti difensivi della controparte, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 16 febbraio 2023, n. 4835 .....	649
<i>Successione nel diritto controverso</i> , cessione del credito in pendenza di giudizio per revocatoria <i>ex art.</i> 2901 c.c. avviato dal cedente, legittimazione del cessionario ad intervenire nella causa ai sensi dell'art. 111 c.p.c., sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 12 luglio 2023, n. 19865 .....	670

- Impugnazioni civili*, sentenza recante rigetto di una domanda principale ed accoglimento di una domanda subordinata proposta dalla stessa parte ed incompatibile con quella principale, impugnazione dell'attore che intenda insistere per l'accoglimento della domanda principale, necessità, a pena di inammissibilità del gravame, che sia impugnato anche il capo di accoglimento della domanda subordinata, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. I civ., ordinanza 14 dicembre 2022, n. 36572 ..... 691
- Riconoscimento di decisioni straniere*, idoneità della domanda di riconoscimento ad interrompere la prescrizione, ex art. 2943, 1° comma, e art. 2945 c.c., del diritto accertato nella decisione straniera, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., 29 maggio 2023, n. 15023 ..... 713

## SUPPLEMENTO DIGITALE 2024

CENTO ANNI DI DIRITTO PROCESSUALE (1924-2024)

a cura di: *Enrico Allorio, Piero Calamandrei, Virgilio Andrioli, Francesco Carnelutti, Salvatore Satta, Giuseppe Capograssi, Enrico Tullio Liebman, Crisanto Mandrioli, Gian Antonio Micheli, Vittorio Denti, Mauro Cappelletti, Giovanni Conso, Luigi Montesano, Vittorio Colesanti, Mario Nigro, Augusto Cerino-Canova, Alessandro Giuliani, Elio Fazzalari, Michele Taruffo, Franco Cipriani, Edoardo F. Ricci, Sergio Chiarloni, Giuseppe Tarzia, Nicola Picardi, Carmine Punzi, Bruno Cavallone.*

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

### Policy Open Access

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

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

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

## ARTICOLI

---

SALVATORE BOCCAGNA (\*)

Professore ordinario nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

### CENTO ANNI CON LA *RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE*

1. – Se dovessi provare a esprimere con una formula ciò che caratterizza la *Rivista di diritto processuale* rispetto ad altre riviste, pur autorevoli, dedicate allo studio e all'approfondimento del diritto processuale, direi che questo tratto distintivo risiede nel suo valore identitario. La *Processuale* costituisce infatti, come è stato scritto (Meccarelli), il «luogo identitario» dei processualisti italiani: un luogo, la cui vicenda si identifica con la storia della dottrina processualistica nel nostro paese.

Questa identificazione appare palese sin dalla fondazione della *Rivista* (di cui quest'anno ricorre il centenario), fondazione il cui artefice fu, com'è noto, Francesco Carnelutti (che allora aveva da poco iniziato la sua carriera da processualista con l'*exploit* della *Prova civile* e la successiva chiamata a Padova, appunto, sulla cattedra di diritto processuale civile), il quale intuì che la svolta impressa da Chiovenda agli studi di diritto processuale non sarebbe stata completa senza una rivista, che egli concepì sul modello della *Rivista di diritto commerciale* di Sraffa e Vivante, riservando a sé (è lui stesso a raccontarlo, in occasione della ripresa delle pubblicazioni avvenuta nel 1946 dopo l'interruzione dovuta all'inasprirsi della guerra) il ruolo attivo di Sraffa, e a Chiovenda quello di padre nobile che era stato di Vivante.

E non è un caso che il primo numero si aprisse proprio con lo scritto di Chiovenda (che la direzione della *Rivista* ha voluto ripubblicare quest'anno in occasione del centenario) sull'*Oralità e la prova*, in cui il Maestro rivendicava (non senza una certa enfasi) alla nuova creatura il compito di difendere, «sola nel mondo» (La *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess* ave-

---

(\*) Intervento alla tavola rotonda su «Identità, complementarità e attualità delle fonti editoriali del diritto processuale civile», svoltasi presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II il 26 gennaio 2024, nell'ambito del convegno su «La comunicazione scientifica e didattica del diritto processuale civile: ricerca, informazione, insegnamento».

va infatti interrotto le sue pubblicazioni nel 1920, mentre aveva avuto breve vita l'esperimento francese della *Revue de procédure civile et commerciale*, l'«autonomia della nostra scienza», prima di impegnarsi, in polemica con Mortara, in una serrata difesa dei principi del processo orale.

Sin dalla sua fondazione, dunque, la *Processuale* ha rappresentato, potremmo dire, l'«organo ufficiale» della scuola processualistica italiana, di cui ha saputo garantire, pur nell'avvicinarsi delle generazioni, l'unità (metodologica, e finanche stilistica) e la continuità.

2. – Ciononostante, essa non è mai stata la rivista di *una* scuola, nel senso del prevalere di un determinato orientamento scientifico e/o di una determinata impostazione ideologica a scapito degli altri.

Anche negli anni in cui, prima e dopo la rinascita postbellica (che segna il passaggio dall'originaria denominazione di *Rivista di diritto processuale civile* a quella attuale di *Rivista di diritto processuale*), la *Rivista* è dominata dalla personalità per tanti aspetti ingombrante di Francesco Carnelutti, essa non cesserà mai di porsi quale luogo di confronto, e spesso di scontro, tra diverse sensibilità, aperto (e proprio per merito di Carnelutti) al contributo di cultori di altre discipline (specie del diritto civile e commerciale, da Tullio Ascarelli ad Aurelio Candian, da Enrico Finzi a Salvatore Pugliatti e più recentemente Natalino Irti, mentre per il diritto pubblico piace ricordare il contributo di Massimo Severo Giannini – che sulla *Processuale* pubblicherà in tre puntate tra il 1963 e il 1964, il suo *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* – e Mario Nigro) e all'apporto di scrittori provenienti dal mondo dell'avvocatura e della magistratura.

Il predominio della figura di Carnelutti si manifesta, in quegli anni, soprattutto nell'*Indice bibliografico* che egli cura, quasi esclusivamente in prima persona, dal 1927 al 1965, anno della sua morte, avocando a sé il compito di «recensire tutto e tutti» (Cipriani), ma in realtà seguendo criteri personalissimi nella scelta delle opere da segnalare. I libri che Carnelutti recensisce sono fondamentalmente quelli (per fortuna moltissimi) che attirano la sua attenzione («onnivora» l'ha definita Enzo Vullo), offrendogli il destro per esprimere il suo pensiero, spesso attraverso giudizi sferzanti che assumono il tono di vere e proprie stroncature.

Ma anche nell'epoca in cui la *Processuale* fu, per molti versi, la rivista di Carnelutti, essa non divenne mai veicolo di un pensiero unico. Prova ne sono le svariate polemiche che si accendono sulle sue pagine, spesso innescate proprio dalla scintilla delle recensioni carneluttiane, e al fuoco delle quali si sono temprati alcuni dei concetti fondamentali della nostra disciplina. Dalla polemica con Liebman sulla cosa giudicata, a quella, sempre

con Liebman, sul titolo esecutivo, a quella «trilaterale» con Liebman e Cappelletti sul concetto di eccezione; ma vanno ricordate, altresì, quelle di carattere ideologico, sugli orientamenti pubblicistici della scienza del processo (che oppose Satta e Cristofolini, a partire dalla famosa prolusione patavina del primo del 1936), o su storia e pubblicizzazione del processo (Satta e Allorio), o quelle che, all'indomani dell'entrata in vigore del c.p.c. del 1940, videro contrapporsi difensori e critici del nuovo codice.

3. – La fine del periodo carneluttiano segna il passaggio, con la direzione di Enrico Tullio Liebman e forse ancor più con quella di Giuseppe Tarzia (che addirittura rifiutò di comparire come direttore sul frontespizio), da uno stile di direzione connotato da una accentuata personalizzazione (è lo stesso Liebman a rilevarlo commemorando nel 1984 i sessant'anni della *Rivista*), a uno ispirato a una maggiore sobrietà. Con la creazione del comitato di direzione, la *Processuale* diventa anche formalmente la rivista dei processualisti italiani. Il «drago» Carnelutti è soppiantato, sul frontespizio, dai «dragonetti», bersaglio dell'affilata ironia di Salvatore Satta (a margine di un'altra polemica, questa volta con Garbagnati, sul titolo esecutivo). Questo processo di apertura si sarebbe poi compiuto, anni dopo, con l'istituzione, accanto a quella milanese, della redazione romana, a testimoniare anche geograficamente l'appartenenza della *Rivista* a tutti i processualisti italiani.

Sono, quelli immediatamente successivi alla morte di Carnelutti, gli anni in cui si assiste a una profonda trasformazione degli studi giuridici in genere e di quelli di diritto processuale in particolare. Basti pensare all'impatto esercitato dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e alla poderosa opera di adeguamento dell'ordinamento processuale intrapresa a partire dagli anni sessanta dalla Corte costituzionale.

Cambia, parallelamente, anche il metodo dei nostri studi, con il superamento del concettualismo tradizionale e il diffondersi di nuovi strumenti di indagine, dall'analisi storica a quella comparatistica.

Questo profondo rinnovamento investe, e non poteva essere altrimenti, anche la *Processuale*, attraverso l'opera di una nuova generazione di studiosi: basti ricordare, quanto agli studi sulla giustizia costituzionale, gli scritti di Mauro Cappelletti; quanto alla storia e al diritto comparato quelli, rispettivamente, di Picardi e di Taruffo.

Di lì a poco la nostra dottrina inizierà anche a riflettere su se stessa, sulla sua storia, sul suo contributo all'evoluzione del diritto processuale. Ed è ancora la *Rivista* a ospitare, sul volgere del millennio, la polemica, innescata dagli studi di Franco Cipriani, tra «revisionisti» e «negazionisti» a proposito del c.p.c. del 1940 e del suo carattere più o meno autoritario.

Una contrapposizione, dalla quale mi sembra sia in qualche modo germinata, dopo qualche anno, la fondazione, ad opera dello stesso Cipriani, del *Giusto processo civile*.

4. – Siamo così arrivati al presente, del quale è sempre difficile parlare, perché si tratta, in fondo, di parlare di noi, del nostro lavoro, del significato di quello che facciamo. In ciò mi pare risieda il senso più profondo di quest'incontro, e di altri che lo hanno preceduto, come quello organizzato dall'Associazione la scorsa primavera sull'insegnamento del diritto processuale civile (e che vide, tra gli altri, l'appassionato intervento di Carmine Punzi).

Questo nostro interrogarci costituisce probabilmente il segno di una crisi, che stiamo attraversando, alla faticosa ricerca di un'identità che sentiamo di aver smarrito.

Molte certezze del passato sono svanite, tra cui la fiducia nel «sistema» e nel contributo che possiamo dare alla sua costruzione. Il mito positivista della riforma ha lasciato il posto al «cantiere sempre aperto» degli interventi di un legislatore poco o punto incline al dialogo con gli studiosi. La stessa giurisprudenza è ormai da tempo incamminata su binari di una sempre più accentuata autoreferenzialità.

Sotto altro profilo, gli attuali sistemi di reclutamento universitario inducono i giovani a scrivere il più possibile nel minor tempo possibile (secondo la logica del «*publish or perish*»), e ciò comporta sicuramente il rischio, diciamo così, di privilegiare la quantità sulla qualità.

5. – Come può una rivista giuridica, anzi la più antica e prestigiosa rivista giuridica del nostro settore, contribuire ad affrontare questa crisi?

Fondamentalmente, direi, rimanendo fedele a se stessa. Il che non significa, si badi bene, rifare oggi (non sarebbe possibile!) la stessa rivista di cento anni fa. Ma significa rimanere fedeli allo spirito che animò cento anni fa i suoi fondatori, quando decisero di dotare i processualisti italiani di quel «luogo identitario» che è stata, e resta ancora oggi la *Processuale*. Ciò implica, in concreto:

1) Sforzarsi di mantenere alto il livello qualitativo degli scritti. A questo riguardo, mi è stato raccontato che Liebman leggeva personalmente tutti gli scritti, e non si faceva scrupolo di restituire al mittente quelli giudicati non adeguati o semplicemente non ancora pronti per la pubblicazione; ciò lo conduceva ad instaurare un dialogo con gli autori, specie quelli più giovani, che lo portava ad essere in qualche modo (come ho sentito dire non ricordo più da chi) «maestro [oltre che dei propri, anche] degli allievi altrui».

2) Riannodare, per quanto possibile, il dialogo con la giurisprudenza, dialogo che la *Rivista* ha sempre coltivato sin dalla sua fondazione mediante la pubblicazione di note alle sentenze che ambiscono ad essere non meramente informative, ma veri e propri saggi.

Sul punto, mi sembra ancora molto attuale quanto scriveva, all'indomani della nascita della *Rivista*, Carnelutti in una lettera all'allora redattore-capo Calamandrei del 25 maggio 1924 recentemente pubblicata per merito di Bruno Cavallone: «*Godo che tu sia d'accordo con me anche sull'importanza della seconda parte della Rivista. Quello che tu scrivi riguardo alla freschezza delle sentenze e ai mezzi adatti per ottenere questo pregio, ha certo molta importanza. Ma la esperienza della redazione della Rivista di diritto commerciale e la esatta per quello che pare a me concezione della funzione di questa seconda parte, mi inducono a ritenere che le sentenze fresche non siano proprio ciò che sulla nostra Rivista si può cercare e in ogni modo si può trovare. Basta riflettere alla pubblicazione trimestrale per comprendere che noi saremo sempre in arretrato sui giornali di giurisprudenza, a mio avviso non nuoce affatto che le sentenze da noi riportate siano riportate da altri periodici, purché esse siano per il loro contenuto e soprattutto per le note interessanti rispetto allo sviluppo scientifico e pratico del diritto processuale. Vorrei dire che la nostra parte giurisprudenziale ha non tanto uno scopo informativo quanto uno scopo formativo; per informarsi gli avvocati adoperano altri giornali e soprattutto i repertori*».

E a proposito del dialogo con la giurisprudenza e dello scopo formativo della rivista, vorrei ricordare qui gli *Osservatori* (della Corte costituzionale e della Cassazione civile), istituiti per volontà di Edoardo Ricci proprio allo scopo di rendere più organica e meno occasionale l'analisi delle tendenze giurisprudenziali. In particolare, l'*Osservatorio della Cassazione civile*, attualmente curato dalla redazione romana, si è trasformato, per merito di Giuseppe Ruffini, in una vera e propria palestra per i più giovani. La preparazione di ogni rassegna è preceduta da una riunione (che si tiene, solitamente di sabato, a Roma Tre), in cui un gruppo di giovani (e meno giovani) studiosi selezionano e discutono le pronunce da includere nella rassegna. Si tratta di un'esperienza formativa davvero preziosa, che sembra avere almeno in parte raccolto l'eredità delle riunioni che si svolgevano nell'ambito dei vecchi (e mai sufficientemente rimpianti) dottorati monodisciplinari.

Per concludere: i tempi che stiamo vivendo non sono meno certo «travagliosi» (per motivi diversi, e in un certo senso opposti: allora si trattava dei travagli di una scienza nascente, oggi di quelli di una scienza che sembra avere smarrito il senso della propria funzione) di quelli in cui la *Rivista di diritto processuale* vedeva la luce cento anni fa. Sicché il

richiamo, formulato dai nostri padri nel presentare ai *Lettori* la nuova rivista, ad essere «àlacri e vigili per assolvere un compito anche più grave del consueto, poiché legislatori e giudici hanno maggior bisogno di consiglio e di aiuto» sembra conservare ancora oggi tutto il suo valore.

Con questo spirito, dunque, la *Rivista di diritto processuale*, sotto l'autorevole guida dei direttori Bruno Cavallone e Carmine Punzi, e con il contributo dei caporedattori (tra i quali merita una menzione particolare Elena Merlin, vera e propria «animatrice» della rivista da quasi un ventennio), dei segretari e di tutti quanti collaborano alla sua realizzazione, si affaccia sul suo secondo secolo di vita. Auguriamole insieme (altri) cento di questi anni!

ANDREA GIUSSANI (\*)

Professore ordinario nell'Università di Urbino

## LE ECCEZIONI CONTRATTUALI DILATORIE NEL PROCEDIMENTO CIVILE: CHE TEMPO FA

SOMMARIO: 1 – Limiti di questa indagine. – 2. La logica del tema fisso di prova nelle eccezioni dilatorie. – 3. Sulla regola costituzionalmente orientata della minore gravosità della preparazione della prova. – 4 La deriva caducatoria del contenzioso. – 5. Sulla fragilità strutturale del giudicato bulimico nella sua proiezione sostanziale. – 6. Ripensando all'applicazione dell'art. 1460 c.c. nella vendita forzata.

1. – Il tema che si affronta qui richiede ovviamente, nella prospettiva del diritto processuale, di muovere da due ordini di questioni di carattere generalissimo: anzitutto quali conseguenze comporti che un effetto giuridico sia posto a fondamento del rigetto anziché dell'accoglimento della domanda giudiziale; in secondo luogo cosa implichi la qualificazione dell'effetto come impeditivo anziché estintivo.

Si tratta di questioni che coinvolgono quegli aspetti del diritto processuale che assumono rilevanza a tal punto apicale, nella disciplina della tutela dei diritti, da implicare che le disposizioni di riferimento trovino collocazione anzitutto nello stesso codice civile: si allude ovviamente alle regole che governano il riparto dell'onere della prova e la portata preclusiva del giudicato.

Trattandosi di profili oggetto di dibattito plurisecolare, elementari esigenze di contenimento dell'esposizione nel presente contesto suggeriscono però di concentrare l'attenzione sulle tendenze evolutive manifestate nei tempi più recenti.

A questa premessa si può aggiungere il richiamo a una scelta metodologica: identificare l'oggetto della scienza giuridica nella previsione dell'esito dei giudizi. In questa luce il compito del giurista si rivela non troppo dissimile da quello del meteorologo: l'oggetto dell'indagine presenta com-

---

(\*) Questo scritto sviluppa la relazione tenuta il 12 maggio 2023 al convegno dell'Associazione civilisti italiani e dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile dedicato a *"I rimedi contrattuali tra autonomia privata e processo civile"*, presso l'Università degli Studi di Padova, destinata alla pubblicazione nei relativi atti.

plexità che rammentano gli aspetti caotici dei fenomeni atmosferici, ma non impediscono del tutto che le tendenze generali possano essere correttamente identificate e, al netto di qualche approssimazione e occasionali smentite, persino previste (quanto meno, se non sul lunghissimo periodo di cui si occupano i climatologi, sul periodo che interessa il contenzioso attualmente in essere).

2. – Il riferimento alla disciplina dell'onere della prova deve naturalmente intendersi qui indirizzato alla sua nozione di criterio di allocazione del rischio dell'incertezza, vale a dire al riparto in senso c.d. oggettivo: non presentano interesse per quest'analisi le ulteriori nozioni dell'istituto talvolta ricorrenti allorché si discorre degli oneri di cooperazione delle parti all'accertamento del fatto, o addirittura di iniziativa istruttoria (ossia quegli aspetti che si riconducono alla nozione del riparto in senso c.d. soggettivo)<sup>(1)</sup>.

L'esperienza evolutiva a cui si vuole qui prestare attenzione è poi naturalmente quella che ha condotto, nel corrente millennio, al superamento della tradizionale lettura dell'art. 2697 c.c., ed alla riemersione dell'idea che possano sussistere i c.d. temi fissi di prova, attraverso l'affermazione che l'onere della prova dell'adempimento gravi sul debitore anche quando questo rappresenti nella formulazione legislativa elemento costitutivo della fattispecie, e quindi anche ai fini dell'accoglimento della domanda di risoluzione: da tale orientamento si è infatti derivato che anche l'*exceptio inadimpleti contractus* sia passibile di accoglimento sulla base della mera deduzione dello stesso, restando pertanto onerato l'attore per l'adempimento altrui della prova del proprio quanto questo sia contestato<sup>(2)</sup>.

La conclusione potrebbe essere confermata anche se si segue l'idea, pure evocata nell'orientamento in parola, che la regola di riparto rispecchi una generale presunzione di persistenza del diritto, a patto però di riferirla in realtà alla persistenza dell'obbligazione, altrimenti potendosi congettura-

---

(1) Il tema dei rapporti fra siffatte nozioni è classico nel dibattito processualistico: cfr., per es., *ex multis*, G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova 1942, 91 ss., G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli 1974, 15 ss.; L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Milano-Fiori Assago 2010, 317 ss.

(2) L'indirizzo, inaugurato, sul punto in via di *obiter dictum*, dalla celebre Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.* 2002, 1565, con nota critica in proposito di V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, spec. a 1578 ss., è stato tuttavia poi applicato per es. in Cass. 15 aprile 2014, n. 8736; Cass. 24 luglio 2018, n. 19549 (in proposito cfr. da ult., anche per ulteriori riferimenti, F. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, in M. Dellacasa e F. Addis, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, V, *Rimedi* – 2, Milano 2022, 707 ss.).

rare che l'eccezione, in quanto diretta al conseguimento del solo rigetto della domanda e non anche all'affermazione del diritto, costituisca oggetto di una manifestazione di volontà strumentale all'accertamento di un effetto non soggetto all'applicazione della presunzione in discorso<sup>(3)</sup>.

Un discorso non troppo dissimile potrebbe svolgersi anche alla luce della teoria che giustifica la soluzione in discorso sulla base dell'isomorfismo tra domanda di adempimento e di risoluzione riscontrabile alla luce della facoltà di conversione *ex art. 1453*, comma 2, c.c., della prima nella seconda: se non può incidere sul riparto dell'onere della prova la differenza tra la domanda diretta alla conservazione del contratto e quella rivolta alla sua caducazione, anche alla distinzione fra la funzione meramente dilatoria della deduzione dell'inadempimento altrui, e quella propriamente caducatoria perseguibile integrando la deduzione stessa *ex art. 1454* c.c., può negarsi rilevanza in proposito senza eccessivo scandalo<sup>(4)</sup>.

In questa logica, anche il tema dell'inesattezza dell'adempimento non presenterebbe difficoltà (al netto di particolari questioni come quella della riconducibilità alla nozione di inadempimento del vizio della cosa venduta<sup>(5)</sup>, o quella dell'inesattezza dell'adempimento ai fini della deroga ai

<sup>(3)</sup> Cfr., nel senso che la presunzione sarebbe comunque "specularmente declinabile" come presunzione di persistenza dell'obbligazione Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in questa *Rivista* 2020, 1315, con nota di chi scrive *Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta*; dato però che oggetto della prova (e quindi anche della presunzione che ne inverte l'onere) non è l'effetto giuridico ma il fatto, la regola, depurata dalla metonimia (assai ricorrente, con effetti spesso fuorvianti: fra i tanti possibili esempi, la presunzione di validità dell'atto amministrativo, o di illegittimità del licenziamento, o di competenza del giudice adito), nella misura in cui non rinvia alla configurazione sostanziale della fattispecie (ossia alla attribuzione legislativa al fatto della funzione costitutiva: un diritto alla risoluzione può persistere solamente se è già sorto, e secondo la legge non sorge dal mero contratto), costituisce espressione di un gusto eleatico (talché si presume invece anche nelle azioni di risoluzione l'adempimento dell'obbligo di non fare, come se si applicasse il brocardo *negativa non sunt probanda*), che in quanto tale non sembra avere un fondamento epistemico maggiore di un contrapposto πάντα ῥεῖ (fra l'altro considerando che in base all'*id quod plerumque accidit* l'adempimento del contratto dovrebbe ritenersi più frequente dell'inadempimento: cfr. la nota 9, *infra*, nonché, per es., già G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, rist. Napoli 1965, 785, M. De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.* 1994, 583, e da ult. ancora L. Modica, *La prova di adempimento o inadempimento*, in M. Maggiolo, *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento*, Milano 2022, 267, e *si vis*, quanto osservato da chi scrive in *Efficienza giusta*, Torino 2022, 166).

<sup>(4)</sup> Cfr., nel senso che sia proprio il favore legislativo per la conversione a giustificare il parallelismo del riparto dell'onere probatorio, ma nel quadro di un superamento delle regole che governano il riparto stesso, I. Pagni, *Il contratto nel processo*, Milano 2022, 121 ss.

<sup>(5)</sup> Cfr. però, sulla recessività, in prospettiva storica, del meccanismo che proteggerebbe il venditore dall'azione di adempimento, Addis, *op. cit.*, 700 ss.; F. Ferrari, *La tutela*

minimi tariffari in sede di liquidazione dei compensi <sup>(6)</sup>): la circostanza che si possa produrre un effetto rilevante a fini della conservazione ma non anche della caducazione del contratto non impedirebbe l'attribuzione dell'onere della prova in capo alla parte obbligata.

3. – La problematicità di questo genere di letture si ritrova però quando si considerano casi come quelli delle obbligazioni di non fare: che si configuri un onere della prova del fatto negativo indefinito risulta infatti difficile da accettare; d'altronde è forse rispetto agli obblighi di fare a loro volta indefiniti (come, ad esempio, quelli degli amministratori di spa) che con maggiore evidenza è risultato difficile ammettere che ai fini della risoluzione dovesse davvero gravare sempre l'onere della prova sulla parte fedele (come implicava l'orientamento in precedenza dominante) <sup>(7)</sup>.

La difficoltà di accettare che la configurazione sostanziale della fattispecie sia determinante nell'allocazione degli oneri probatori conduce dunque a una prima conclusione: che l'onere della prova dell'adempimen-

*giurisdizionale dei diritti e delle azioni del compratore*, Pisa 2022, 213 ss.; in giurisprudenza cfr., oltre a Cass. n. 11748 del 2019, cit., Cass., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672.

<sup>(6)</sup> L'onere di provare la quale grava invece sul cliente (v. per es. Cass. 10 dicembre 2021, n. 39333).

<sup>(7)</sup> Cfr. per es. M. Maggiolo, *Inadempimento e oneri probatori*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 172, e invero già Cass. n. 13533 del 2001, cit., aveva rimarcato l'importanza della distinzione tra fatti positivi e negativi, che anche Cass. n. 11748 del 2019, cit., riprende, ma dissentendo dalle implicazioni allora affermate in punto di distinzione fra inadempimento e adempimento inesatto (osservando che la natura positiva del secondo non implica automaticamente che la sua prova sia più agevole di quella contraria: si prescinde dunque dalla visione che ricollega il riparto alla consegna o all'accettazione quale effetto dell'onere di allegazione di un elemento ulteriore rispetto al contratto, su cui v. per es. De Cristofaro, cit., 595 ss.), benché in entrambe non si rinvenivano approfondimenti sulla questione della portata indefinita del fatto: la prova del fatto negativo definito, come ad esempio la mancata partecipazione a un evento, di solito non presenta particolari difficoltà, ma l'idea che il creditore, in quanto onerato dell'allegazione del fatto positivo con cui si concretizza la lesione dell'interesse protetto quale elemento ulteriore rispetto al contratto, sia pertanto onerato di provare l'inadempimento (su cui v. per es. ancora De Cristofaro, cit., 588 ss.) sembra mostrare la corda al cospetto dell'esempio dell'obbligo di riservatezza (la prova della conoscenza del terzo dimostra la lesione dell'interesse protetto, ma non ne implica affatto l'apprendimento proprio dall'obbligato; in tale contesto appare ragionevole che il creditore, tramite una mera allegazione di circostanze idonee alla divulgazione che riduca l'indeterminatezza del fatto, possa invece gravare il debitore dell'onere di provare che non vi sia stata divulgazione in quelle occasioni; la conclusione che il fatto negativo indeterminato possa dimostrarsi anche solo provando fatti positivi che lo rendano probabile è accolta per es. in Cass. 13 dicembre 2004, n. 23229, ma in tal caso ad assumere rilevanza è *l'id quod plerumque accidit* anziché un'allegazione che riduca l'indeterminatezza del fatto; cfr., nel senso che al fine di massimizzare l'accuratezza dell'accertamento si consideri falsa l'ipotesi relativamente più determinata, intendendo come tale quella che devia dal normale corso degli eventi, L. Lombardo, *La prova giudiziale*, Milano 1999, 262 ss.; v. ancora la nota 9, *infra*, e già la nota 3, *supra*).

to non può essere ragionevolmente collocato né sempre a carico del creditore della prestazione né sempre a carico dell'obbligato; così come non è dirimente la finalità processuale della deduzione (ossia il suo svolgimento ai fini del rigetto anziché dell'accoglimento della domanda), non rileva esaustivamente neppure la sua finalità sostanziale (ossia il suo svolgimento ai fini della conservazione anziché della caducazione del contratto).

L'effettivo criterio di allocazione degli oneri probatori sembra in realtà emergere, attraverso la mediazione resa possibile sia dall'ambiguità della nozione di fatto impeditivo<sup>(8)</sup>, sia dal valore ricorrentemente attribuito dalla giurisprudenza all'*id quod plerumque accidit*<sup>(9)</sup>, sia delle indicazioni rinvenibili dalla vasta congerie delle ipotesi di presunzione legale, sia, e soprattutto, dall'influenza esercitata dalla garanzia costituzionale del diritto alla prova ex art. 24 Cost., nelle pronunce che più esplicitamente hanno evocato il principio della c.d. vicinanza della prova<sup>(10)</sup>.

---

(8) Benché in dottrina si sia argomentato che l'identificazione del fatto impeditivo dovrebbe fondarsi sulle scelte lessicali del legislatore (cfr., per es., l'ampia rassegna svolta da Verde, *op. cit.*, 267 ss.), si trova ancora ripetuto in giurisprudenza che si tratta di quel fatto che "l'attore non è in grado di provare" (cfr. Cass. n. 11748 del 2019, cit.).

(9) La formula ricorre di continuo in giurisprudenza, talvolta per descrivere notori, talvolta per indicare massime di esperienza, talvolta per giustificare inferenze sprovviste dei requisiti di cui all'art. 2729 c.c.: l'*id quod plerumque accidit* può apparire come una modalità di assolvimento dell'onere della prova, anziché come un fattore di inversione del rischio dell'incertezza, quando alla parte interessata si attribuisce l'onere di dimostrare quale effettivamente sia il normale corso degli eventi (v., per es., Cass. 11 marzo 2020, n. 6978), sembrando allora riconducibile più alla *presumptio hominis* che a una vera e propria inversione dell'*onus probandi*, ma in realtà una valutazione di carattere meramente probabilistico può qualificarsi come assolvimento dell'onere della prova del fatto principale solo quando sia caratterizzata da valori di significatività statistica che non vengono affatto pretesi dalla giurisprudenza di legittimità (in proposito cfr. i rilievi di M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, 475 ss., nonché, *si vis*, quanto a suo tempo esposto da chi scrive in *La prova statistica nelle «class actions»*, in questa *Rivista* 1990, 1029 ss., spec. 1040); la circostanza che possa ritenersi bisognoso di prova il presupposto dell'applicazione di una presunzione legale (per es. la prova del possesso ai fini dell'applicazione dell'art. 1147, c. 3, c.c.) non impedisce infatti che questa inverta comunque il rischio dell'incertezza intorno al fatto da provare per suo tramite (v. ancora Taruffo, *op. cit.*, 482).

(10) Già in Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.* 2006, I, 704, con note di D. Dalfino, *La prova del «requisito dimensionale» ex art. 18 L. 300/70 al vaglio delle sezioni unite*, e A. Proto Pisani, *La prova del «requisito dimensionale» ex art. 18 L. 300/70: un «grand arrêt» delle sezioni unite*, il principio di «riferibilità o vicinanza» viene esplicitamente considerato attuativo dell'art. 24 Cost., tuttavia ancora ritenendo che la manipolazione degli oneri probatori debba conseguire a una manipolazione a monte della stessa qualificazione del fatto come costitutivo, e in Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 577 e 582, lo stesso principio viene infine affermato senza più pretendere che discenda da qualificazioni del fatto come costitutivo o estintivo (per non dire impeditivo), riconoscendo cioè che l'inadempimento è in realtà elemento costitutivo dell'azione di danno da allegare e provare, senza che tuttavia ciò renda irrilevante che l'incertezza su di esso sia in concreto ascrivibile alla parte

In proposito appare essenziale chiarire che la giustificazione in chiave costituzionale dell'attribuzione, a quei profili di comparazione della rispettiva gravosità dell'onere a cui attribuisce esplicitamente rilevanza l'art. 2698, comma 2, c.c., del valore di principio generale sembra rintracciabile nell'efficienza che può assicurare nel quadro della strumentalità della disciplina della prova, come invero più in generale della norma processuale, alla massimizzazione dell'accuratezza dell'applicazione della norma sostanziale: far gravare l'onere sulla parte che si trovi nelle migliori condizioni per assolverlo riduce il rischio che la decisione debba rendersi in condizioni di incertezza.

Merita però rimarcare come il riferimento alla vicinanza possa essere concettualmente fuorviante: non soltanto il concetto alla base del fenomeno non è strettamente quello della prossimità materiale, ma quello della minore gravosità; soprattutto, la gravosità rilevante concerne non già strettamente l'assolvimento dell'onere probatorio, ma quello della preparazione al suo assolvimento, perché la priorità dell'abbattimento dei costi transattivi investe la sfera delle relazioni sostanziali ancora a monte di quella delle strategie processuali<sup>(11)</sup>.

---

opposta a quella onerata, la cui soccombenza si giustifica rinvenendo proprio in tale ascrivibilità il fondamento di una *presumptio hominis*; in seguito il principio di vicinanza viene talvolta evocato in via decorativa (per es. in Cass., sez. un., 30 settembre 2009, nn. 20930-20934 e 20937, lo si richiama per indicare che la parte nella cui «sfera di controllo» ricada il fatto sia onerata della sua prova quando già sussista una *presumptio hominis* a suo carico, ma in tal caso l'inversione dell'onere probatorio evidentemente discende già da quest'ultima), e talvolta si arriva persino a escluderne l'applicazione (v., con riferimento alla mancata tenuta delle scritture contabili, Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100); da ult., poi, l'incompatibilità con la garanzia costituzionale dell'azione del riparto del carico probatorio contrario al criterio della vicinanza viene nuovamente risolta attraverso la manipolazione della norma sostanziale in Cass., sez. un., 22 settembre 2017, nn. 22082-22086; nelle pronunce delle sezioni semplici si ritrovano comunque (soprattutto in materia tributaria) numerose enunciazioni del principio che prescindono dal riferimento ai criteri di riparto contemplati dalla legge ordinaria (cfr., per es., per l'anno 2020, Cass. 7 febbraio 2020, n. 3014; Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128; Cass. 14 febbraio 2020, n. 3746; Cass. 21 febbraio 2020, n. 4574; Cass. 26 febbraio 2020, n. 5128; Cass. 4 marzo 2020, n. 6028; Cass. 9 marzo 2020, n. 6562; v. anche, nel senso che la deroga all'art. 2697 c.c. in base al principio di vicinanza sia inapplicabile in relazione a fatti egualmente conoscibili da entrambe le parti, Cass. 11 marzo 2020, n. 7023).

<sup>(11)</sup> Il che spiega perché l'attribuzione alle parti di doveri di piena cooperazione all'accertamento del fatto (che risulta preferibile al principio di vicinanza, se inteso come mera prossimità: cfr., per es., Taruffo, *op. cit.*, 256 s.; lo stesso vale per le evocazioni dello stimolo alla parte che può più facilmente provare, rinvenibili già per es. in F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 424, o del concetto di pretendibilità della prova sviluppato in Lombardo, *cit.*, 300 ss., ove riferiti alla sua deduzione anziché, come invero sommariamente accenna lo stesso Carnelutti, *cit.*, 424 s., alla sua predisposizione a monte del conflitto), produce efficienza inferiore (dato che opera a fatto compiuto) rispetto all'applicazione del principio di minore gravosità della preparazione, perché si

Ne seguono almeno due implicazioni: la prima è che il criterio della minore gravosità della preparazione possa prevalere, oltre che sulla generale disciplina dell'art. 2697 c.c., anche sulle speciali previsioni di presunzioni legali (e oltre che, ad ancor più forte ragione, sul criterio dell'*id quod plerumque accidit*: se la deviazione è fatto negativo indeterminato, anche se è proprio della parte – “sono italiano ma non bevo abitualmente né vino né caffè” – è possibile che costi meno la prova contraria per testi delle persone che lo frequentano, ed appare razionale che ne sia onerata la controparte); la seconda è che il campo di applicazione delle regole di riparto fondate sulla configurazione sostanziale della fattispecie risulta ridotto (benché non del tutto eliminato, residuando senz'altro ipotesi in cui la comparazione dei costi di preparazione della prova non sia praticabile e neppure possa soccorrere l'*id quod plerumque accidit* intorno al fatto contestato).

Ai fini del tema esaminato possono quindi raggiungersi due conclusioni: la prima è che la regola secondo cui la parte che deduce l'inadempimento altrui non è onerata di provarlo, neppure quando lo faccia a soli fini dilatori, può valere solo a condizione che non fosse per lei relativamente meno gravoso prepararsi a darne dimostrazione (e quindi, ad esempio, laddove sia per lei meno oneroso predisporre meccanismi di riscontro della violazione di un obbligo di non fare, che per la parte obbligata provare il contrario fatto negativo indefinito, l'incertezza venga invece sciolta in suo sfavore); la seconda è che persino l'eccezione *ex art. 1461 c.c.* potrebbe talvolta ritenersi accoglibile, nei confronti di soggetto per altre ragioni già onerato di dimostrare la propria capacità di adempiere (e per il quale il costo della preparazione della prova sia di conseguenza pari a zero), per effetto della mancata acquisizione dei relativi elementi, non già a titolo di sanzione della sua mancata cooperazione all'accertamento del fatto (dato che l'acquisizione dell'elemento impedisce di accogliere l'eccezione anche se non proviene dall'iniziativa della parte interessata), ma in forza della concezione costituzionalmente orientata del riparto del rischio dell'incertezza.

4. – Per quanto concerne poi la questione del giudicato, va da sé che l'aspetto più rilevante delle recenti tendenze giurisprudenziali possa individuarsi nell'affermazione di indirizzi considerevolmente estensivi del pe-

---

abbatte il costo complessivo della preparazione stessa, facendolo gravare specificamente sul soggetto per il quale sia inferiore (coerentemente ai principi di analisi economica, al netto della peculiare ipotesi del fatto altamente improbabile: in proposito v. già, anche per riferimenti, G. Villa, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corr. giur.* 2019, 750 ss., spec. 757 ss., e cfr., *si vis*, i rilievi svolti da chi scrive in *Sulla «vicinanza»*, cit., 1323 ss.).

rimetro oggettivo dell'efficacia vincolante della statuizione non più soggetta all'impugnazione ordinaria, e ciò anche con riferimento agli effetti che si pongano a fondamento del rigetto anziché dell'accoglimento della domanda: si tratta di orientamenti che, in particolare in materia di impugnative contrattuali, impongono alle parti oneri di concentrazione in un unico giudizio di tutte le possibili attività assertive idonee a trovare fondamento nel rapporto che appaiono pressoché insuperabili<sup>(12)</sup>.

In sede dottrinale si sono formulate considerazioni critiche nei confronti di questa generale impostazione, rimarcandosi che l'efficienza conseguibile sul piano della deflazione dei procedimenti si paga sul piano della complicazione del loro svolgimento, a meno di contemplare preclusioni endoprocedimentali la cui operatività può pregiudicare l'obiettivo primario della massimizzazione dell'accuratezza dell'applicazione della norma sostanziale<sup>(13)</sup>: si tratta di un genere di problema rinvenibile ancora nella nuova disciplina del c.d. rito semplificato, ove la previsione di un termine decadenziale comune alle parti per la precisazione e modificazione delle domande seguito da breve termine altrettanto comune per sole repliche e prova contraria pone l'alternativa interpretativa fra un modello di *trial by ambush*, ed uno solo apparentemente concentrato (un banale esempio illustrativo consiste nella formulazione, in via di precisazione o modificazione della domanda contrattuale, della complanare aquiliana rispetto alla quale soltanto sia maturata la prescrizione: a meno di concludere, in contrasto con quanto suggerisce il confronto del dettato vigente con quello sia della precedente formulazione dell'art. 183, comma 6, c.p.c., sia dell'attuale art. 171-ter, comma 1, n. 2, c.p.c., che la nozione di replica includa l'eccezione non rilevabile d'ufficio, questa potrebbe risultare preclusa ancora prima di poter essere utilmente sollevata, e da ciò potrebbe discendere la necessità di convertire il rito anche successivamente alla prima udienza)<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Fra i precedenti più significativi cfr. in particolare Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, subito oggetto di numerosissime analisi dottrinali (in via meramente esemplificativa, la si rinviene in *Foro it.* 2015, I, 862, con nota di S. Menchini, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Giur. it.* 2015, 70, con nota di I. Pagni, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*, in *Giusto proc. civ.* 2015, 137, con nota di S. Pagliantini, *«Parigi val bene una messa»? Le sezioni unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in questa *Rivista* 2015, 1560, con nota di chi scrive *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*).

<sup>(13)</sup> Chi scrive lo ha osservato in *Appunti*, cit., 1565 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr., *si vis*, i rilievi svolti da chi scrive in *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, in questa *Rivista* 2023, 637 ss.

Ciononostante, la considerazione che l'eccezione dilatoria per sua stessa natura tenda a lasciare ampie possibilità che il conflitto sul contratto venga nuovamente dedotto in giudizio, rende difficile evitare che la disponibilità sostanziale dell'effetto di cui all'art. 1460 c.c., ad opera della unilaterale manifestazione di volontà della parte interessata, attraverso la tecnica della sua rilevabilità soltanto a istanza di parte, venga rispettata in quanto esplicitamente formulata con univoco condizionamento, risolvendosi le ambiguità facilmente nella leggibilità della più dirimente invocazione dell'effetto propriamente caducatorio dell'inadempimento<sup>(15)</sup>: per le stesse ragioni, d'altronde, si suggerisce che l'operatività del *solve et repete* concerna il solo adempimento inesatto, e non anche quello totale, così estendendo la sfera di applicazione dell'eccezione di inadempimento nella prospettiva della sua funzione caducatoria<sup>(16)</sup>.

Il fenomeno del rigetto della domanda di adempimento in via di accoglimento di eccezione meramente dilatoria, e pertanto la specifica predicabilità di un interesse meritevole di tutela della parte alla disposizione processuale dell'effetto e dunque a un condizionamento, se non della trattazione, quanto meno dell'iter decisorio (con le relative implicazioni in sede di impugnazione)<sup>(17)</sup>, oltre a trovare ostacolo nella tendenziale coincidenza della fattispecie sostanziale di cui all'art. 1460 c.c. con quella di cui all'art. 1455 c.c., finisce poi per incontrare limiti anche rispetto alle fattispecie di cui all'art. 1461 c.c., nella misura in cui si arrivi a ritenere che il mutamento patrimoniale rilevante debba essere irreversibile<sup>(18)</sup>.

A differenza delle ipotesi in cui la conservazione del rapporto si persegue tramite vere e proprie rinegoziazioni o ristrutturazioni, le eccezioni dilatorie classiche producono quindi l'effetto loro proprio in sede stragiu-

<sup>(15)</sup> Cfr. a tale proposito Cass. 23 aprile 2002, n. 5928, in *Danno e resp.* 2003, 753, con nota critica di A.M. Benedetti, *La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptosolutorio?*, e tuttavia ancora richiamata adesivamente sul punto per es. in Cass. 26 luglio 2017, n. 18393, e da ult. in Cass. n. 39333 del 2021, cit.; v. in argomento anche Addis, *op. cit.*, 694 ss.

<sup>(16)</sup> V., per es., nel senso che la clausola opponibile in caso di inadempimento totale fatichi a superare un giudizio di meritevolezza e conformità a buona fede, Cass. 19 luglio 2012, n. 12454, e cfr., da ult., Cass. 9 gennaio 2024, n. 677 (nonché, per ulteriori riferimenti, Addis, *op. cit.*, 755 ss.).

<sup>(17)</sup> Cfr., sul superamento delle concezioni che, condizionando la stessa trattazione, frammentino eccessivamente il processo, i classici rilievi di C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova 1985, 336 ss.

<sup>(18)</sup> Il requisito è affermato, benché non fosse allora rilevante, in Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, ma è poi assunto a *ratio decidendi* per es. in App. Napoli 18 novembre 2005, n. 3191 per rigettare l'eccezione, ed è ancora ripreso, per attribuirle direttamente effetto risolutivo, in App. Roma 2 ottobre 2008, n. 3855 (entrambe in *Pluris*).

diziale, ma una volta che la crisi del rapporto sia dedotta in giudizio tende a prevalere la soluzione caducatoria.

5. – La concezione bulimica dell’oggetto del giudizio e del giudicato di cui si va discorrendo è andata peraltro affermandosi in un’epoca in cui la giurisdizione nazionale è costretta a confrontarsi sempre più spesso con il fenomeno della interazione con altri ordinamenti, nel contesto del quale è più arduo assicurare il coordinamento delle decisioni: è quindi difficile sfuggire alla tentazione di intravedervi una dinamica simile a quella che si può osservare in sistemi che da più tempo vivono in maniera intensa questo genere di problematica.

L’esempio più ovvio può rinvenirsi nell’esperienza statunitense, ove la relativamente maggiore ampiezza degli effetti preclusivi della decisione appare significativamente controbilanciata da più vaste opportunità di superarli deducendo in ogni tempo violazioni di legge che in Italia non si considerano spendibili oltre i termini decadenziali: non appare peregrino rinvenirvi l’implicazione di una struttura ordinamentale più pluralistica e meno verticistica<sup>(19)</sup>.

Se poi si prende in considerazione anche il minore livello di burocratizzazione del sistema dell’amministrazione della giustizia nordamericano, diventa spiegabile anche perché l’inopponibilità del giudicato è colà conseguibile sulla base di deduzioni di violazione della legge processuale piuttosto che di disapplicazione della norma sostanziale: una relativamente maggiore omogeneità culturale fra magistratura e classe forense sembra infatti una ragionevole giustificazione della propensione a considerare la regolarità del processo più importante dell’accuratezza dell’applicazione della regola sostanziale<sup>(20)</sup>.

Nelle culture giuridiche maggiormente burocratizzate dell’Europa continentale è comprensibile che invece non si rinvenga una corrispondente propensione, e si possa quindi pervenire, per controbilanciare la vastità degli effetti preclusivi, anche all’affermazione dell’inopponibilità del giudicato in quanto sostanzialmente illegittimo.

In questa prospettiva si può comprendere perché la giurisprudenza unionale si sia spinta a imporre agli Stati Membri di negare efficacia vincolante alle statuizioni implicite contrastanti con il diritto sostanziale sovranazionale, anche se non più soggette all’impugnazione ordinaria, e

---

<sup>(19)</sup> Si conceda in argomento un rinvio, anche per riferimenti, a quanto già illustrato da chi scrive in *Studi sulle «class actions»*, Padova 1996, spec. 56 ss., 101 ss.

<sup>(20)</sup> V. ancora *Studi*, cit., 129 ss.

non soltanto ai fini del reciproco riconoscimento fra le giurisdizioni nazionali: anche nell'ambito del medesimo plesso deve essere osservata questa regola<sup>(21)</sup>.

Sembra allora possibile pervenire a una conclusione di ordine generalissimo: quanto più si afferma la propensione a ravvisare giudicati esterni impliciti, tanto più facilmente il vincolo risulta superabile dimostrandone l'erroneità; ciò avviene talvolta in modo del tutto silente, perlopiù affermando che il campo di applicazione dell'efficacia non ricomprende il caso concreto attraverso il richiamo di concezioni meno estensive dell'effetto preclusivo, ma in casi estremi anche negando del tutto che la stabilizzazione dell'effetto impedisca di accertare l'ingiustizia della precedente statuizione.

Benché questa realtà possa apparire sintomatica di una crisi del giudicato, non appare del tutto irragionevole prospettare che si tratti invece di una manifestazione della sua vitalità come veicolo dell'efficienza della giustizia civile: non troppo diversamente dalla regola del divieto di riesame del fatto in sede di legittimità, che (come si evince, fra l'altro, dalla giurisprudenza sulla distinzione fra travisamento del fatto e travisamento della prova) preclude la censura di errori lievi, ma non anche di errori gravi<sup>(22)</sup>, il regime degli effetti del giudicato non impedisce del tutto la deduzione delle violazioni particolarmente evidenti della norma sostanziale; il rispetto della precedente decisione è governato tramite un bilanciamento di numerosi fattori rilevanti per determinarne la persuasività allo scopo di ottimiz-

---

(21) V. la già celebre sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande sezione, 17 maggio 2022 (C-693/19 e C-831/19), in questa *Rivista* 2023, 291, con nota di chi scrive *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, applicata da Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Giur. it.* 2023, 1053, con note di C. Consolo, *Istruttoria monitoria «ricarburata» e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica «rimaneggiata» (specie) su invito del g.e.*, e di E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, e in questa *Rivista* 2023, 1228, con nota di S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, e in *Rass. esec. forzata* 2023, 875, con note di A. Giussani, B. Sassani, R. Tiscini, M. Latini Vaccarella, I. Febbi, B. Capponi, F. Vigorito, *A più voci su decreto ingiuntivo, processo esecutivo e tutela del consumatore dopo Cass. s.u. 6 aprile 2023, n. 9471*.

(22) Cfr. le contrapposte rimessioni alle s.u. disposte rispettivamente da Cass. 29 marzo 2023, n. 8895, in questa *Rivista* 2023, 1253, con nota di V. Capasso, *Sul travisamento della prova nel processo civile*, e Cass. 27 aprile 2023, n. 11111, in questa *Rivista* 2023, 1211, con nota di G. Raiti, *Il travisamento della prova nel processo civile e la sua controversa censurabilità in Cassazione*, da ult. definite, riconoscendo la deducibilità del vizio ai sensi dei nn. 4 e 5 dell'art. 360, c. 1, c.p.c., rispettivamente a seconda della natura processuale o sostanziale del fatto, da Cass., sez. un., 5 marzo 2024, n. 5792.

zare il rapporto fra il dispendio di risorse giurisdizionali e l'esattezza dell'applicazione della norma sostanziale<sup>(23)</sup>.

La radicalità degli effetti caducatori indotti della deriva del contenzioso non va quindi esagerata: la giurisprudenza ricerca punti di equilibrio la cui individuazione, anche quando è giustificata da regole processuali, non si sottrae mai del tutto all'esigenza di assicurare accuratezza all'applicazione della legge regolatrice del rapporto fra le parti.

6. – Una specifica rilevanza processuale della portata meramente dilatoria dell'eccezione d'inadempimento sembra peraltro potersi addirittura espandere nel diverso contesto del procedimento esecutivo, con particolare riferimento al problema della vendita forzata.

Può infatti osservarsi che nell'ipotesi in cui, dopo il decorso del termine per l'opposizione agli atti, l'offerente si avveda dell'esistenza di pesi non considerati nella relazione di stima, negare l'esperibilità di un'eccezione dilatoria che giustifichi la revoca dell'ordinanza di fissazione del termine di deposito del prezzo e la rideterminazione del valore (all'occorrenza previa rinnovazione della relazione di stima), soltanto perché del tutto atipica, penalizza la realizzabilità del bene staggito in termini che appaiono irrazionali.

A tal fine sembra quindi ragionevole riconoscere nella vendita forzata un acquisto a titolo derivativo caratterizzato da un nesso sinallagmatico, che differisce da quello della vendita ordinaria proprio perché tale vendita, in quanto preordinata alla soddisfazione del credito ed innestata nel procedimento esecutivo, può tollerare siffatte deduzioni soltanto a fini dilatori ma non anche caducatori dell'obbligo di pagamento del (giusto) prezzo: l'aggiudicatario che non modificasse l'offerta al ribasso (a cui potrebbero seguire altre offerte) resterebbe comunque vincolato a quella iniziale; va tuttavia riconosciuto che il meccanismo finirebbe per aggravare il carico di lavoro del giudice dell'esecuzione, sicché la sua introduzione potrebbe forse provenire più facilmente dalla fonte legislativa che dalla sola evoluzione del dato giurisprudenziale<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> Cfr. i rilievi svolti da chi scrive in *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, in questa *Rivista* 2014, 1193 ss., spec. 1197 s.

<sup>(24)</sup> Ove al momento non si va oltre il comunque poco efficiente indirizzo che si limita in tale ipotesi a escludere la condanna dell'aggiudicatario ex art. 177 disp. att. c.p.c. (v. Cass. 19 giugno 1995, n. 6940, ancora avallata per es. in Cass. 2 aprile 2014, n. 7708; Cass. 5 maggio 2016, n. 9028 e da ult. in Trib. Roma 2 marzo 2022, n. 3313, in *Dirittopratico.it*; cfr. anche, da ult., in senso generalmente contrario alla tutela dell'acquirente al di fuori del caso dell'*aliud pro alio* contestato con tempestiva opposizione ex art. 617 c.p.c., Cass. 24 gennaio 2023, n. 2064).

ROBERTA TISCINI (\*)

Professore ordinario nell'Università di Roma «La Sapienza»

## TUTELA INIBITORIA E CAMBIAMENTO CLIMATICO

SOMMARIO: 1. Controversie climatiche e diritti in veste di azione. – 2. La tutela inibitoria. Un quadro di insieme. – 3. L'oggetto della tutela inibitoria nelle *climate change litigations*. Un parallelo con l'oggetto del procedimento per la repressione della condotta anti-sindacale. – 4. *Segue*: e con l'oggetto delle azioni di classe. – 5. *Segue*: tutela dell'ambiente e del clima. Cenni. – 6. Lesività e illiceità della condotta al cospetto dell'art. 41 Cost. – 7. *Segue*: i presupposti della tutela inibitoria nelle *climate change litigations*. – 8. Azione inibitoria preventiva o successiva (cautelare o finale). – 9. La legittimazione ad agire in sede inibitoria, tra azioni collettive, interessi individuali e superindividuali. – 10. Ulteriori profili procedurali dell'azione collettiva inibitoria. – 11. Misure inibitorie ed esecuzione forzata. – 12. Conclusioni.

1. – Si ha l'idea – non certo sbagliata, ma parziale – che il processo subentri a protezione di situazioni sostanziali meritevoli, precostituite rispetto ad esso, tale che il primo si collochi in funzione strumentale rispetto alle seconde. Così, confinando lo sguardo al diritto privato, la tutela giurisdizionale si pone al servizio del diritto soggettivo ogni qualvolta la c.d. crisi di cooperazione non consente alle relazioni sostanziali di autoalimentarsi. Tuttavia, la realtà lascia spazio a scenari ulteriori, potendo accadere che la *relatio* tra diritto e processo non sia così unidirezionale. Di là dal caso noto della tutela (anche) di situazioni di mero fatto (il possesso) <sup>(1)</sup>, vi è il fenomeno dei c.d. diritti in veste di azione, situazioni soggettive meritevoli in quanto (e solo perché) l'ordinamento predispone un rimedio processuale *ad hoc* a loro protezione <sup>(2)</sup>. Si pensi, per tutte, al procedimen-

---

(\*) Testo della relazione dal titolo *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, in occasione del 17° Convegno Nazionale SISDiC, «Cambiamento climatico, sostenibilità e rapporti civili», tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, La Sapienza, 11-13 gennaio 2024.

<sup>(1)</sup> Il pensiero corre alle cd. azioni possessorie, la cui dignità trova spazio nello stesso codice civile.

<sup>(2)</sup> Anche in questo contesto (e forse di più) emerge prepotente l'esigenza di creare uno stretto legame tra interessi sostanziali, forme di tutela e meccanismi processuali (P. Perlingieri, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, in *Giusto proc. civ.* 2006, 7 ss.). Un legame che – non da oggi – si evidenzia come mutevole e suscettibile di ripensamento alla luce

to di repressione della condotta antisindacale (art. 28 st. lav.), nonché, più in generale, alla disciplina delle azioni collettive (su cui tornerò), ove la dignità di tutela di interessi superindividuali, diffusi, collettivi trae linfa vitale dall'esistenza dello strumento processuale (art. 840-*bis* ss. c.p.c.).

Le c.d. *climate change litigations*<sup>(3)</sup> ben si collocano in tali scenari. Che il cambiamento climatico potesse essere fonte di contenzioso, anni addietro non si sarebbe neanche immaginato. Oggi invece è in crescita la domanda di giustizia<sup>(4)</sup> (individuale o diffusa)<sup>(5)</sup> legata al riscaldamento globale, il che a sua volta stimola interrogativi circa il corretto inquadramento del fenomeno sul piano sostanziale. Si tratta per lo più di c.d. *strategic litigation*: un contenzioso strumentale alla diffusione di informazioni circa i rischi del cambiamento climatico allo scopo di sollecitare opinione pubblica, Stati, imprese verso un cambiamento culturale, sociale e legislativo diretto ad adottare misure protettive per il clima<sup>(6)</sup>. È dunque

---

dell'apertura degli ordinamenti verso matrici nuove (prima tra tutte, quella europea) e di valori nuovi, inerenti ai diritti fondamentali dell'uomo (in questo senso, P. Perlingieri, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.* 2011, 1 ss., spec. 3). Di qui la necessità di ripensare al sistema rimediabile «in prospettiva funzionale, alla luce dei principi di proporzionalità ed effettività, dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza, dei valori riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, soprattutto, dell'esigenza di realizzare il «giusto processo»» (Id., *op. ult. cit.*, 3); sistema rimediabile, quindi, che, pure in una definizione generale, è caratterizzato da estrema variabilità e flessibilità (Id., *Il «giusto rimedio»*, cit., 10).

<sup>(3)</sup> A voler cercare una definizione di *climate change litigation*, non si può non percepire da subito la genericità dell'espressione, trattandosi di un contenzioso idoneo ad abbracciare tutte le azioni giudiziarie che direttamente ed espressamente sollevano una questione (di fatto o di diritto) che riguarda il clima nei termini di effetti dell'inquinamento e del riscaldamento globale.

<sup>(4)</sup> Sulla pluralità di azioni che contraddistinguono il contenzioso climatico, v. per tutti, E. Gabellini, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, 1105 ss., spec. 1111; G. Ghinelli, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, *ivi* 2021, 1273 ss.; M. Marinai, *Il contenzioso e la legislazione climatica: un interminabile valzer sulle note della due diligence*, in *Resp. civ. prev.* 2023, 1327; M. Meli, *Piove! Governo ladro. Cambiamenti climatici e nuove istanze di tutela*, in *Teoria e crit. della rag. soc.* 2020, 87. Forniscono alcuni dati statistici intorno al proliferare delle controversie climatiche, a partire dal 2015, S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso «climatico»: problemi e prospettive*, in *BioLaw journal – Riv. bio dir.* 2013, 137 ss.

<sup>(5)</sup> Sulla distinzione del tipo di azione a seconda che si tratti di iniziativa individuale o condivisa da un gruppo, v. *amplius infra* § 9.

<sup>(6)</sup> S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso*, cit., 139; S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.* 2021, 293 ss.; M. Marinai, *Il contenzioso*, cit., 1329. Osserva G. Ghinelli, *Le condizioni dell'azione*, cit., 1277 come il ricorso al processo, in questa materia, sia reso necessario dagli insuccessi prodotti sul piano sostanziale, con particolare riguardo al diritto internazionale, rivelatosi incapace di prevedere sistemi vincolanti per l'adozione di misure di mitigazione e adattamento rispetto all'avanzare dei cambiamenti climatici. Nonostante, infatti, tramite protocolli e convenzioni

dal nascere della litigiosità che deriva la necessità di descrivere gli interessi sottesi, qualificandoli come situazioni sostanziali protette. Va detto che quello sul clima è un contenzioso multiforme, che attraversa plurime giurisdizioni e si orienta verso varie tutele: dal processo amministrativo, a quello civile o penale<sup>(7)</sup>, dalla protezione degli interessi legittimi a quella dei diritti soggettivi, declinati questi ultimi nei termini di diritti fondamentali della persona, del diritto di proprietà, dai diritti personali a quelli patrimoniali<sup>(8)</sup> (alle *public climate litigations*, azioni pubblicistiche rivolte

---

internazionali siano fissati obiettivi comuni per impedire o arrestare il dilagare di effetti distorsivi sul clima provocati da comportamenti antropogenici, non sono stati approntati adeguatamente gli strumenti volti a dare attuazione ai relativi programmi. Di qui l'intervento della tutela giurisdizionale.

(7) Altra è la questione – su cui non posso soffermarmi in questa sede – intorno al riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice civile. Sul tema, soprattutto con riguardo alla tutela dell'ambiente, è venuta formandosi una copiosa giurisprudenza. Per tutti cfr. di recente Cass., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5668, in *Giur. it.* 2023, 1551, con nota di S. Alunni, secondo cui «spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno alla salute avanzata nei confronti della P.A. qualora sia dedotta l'omessa adozione degli opportuni provvedimenti necessari per la salvaguardia dell'ambiente dall'inquinamento, in quanto l'azione si basa sulla tutela del fondamentale diritto alla salute che, non tollerando compressioni neppure da parte dei pubblici poteri, ha sempre natura di diritto soggettivo, non degradabile ad interesse legittimo. (Nella specie, regolando un conflitto negativo sollevato dal giudice amministrativo, la S.C. ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario e cassato il provvedimento del tribunale, il quale – ritenendo che la domanda riguardasse il mancato esercizio, da parte del Comune e della Regione, dei poteri amministrativi finalizzati alla tutela dei cittadini dall'inquinamento atmosferico – l'aveva declinata». V. però anche Cass. 23 aprile 2020, n. 8092, in *Nuova giur. civ. comm.* 2020, 1284, con nota di G. Ceccherini, secondo cui «in materia di danno ambientale, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 310 d.lgs. n. 152/2006, le controversie derivanti dall'impugnazione, da parte dei soggetti titolari di un interesse alla tutela ambientale di cui al precedente art. 309, dei provvedimenti amministrativi adottati dal Ministero dell'ambiente per la precauzione, la prevenzione e il ripristino ambientale, restando invece ferma la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle cause risarcitorie o inibitorie promosse da soggetti ai quali il fatto produttivo di danno ambientale abbia cagionato un pregiudizio alla salute o alla proprietà, secondo quanto previsto dall'art. 313, comma 7, dello stesso decreto legislativo. L'eventualità che l'attività nociva sia svolta in conformità a provvedimenti autorizzativi della P.A. non incide sul riparto di giurisdizione (atteso che ai predetti provvedimenti non può riconoscersi l'effetto di affievolire diritti fondamentali dei terzi) ma esclusivamente sui poteri del giudice ordinario, il quale, nell'ipotesi in cui l'attività lesiva derivi da un comportamento materiale non conforme ai provvedimenti amministrativi che ne rendono possibile l'esercizio, provvederà a sanzionare, inibendola o riportandola a conformità, l'attività rivelatasi nociva perché non conforme alla regolazione amministrativa, mentre, nell'ipotesi in cui risulti tale conformità, dovrà disapplicare la predetta regolazione ed imporre la cessazione o l'adeguamento dell'attività in modo da eliminarne le conseguenze dannose». Sulla distinzione tra tutela dell'ambiente e del clima, *amplius infra* 4 e 5.

(8) Si tratta di un fenomeno in crescita a livello mondiale. In Italia, merita attenzione l'ormai noto caso denominato «Giudizio universale», nel quale è intentata – avanti al

contro gli Stati, si contrappongono le *private climate litigations* aventi ad

---

Tribunale di Roma – un’azione nei confronti dello Stato per ottenere una riduzione delle emissioni (le notizie sulla causa sono reperibili in <https://www.google.com/giudiziouniversale.eu>). L’iniziativa processuale è assunta da alcune associazioni per la tutela dell’ambiente e da numerosi privati ed è rivolta allo Stato italiano per accertare la responsabilità di quest’ultimo ai sensi dell’art. 2043 c.c. o, in via subordinata, ex art. 2051 c.c. e per l’effetto condannare lo Stato stesso ex art. 2058 c.c. «all’adozione di ogni necessaria iniziativa per l’abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nazionali di CO<sub>2</sub> nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990, ovvero in quell’altra, maggiore o minore, in corso di *causa* accertanda». Il giudizio è stato di recente definito in primo grado (Trib. Roma 26 febbraio 2024) con una declaratoria di inammissibilità delle domande “per difetto assoluto di giurisdizione del tribunale adito e per essere la questione [...] devoluta al giudice amministrativo”. Inutile evidenziare la contraddittorietà tra il difetto assoluto di giurisdizione e il riconoscimento del potere al giudice amministrativo. Si ricorda poi – sempre con riguardo ad azioni contro gli Stati – il celebre caso *Urgenda*, Suprema (*Hoge Raad*), civile, 20 dicembre 2019, azione – dalla forte diffusione mediatica – intrapresa da più di 800 cittadini olandesi e dalla Fondazione *Urgenda* contro il Governo olandese. Ancora, sempre contro gli Stati, si annoverano il caso *Juliana c. Stati Uniti d’America*, la *Inuit Petition c. Stati Uniti d’America*, nonché la *Leghari c. Pakistan*. Vi è poi un (seppure limitato) contenzioso climatico che si articola fra Stati, quale quello che ha riguardato alcuni Stati dell’Oceano Pacifico esposti al rischio di scomparire a causa dell’innalzamento del livello del mare. Il contenzioso che vede legittimati attivi i privati va distinto a seconda che sia rivolto nei confronti dello Stato, ovvero contro le imprese. Esempio di contenzioso contro le imprese è il caso *Llyulac. RWE AG*, azione proposta da un cittadino peruviano che radicava una lite in Germania contro un’impresa di energia allo scopo di accertare la responsabilità di quest’ultima, che persisteva nell’uso del carbone (così provocando il surriscaldamento globale e con ciò pregiudicando il suo diritto di proprietà su un fondo). Mentre il giudice di primo grado rigettava la domanda non ravvisando alcun nesso di causalità tra l’evento e il danno, il giudice di seconde cure ammetteva la richiesta. Va ricordata poi la vicenda *Smtih v. Fonterra Co. Operative Group Limited*, proposta da un cittadino della Nuova Zelanda contro alcune imprese ritenute responsabili della produzione di gas serra (un caseificio, una centrale elettrica, una raffineria di petrolio). Per una ricostruzione dell’articolato contenzioso, E. Gabellini, *Accesso alla giustizia*, cit., 1112; G. Ghinelli, *Le condizioni dell’azione*, cit., 1278 ss.; E. D’Alessandro, *Climate change litigations, ovvero la nuova frontiera della tutela giurisdizionale: il processo come strumento per combattere i cambiamenti climatici*, in *Le pag. de l’aula civ.* 2020, 51; C.V. Giabardo, *Climate change litigations and tort law. Regulation through litigation?*, in *Dir. e proc.* 2019, 361; G. Puleio, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Pers. e merc.* 2021, 189; M. Delsignore, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giorn. dir. amm.* 2022, 265; C. Marino, *La climate change litigation nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale*, 2021, 898; F. Vanetti, L. Ugolini, *Il «Climate change» arriva in tribunale: quadro giuridico e possibili scenari giudiziari*, in *Amb. e svil.* 2019, 739 ss.; S. Nespor, *I principi di Oslo: nuove prospettive per il contenzioso climatico*, in *Giorn. dir. amm.* 2015, 750; C. Vivani, *Climate change litigation: quale responsabilità per l’omissione di misure idonee a contrastare i cambiamenti climatici?*, in *Amb. e svil.* 2020, 599; S. Baldin, P. Viola, *L’obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Dir. pub. comp. eur.* 2021, 597 ss.; V. Zampaglione, *L’accesso alle informazioni ambientali e le prime azioni per danno da cambiamento climatico. Esperienze a confronto*, in *Riv. giur. amb. e dir.* 2002, 273. Si evidenziano così due tipologie di contenzioso: quello «strategico» volto ad indurre gli Stati o le imprese ad assumere deliberazioni o comportamenti destinati a ridurre le emissioni (con funzione preventiva e inibitoria,

oggetto la responsabilità delle imprese per le conseguenze della propria attività sul clima)<sup>(9)</sup>. C'è da chiedersi il perché di una tale ampiezza ed eterogeneità di prospettive. Qui a ben vedere, l'azione giudiziale non è riconosciuta dalla legge (come ad esempio nel caso dell'art. 28 st. lav.), bensì nasce dall'esperienza applicativa.

D'altra parte, ampiezza esprime indeterminatezza. Al cospetto dei gravi pericoli provocati dalle emissioni di gas serra<sup>(10)</sup>, il diritto (e la giurisprudenza che ne è espressione) si adeguano, e lo fanno alla maniera più articolata, e potenzialmente completa, l'ordinamento giuridico (mai uguale a sé stesso) subentrando quale risposta alle esigenze pratiche, per proteggere interessi e/o situazioni soggettive indistintamente meritevoli. Quello sul cambiamento climatico è un fenomeno mondiale, e con esso il relativo contenzioso, cangiante a seconda dell'ordinamento in cui si radica (variabile di Paese in Paese, di regione in regione). Sicché, la pericolosità della vicenda, sotto l'impulso di interventi antropogenici, trova risposte differenziate al variare delle rispettive realtà normative, sociali, economiche.

2. – Nella vastità delle strade percorribili, e limitando lo sguardo ai rimedi civilistici – oggetto di attenzione nel presente convegno – il compito che mi è stato assegnato è indagare il contenzioso sotto il profilo della tutela inibitoria (contraltare di quella risarcitoria).

Essa nella realtà dinamica assume molteplici vesti e si articola in azioni di vario genere. Senza entrare nel dettaglio del profilo problematico (soprattutto teorico) intorno alla sua natura giuridica, basti qui ricordare che ampio è stato (in passato) il dibattito sull'inquadramento sistematico della

---

quindi), e quello «routinario» avente contenuto risarcitorio, per consentire il ristoro dei danni causati dal mutare del clima. Sulla distinzione tra «giustizia climatica» e «contenzioso climatico», «quest'ultimo appartenente al formante giurisprudenziale e alla *strategy* processuale radicata in una questione ambientale o sociale di livello locale», S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, cit., 602. Sul piano normativo ambientale, cfr. F. Altamura, *Gli strumenti di mercato nella lotta al cambiamento climatico: riflessioni in chiave di analisi economica del diritto*, in *Quad. dipartimento jonico* 2020, 389 ss.

<sup>(9)</sup> Ad una iniziale costruzione del contenzioso climatico nei confronti degli Stati, ha fatto seguito una fase giudiziale che ha visto protagoniste principalmente le imprese (M. Marinai, *Il contenzioso e la legislazione climatica*, cit., 1335).

<sup>(10)</sup> È certo – quanto meno secondo lo stato attuale delle conoscenze – che il cambiamento climatico antropogenico possa essere arrestato significativamente solo riducendo le emissioni di gas a effetto serra (anidride carbonica). Tutte le altre (ad esempio la costruzione di dighe) sono misure di adattamento che mitigano le conseguenze negative, ma non eliminano il problema dalla base. Su questi temi, G. Puleio, *Rimedi*, cit., 195.

tutela inibitoria<sup>(11)</sup>, nell'alternativa tra la qualificazione come azione di mero accertamento<sup>(12)</sup>, di condanna<sup>(13)</sup>, o costitutiva (costitutivo-determinativa)<sup>(14)</sup>, o ancora come *quartum genus*<sup>(15)</sup> che si aggiunge alla normale tripartizione. Dibattito ad oggi sopito nella sua impostazione astratta – a tutto vantaggio della riconduzione alla categoria condannatoria<sup>(16)</sup> – seppure rinverdito dal proliferare di ipotesi tipiche di azioni inibitorie introdotte nella legislazione più recente<sup>(17)</sup>. Superati infatti gli ostacoli

---

<sup>(11)</sup> Senza alcuna pretesa di completezza, si consideri P. Perlingieri, *Azione inibitoria*, cit., 7 ss.; C. Rapisarda, M. Taruffo, voce *Inibitoria (azione)*. I *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.* 1988, 8 ss.; C. Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova 1987, *passim.*; G. Basilico, *La tutela civile preventiva*, Milano 2013; Ead., *In tema di tutela inibitoria e di diritti di libertà*, in questa *Rivista* 2008, 391 ss.; A. Frignani, voce *Inibitoria*, in *Enc. dir.*, XXI, 559 ss.; V. Carnevale, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in questa *Rivista* 2007, 63 ss.; Id., *L'azione inibitoria in materia di ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali*, *ivi* 2004, 1117.

<sup>(12)</sup> A. Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, 100; G. Monteleone, *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata*, in questa *Rivista* 1982, 283.

<sup>(13)</sup> V. la dottrina citata *infra* nt. 16. Le ostilità mosse alla qualificazione dell'azione come di condanna si fondavano sull'impossibilità, intorno all'azione inibitoria, di procedere ad esecuzione forzata in caso di mancato adempimento, tenuto conto della natura infungibile del comportamento dell'obbligato. Il che, a sua volta, trovava fondamento nella cd. correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata (per una ricostruzione della vicenda, A. Motto, *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.* 2013, 911 ss. spec. 921; V. Carnevale, *Appunti sulla natura giuridica*, cit., 70).

<sup>(14)</sup> L. Montesano, *Problemi attuali sui limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 775; Id., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano 1994, 222.

<sup>(15)</sup> V. Denti, *Flashes su accertamento e condanna*, in questa *Rivista* 1985, 261; Id., voce *Azione*. I *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, 1 ss., spec. 9; I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano 2004, 15 ss.; V. Tavormina, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in questa *Rivista* 1989, 21; A. Motto, *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile*, cit., 929.

<sup>(16)</sup> Si tratta dell'impostazione risultata prevalente. Per tutti, G. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma 1930 (ristampa 1993), 82; G.A. Micheli, *L'azione preventiva*, in questa *Rivista* 1959, 212; M. Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1986, 646; C. Rapisarda, M. Taruffo, voce *Inibitoria (azione)*, cit., 10 ss.; R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, 86; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978, 1104 ss., spec. 1165; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2014, 145; F. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano 1979, 84; M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, in *Jus* 1988, 45; Id., *La tutela civile inibitoria*, in Aa.Vv., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli 1989, 315; Id., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria*, in questa *Rivista* 1995, 385; A. Frignani, voce *Inibitoria (azione)*, cit., 559. Nel medesimo senso la giurisprudenza unanime (*ex pluribus*, Cass. 25 luglio 1995, n. 8080).

<sup>(17)</sup> Una svolta significativa si ebbe intorno agli anni '90 con il fiorire della disciplina consumeristica (per una ricostruzione della vicenda, G. Basilico, *In tema di tutela inibitoria e diritti di libertà*, cit., 391). Centrale è l'azione a tutela dei consumatori dell'art. 1469 *sexies*

che si frapponessero alla qualificazione dell'azione inibitoria quale tutela di condanna – data l'incoercibilità della prestazione<sup>(18)</sup>, oggi da leggere alla luce del rimedio generale dell'art. 614-*bis* c.p.c. che apre la strada all'esecuzione indiretta<sup>(19)</sup> – i temi posti al centro dell'attenzione ruotano intorno alla definizione di azione tipica o atipica<sup>(20)</sup>, urgente o appartenente alla tutela dichiarativa (dubbi anche questi di inquadramento generale, ma utili per delimitarne il campo di applicazione nel caso che ci interessa), avente ad oggetto situazioni giuridiche assolute o relative (o entrambe)<sup>(21)</sup>.

In questa sede varrà la pena soffermarsi sul fenomeno inibitorio (confermando tutto sommato orientamenti prevalsi in passato) in funzione della sua collocazione nel contenzioso climatico<sup>(22)</sup>. Con una premessa (anch'essa già sperimentata in relazione all'inibitoria in generale)<sup>(23)</sup>: è questo un contesto in cui l'approccio casistico fa da guida, alla ricerca

c.c., successivamente abrogato, confluito nel codice del consumo d.lgs. n. 198/2021, e da ultimo codificato nell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. (su cui avrò modo di soffermarmi in seguito: §§ 9 e 10). Non meno significativa è la disciplina nelle controversie laburistiche (art. 28 st. lav. per quanto riguarda la repressione della condotta antisindacale – su cui *infra* § successivo – nonché quella dell'art. 15, l. n. 903/1977 sulla repressione degli atti discriminatori tra uomo e donna nei rapporti di lavoro). Emerge poi la tutela inibitoria in materia di illeciti via internet (per tutti, F. Marchetti, *Esiste una «azione inibitoria europea»? La tutela dei diritti di rete tra vecchi problemi e nuove declinazioni rimediali all'alba del Digital service Act (parte prima)*, in *Il processo 2023*, 147 ss.; Id., *Esiste una «azione inibitoria europea»? La tutela dei diritti di rete tra vecchi problemi e nuove declinazioni rimediali all'alba del Digital service Act (parte seconda)*, *ibid.*, 459; M. Stella, *Profili processuali degli illeciti via internet*, Padova 2020, I e II, 2023; Id., *Access provider e tutela inibitoria*, in questa *Rivista 2023*, 891).

<sup>(18)</sup> Tale tesi, come si è visto *retro* nt. 13 si fondava sul principio della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata.

<sup>(19)</sup> L'art. 614-*bis* c.p.c. è d'altra parte espressamente menzionato nell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., quale possibile forma di esecuzione del provvedimento inibitorio collettivo (su cui *amplius infra* § 10).

<sup>(20)</sup> Vasto è il dibattito intorno alla natura dell'inibitoria quale rimedio tipico ovvero atipico, con una inclinazione verso la tesi divenuta dominante, circa la natura atipica dell'azione stessa. Per tutti, C.M. Bianca, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Azione, inibitoria e interessi tutelati*, a cura di A. Bellelli, Napoli 2007, 12 ss. spec. 17; A. Bellelli, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.* 2004, I, 607 ss.; P. Perlingieri, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 8; A. Di Maio, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, 144; C. Rapisarda, M. Taruffo, voce *Inibitoria*, cit., 8; C. Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., 224; I. Pagni, *Tutela specifica*, cit., 21; A. Frignani, voce *Inibitoria (azione)*, cit., 562; G. Basilico, *In tema di tutela inibitoria*, cit., 396.

<sup>(21)</sup> Per la soluzione più ampia, L. Montesano, *Problemi attuali e contenuti anche non patrimoniali delle inibitorie normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 775; I. Pagni, *Tutela specifica*, cit., 43.

<sup>(22)</sup> Sul tema specifico, R. Fornasari, *La struttura della tutela inibitoria de i suoi possibili utilizzi nel contrasto al cambiamento climatico*, in *Resp. civ. prev.* 2021, 2061 ss.

<sup>(23)</sup> P. Perlingieri, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 11.

del rimedio più adeguato in relazione alla rilevanza dell'interesse protetto al confronto con la meritevolezza dell'attività da cui deriva il pericolo di lesione. In altri termini, una riflessione intorno alla tutela inibitoria applicata al contenzioso climatico non può muoversi separatamente rispetto all'indagine sugli interessi tutelati da comparare al pericolo di danno provocato dalle azioni (immissioni di gas serra) della cui liceità si discute. Il che a sua volta impone di porre a confronto la tutela specifica realizzata nelle forme dell'inibitoria, rispetto a quella risarcitoria.

Sono temi che si incrociano con la possibilità di guardare all'inibitoria nelle varie modalità in cui si estrinseca, e dunque: in via preventiva o finale, quale unico strumento di tutela, ovvero in alternativa a quello risarcitorio, il tutto in relazione alla natura e alle caratteristiche della situazione sostanziale protetta; questione problematica, questa, da cui perciò occorre partire.

3. – L'individuazione dell'oggetto della tutela inibitoria nelle *climate change litigations* – alla ricerca dell'interesse giuridicamente rilevante che giustifichi un'azione volta ad inibire comportamenti altrui – è uno dei profili di maggiore criticità di un contenzioso, la cui novità impedisce di giovarci di orientamenti consolidati. Ci si interroga intorno alla situazione sostanziale protetta al cospetto di comportamenti umani che provochino danni al clima (tema questo che – in una prospettiva ampia – accomuna la tutela inibitoria e quella risarcitoria) (24). È evidente il danno (o pericolo di danno) cagionato dalle emissioni di gas ad effetto serra e logicamente rappresentato da un incremento dei livelli di CO<sub>2</sub> che pregiudicano l'ambiente salubre. Senonché, i diritti che possono dirsi lesi sono tanti e vari: diritti fondamentali della persona (25), diritto alla salute, all'ambiente salubre, alla protezione del territorio e della proprietà (diritti personali e patrimoniali allo stesso tempo). La varietà delle situazioni soggettive pregiudicate da comportamenti altrui è al contempo espressione di meritevolezza della tutela, ma anche della molteplicità degli interessi protetti, con l'ulteriore interrogativo se e in che limiti tali interessi possano assurgere a veri e propri diritti idonei a prevalere rispetto alla libertà dell'iniziativa economica privata (facente capo alle imprese della cui condotta – lecita o meno – ci si interroga). Il fatto è che porta fuori strada l'idea di ricercare,

---

(24) Sull'oggetto del processo, in particolare con riguardo all'azione inibitoria collettiva, *amplius infra* § 9.

(25) Si tratta in generale di diritti garantiti dalla Costituzione dei singoli stati o dai trattati internazionali (sul tema, M. Montini, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine intern. e dir. umani* 2020, 506).

quale oggetto di protezione, una situazione soggettiva tradizionalmente intesa, al modo dei diritti soggettivi noti<sup>(26)</sup>.

Per meglio orientarsi, occorre guardare alle origini del fenomeno litigioso. È noto come le *climate change litigations* derivino da (ed esprimano) un'esigenza avvertita a livello sociale, nel senso di mobilitare Stato e istituzioni verso un problema grave quale il cambiamento climatico antropogenico (si evoca il diritto umano al clima stabile e sicuro)<sup>(27)</sup>; situazione sostanziale degna di tutela, e che diviene elemento della fattispecie in cui si concretizzano le singole posizioni giuridiche soggettive<sup>(28)</sup>. La necessità di dare voce a tali criticità nasce quindi dal basso: attrarre l'attenzione su taluni comportamenti lesivi, a tutela di un generale interesse ad evitare un'alterazione patologica delle condizioni climatiche; interesse superindividuale, condiviso dalla collettività<sup>(29)</sup>, dietro al quale si nascondono, a loro volta, individuali posizioni soggettive che finiscono per rappresentare

<sup>(26)</sup> Si osserva peraltro già da tempo come sia preferibile collegare la tutela inibitoria a interessi giuridicamente rilevanti, riferendosi agli «interessi tutelati e non a specifiche figure di situazioni soggettive. Non è corretto, infatti, impostare la questione impiegando ancora categorie giuridiche quali il diritto soggettivo, dovendosi estendere il discorso agli interessi giuridicamente meritevoli, non tutti preventivamente identificabili, che potranno assumere forme diverse di rilevanza: diritto soggettivo, interesse legittimo ecc.» (P. Perlingieri, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 8).

<sup>(27)</sup> Tale diritto è inteso come il «diritto a pretendere la non regressione del proprio sviluppo umano e del nucleo essenziale dei propri diritti al cospetto della drammatica urgenza dell'emergenza climatica». Così nella causa «Giudizio universale» pendente in Italia (su cui *retro*, nt. 8 § 1).

<sup>(28)</sup> E. Gabellini, *op. cit.*, 1113.

<sup>(29)</sup> Il «diritto umano al clima stabile e sicuro» finisce così per acquistare una sua autonomia e dignità di tutela, in quanto oggetto di un esplicito riferimento (diretto o indiretto) di plurime fonti normative, nazionali europee o internazionali. Nella nostra Carta costituzionale, basti riflettere sugli artt. 9 e 41 Cost. (su cui tornerò *infra* § 6), dove si evoca il diritto alla salute ed all'ambiente (quale limite alla libertà di iniziativa economica privata), nonché sull'art. 32 Cost. quale espressione del diritto alla salute. A livello europeo, si pensi poi al Regolamento (UE) n. 2021/1119 – Parlamento europeo e Consiglio del 30 giugno 2021 – volto ad istituire il quadro per il conseguimento della neutralità climatica. Si pensi ancora al *Green deal europeo* contenuto nella Comunicazione della Commissione di dicembre 2019. La giustizia climatica è al centro dell'attenzione in Europa anche attraverso molteplici ulteriori documenti. Si veda per tutti il Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla Giustizia climatica (2018/C 081/04). Sul piano convenzionale, il primo passo è compiuto con la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, adottata nel 1992 ed entrata in vigore il 21 marzo 1994, la quale riconosce l'esistenza di un nesso di causalità tra i comportamenti antropogenici ed il riscaldamento globale (dovendosi così puntare alla riduzione delle emissioni di gas serra). Seguono il Protocollo di Kyoto, trattato internazionale ratificato in Italia nel 2002 ed entrato in vigore nel 2005, la Convenzione di Aarhus firmata e ratificata dall'UE con la decisione 2005/370/CE, l'Accordo di Parigi nel 2015. Vi sono poi ulteriori trattati che a livello mondiale pongono la tutela del clima tra i fini primari. Per un quadro di sintesi, S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso*, cit., 139, 143.

(all'interno del giudizio collettivo) una *causa petendi* più che il *petitum*. La centralità della tutela va oltre il diritto (personale o patrimoniale) di ciascuno, esprimendosi in un generale interesse alla conservazione delle naturali condizioni climatiche. Si crea in altri termini una scissione tra diritto sottostante e interesse generale verso il quale l'azione giudiziale è proiettata (entrambi caratterizzati da una identità di *petitum*<sup>(30)</sup>)<sup>(31)</sup>. Si insinua allora l'idea che a sorreggere le azioni legate al contenzioso climatico non vi sia un diritto soggettivo tipicamente individuato, bensì si muovano interessi superindividuali (diffusi o collettivi) comuni ad un gruppo, tali che la lesività della condotta, quand'anche incidente sulla singola posizione soggettiva, sia adeguatamente rappresentata in quanto collocata nel contesto del gruppo stesso. Occorre allora distinguere diritto soggettivo del singolo da interesse superindividuale della collettività.

Per meglio comprendere le caratteristiche di tale dualità, è bene tornare – esemplificativamente – su alcune esperienze note. Penso al (già citato) procedimento per la repressione della condotta antisindacale dell'art. 28 st. lav., il quale, all'indomani dell'entrata in vigore dello statuto dei lavoratori, pose il dubbio intorno alla *relatio* tra il suo oggetto e quello dell'impugnativa (individuale) del licenziamento dell'art. 18 st. lav.<sup>(32)</sup>. Anche in quell'occasione si evidenziò la fruttuosità del metodo induttivo, «come quello che, in luogo di imbrigliare la realtà in (sia pur armoniche, ma pur sempre) precostituite costruzioni, consente di valutare la rispondenza delle proposte soluzioni a concrete esigenze; in breve, consente di valutarle alla luce delle finalità della legge, in termini di funzionalità ed effettività dello Statuto»<sup>(33)</sup>. Trasposte le medesime considerazioni nel caso che ci occupa, è bene liberarsi dal pericolo di restare soffocati da ricostruzioni astratte che, in presenza di una così emergenziale pericolosità delle condotte lesive, rischierebbero solo di portare fuori strada. Piuttosto,

---

<sup>(30)</sup> Sicché, tanto il diritto individuale quanto l'interesse collettivo puntano alla rimozione delle condotte lesive (di qui l'identità di *petitum*), con la precisazione che all'interno dell'azione collettiva emerge anche la posizione soggettiva del singolo quale *causa petendi*, nonché l'identificazione e quantificazione del danno, oltre che il suo collegamento con l'evento dannoso.

<sup>(31)</sup> Sulla scissione tra l'interesse – diffuso – che accomuna una collettività di persone e quello – individuale – che fa capo al singolo individuo tornerò affrontando il tema dell'azione inibitoria collettiva (*infra* § 9).

<sup>(32)</sup> Per un recente richiamo a tale procedimento nel più ampio quadro della tutela giurisdizionale differenziata, v. A. Proto Pisani, *Significati ed equivoci della «tutela giurisdizionale differenziata»*, in questa *Rivista* 2023, 1333.

<sup>(33)</sup> R. Vaccarella, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano 1977, 63.

anche qui effettività e funzionalità della tutela devono fare da guida alla ricerca del giusto inquadramento del fenomeno processuale.

Quanto al procedimento dell'art. 28 st. lav., è finita per prevalere la ricostruzione secondo cui azione di impugnativa del licenziamento individuale (art. 18 st. lav.) e azione di repressione della condotta antisindacale (art. 28 st. lav.) hanno un diverso fondamento sostanziale. Sicché all'art. 28 st. lav. va riconosciuta natura sostanziale, quale azione idonea a accordare un'autonoma forma di tutela non concessa da altre disposizioni dello Statuto. Di qui la qualificazione dell'oggetto del procedimento in termini di «diritto in veste di azione», situazione soggettiva degna di tutela in quanto corredata di un apposito strumento giudiziale, a prescindere da ulteriori diritti individuali sottostanti<sup>(34)</sup>. Con l'art. 28 st. lav., in altri termini, si è «creata una tutela non concessa da altre norme dello Statuto, e quindi reso “giustiziabili” situazioni di vantaggio altrimenti non deducibili in giudizio»<sup>(35)</sup>. Sicché, uno stesso provvedimento del datore di lavoro può «essere sindacato sotto due distinti profili attraverso due distinte azioni: sotto il profilo della sua illegittimità nell'ambito del rapporto di lavoro, per carenza dei presupposti dell'esercizio del potere, e sotto il profilo della sua illegittimità per la destinazione antisindacale»<sup>(36)</sup>. «Tradotte in termini tecnico-processuali, queste considerazioni possono esprimersi dicendo che ciascuna delle azioni individuali e l'azione speciale *ex art. 28* hanno diverse *causae petendi*, ma identico *petitum*; ed infatti, intanto possono dirsi rimossi gli effetti di una condotta antisindacale che sia indirettamente lesiva dei diritti sindacali del lavoratore (attraverso atti incidenti sul rapporto di lavoro), in quanto quegli atti vengano rimossi con un provvedimento giudiziale che tuteli, ad un tempo, la posizione giuridica del lavoratore sia come soggetto sindacale, sia, inscindibilmente, come parte del rapporto di lavoro»<sup>(37)</sup>.

4. – Quello appena esaminato<sup>(38)</sup> è solo un esempio della più ampia categoria della c.d. «tutela collettiva», avente ad oggetto interessi (collettivi

---

(34) Questo inquadramento è risultato utile per dare senso a diversi orientamenti giurisprudenziali quali quelli che escludono rilevanza, nel giudizio di repressione della condotta antisindacale, all'accertamento dell'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo ovvero della regolarità formale del licenziamento antisindacale; alla congruità rispetto all'infrazione ovvero della regolarità formale della sanzione disciplinare; all'accertamento della sussistenza delle «ragioni tecniche, organizzative e produttive» che giustificano il trasferimento dell'unità produttiva» (R. Vaccarella, *Il procedimento*, cit., 64).

(35) R. Vaccarella, *op. cit.*, 65.

(36) Id., *op. cit.*, 106.

(37) Id., *op. cit.*, 107.

(38) *Retro* § precedente.

o diffusi) che vanno oltre il diritto soggettivo di ciascun appartenente al gruppo<sup>(39)</sup>. Il tema è stato esplorato con riferimento alla tutela dell'ambiente<sup>(40)</sup>, e (nella relazione tra ambiente e clima), non diversamente può trovare spazio nelle liti relative al cambiamento climatico.

Per meglio comprendere i termini della questione, occorre accennare alla distinzione tra interessi diffusi e interessi collettivi, distinzione a tratti sfumata, ma in linea generale così ricostruibile: l'interesse collettivo fa capo a un gruppo, anche non organizzato, ma rispetto al quale gli effetti processuali del provvedimento richiesto si producono sul gruppo nel suo complesso<sup>(41)</sup>. Nell'interesse collettivo, quindi, deve esistere un'organizzazione intesa come «relazione di interessi stabilita per il raggiungimento del fine comune»<sup>(42)</sup>. Diversamente, gli interessi diffusi sono riferibili ad uno stadio ancora fluido del processo di aggregazione degli interessi stessi riservato alle posizioni di vantaggio riconosciute ai singoli dall'ordinamento, di uguale contenuto e dirette verso il medesimo fine, ma non organizzate<sup>(43)</sup>. In altri termini, mentre l'interesse collettivo sorge e si identifica

<sup>(39)</sup> È sconfinata la dottrina che si è occupata negli ultimi anni della tutela collettiva tra diritti collettivi e interessi diffusi. Senza pretese di completezza, e limitandomi a citare le opere monografiche, v. R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli 2008, *passim*; A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli 2013, *passim*; A. Giusani, *Studi sulle class actions*, Padova 1996; Id., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, *passim*. Per la saggistica, R. Caponi, *Azioni collettive, interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in questa *Rivista* 2008, 1205. Il tema affonda le sue radici nell'esigenza di assicurare protezione giurisdizionale, non già a singole situazioni soggettive individuali, bensì a situazioni giuridicamente rilevanti aventi ad oggetto beni (quali la salute l'ambiente, il patrimonio culturale) che per natura non ineriscono al singolo, atomisticamente considerato, ma sono riferibili a una pluralità di soggetti per esigenze avvertite simultaneamente da tutti coloro che ne fanno parte (per tutti M. Cappelletti, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano 1976, *passim*; Id., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in questa *Rivista* 1975, 361; Id., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Giur. it.* 1975, IV, 49; per una ricostruzione del pensiero dell'A.N. Trocker, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna teoria del processo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 425 ss., spec. 451).

<sup>(40)</sup> Ampi sono gli studi intorno alla tutela dell'ambiente proprio in relazione all'azione inibitoria. Per tutti, M.A. Lupoi (a cura di), *Emergenze ambientali e tutela giuridica*, Rimini 2017; M. Maugeri, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, Milano 1997; A. Miletti, *Tutela inibitoria individuale e danno ambientale*, Napoli 2006; G. Ceccherini, *Danno all'ambiente e garanzia dell'accesso alla giustizia: una questione aperta*, in *Riv. dir. civ.* 2021, 347; F. Giglioli, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.* 2015, 414.

<sup>(41)</sup> A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., 170.

<sup>(42)</sup> V. Vigoriti, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano 1979.

<sup>(43)</sup> V. Vigoriti, *op. ult. cit.*, 40; A.D. De Santis, *La tutela*, cit., 171.

con il soggetto che se ne fa portatore, l'interesse diffuso è sprovvisto di un soggetto qualificato come ente esponenziale, in grado di agire; sicché, mentre negli interessi diffusi l'iniziativa è affidata al singolo che, in quanto titolare di un diritto soggettivo o interesse legittimo originario, quale tassello della posizione giuridica, agisce in giudizio, l'interesse collettivo è ricondotto ad un soggetto che assume l'iniziativa ed ha legittimazione ad agire in sostituzione dei singoli membri del gruppo.

Vi è in effetti chi svilisce l'utilità della distinzione<sup>(44)</sup> osservando come le differenze che intercorrono tra le due nozioni sul piano teorico, sotto il profilo applicativo appaiono notevolmente meno significative<sup>(45)</sup>.

A prescindere dal fatto che l'interesse collettivo sia tale ovvero sia ancora allo stadio embrionale (in quanto diffuso), un terreno di elezione di tali fenomeni negli ultimi tempi si individua proprio nella tutela dell'ambiente, prima, e del clima, poi.

Pur nella diversità dei due beni tutelati<sup>(46)</sup>, ambiente e clima mostrano punti di incontro<sup>(47)</sup>. Entrambi sono orientati sulla protezione di un ecosistema salubre, contro il rischio di pregiudizi provocati da comportamenti antropogenici che colpiscono il territorio. Inoltre, al fine di dare una veste alla situazione soggettiva protetta, domina in entrambi un interesse sovraindividuale che accomuna i membri di un gruppo – e che perciò ha carattere «diffuso» – a prescindere dalla sussistenza o meno di una entificazione soggettiva a cui attribuire la legittimazione ad agire (la cui presenza renderebbe «collettivo» quello stesso interesse). Sicché – restando vincolati alla distinzione tra interesse diffuso e collettivo – si può ritenere che, nel caso del contenzioso climatico, siamo in presenza di una posizione

<sup>(44)</sup> A.D. De Santis, *La tutela*, cit., 196.

<sup>(45)</sup> A.D. De Santis, *La tutela*, cit., 196 rileva come «mentre, sul piano positivo, non sembra esserci possibilità di tutela di interessi diffusi se non attraverso la loro riconduzione, sul piano individuale, al diritto soggettivo azionabile nel processo da colui che condivide l'interesse stesso, sul piano processuale si assiste ad una attribuzione della legittimazione all'esperimento di strumenti di vario genere a soggetti individuali, ma adeguatamente rappresentativi degli interessi della categoria».

<sup>(46)</sup> Per non dire che, mentre la tutela dell'ambiente ha oggi una puntuale ed esplicita regolamentazione, quello del contenzioso climatico è fenomeno venuto imponendosi per via di prassi ancorché ad oggi non vi sia una specifica e puntuale disciplina in materia.

<sup>(47)</sup> Sulla linea di confine tra la tutela dell'ambiente e del clima, v. *infra* § successivo. Premetto sin da ora che nel contenzioso climatico la disciplina disegnata sui danni ambientali non opera, essendo in quest'ultima, in base all'art. 300 cod. amb., nonché in base alla direttiva 2004/35/CE, il danno ambientale coincidente con il deterioramento di specie e di habitat naturali protetti dalla normativa nazionale ed europea, di acque interne, acque costiere e terreno. D'altra parte, l'obiettivo della normativa sull'ambiente è quello di ripristinare le risorse danneggiate e dunque non trova corretta collocazione nel caso dei danni derivanti dal cambiamento climatico antropogenico (G. Puleio, *Rimedi civilistici*, cit., 199).

soggettiva che l'esperienza applicativa ha dimostrato essere degna di tutela in sé<sup>(48)</sup> (interesse alla preservazione del clima), in considerazione del suo carattere sovraindividuale, a prescindere dalla specifica qualificazione delle posizioni individuali sottostanti (persona, salute, territorio, proprietà). Si tratta di un interesse che a sua volta può essere fatto valere in giudizio come azione collettiva<sup>(49)</sup> (attraverso enti rappresentativi del gruppo) ovvero, in forma diffusa, attribuendo la legittimazione ad agire ai portatori delle singole situazioni soggettive individuali<sup>(50)</sup>.

In altri termini, ciò che rileva – ai fini della qualificazione dell'interesse protetto – non è tanto l'individuazione del legittimato ad agire (nell'alternativa tra singolo, gruppo di individui o ente rappresentativo), quanto il fatto che l'interesse minacciato o pregiudicato dalla condotta altrui è comune ad una collettività e necessita di tutela in quanto tale. Pregiudizio, d'altra parte, che, guardato sotto il profilo del singolo, può essere doppiamente declinato: dell'individuo stesso in quanto parte del gruppo, ovvero in quanto singolo (sebbene sempre in virtù della sua partecipazione al gruppo). Esempificando: il pregiudizio provocato dall'incremento delle temperature per l'emissione di CO<sub>2</sub> può leggersi rispetto al singolo (in relazione alla sua integrità fisica, alla salute, al diritto ad un ambiente salubre, al diritto di proprietà), nonché quale parte di una collettività (pregiudicata nel suo complesso rispetto agli effetti prodotti sul clima dai gas serra). Di qui l'utilità dei modelli di *class action* (anche pubblica<sup>(51)</sup>) per la gestione del contenzioso climatico, in cui la dignità di tutela di una situazione soggettiva astrattamente descrivibile e concretamente individuabile è vincolata alle fattispecie da cui emerge il contenzioso stesso.

5. – L'inquadramento dualistico diritto individuale/interesse superindividuale che ho cercato di descrivere quale oggetto del contenzioso climatico, trova corrispondenza (come accennato)<sup>(52)</sup>, nella tutela dell'am-

---

<sup>(48)</sup> Espressione dunque di un interesse «non tradizionalmente riconducibil(e) alla logica egoistico-individualistica» (così con riferimento alla tutela dell'ambiente, R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale*, cit., 676).

<sup>(49)</sup> Non va dimenticato che vi è in dottrina chi ritiene che anche l'interesse collettivo sia da ricondurre entro la figura generale del diritto soggettivo (R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., 398).

<sup>(50)</sup> Una siffatta dualità trova espressione nell'azione inibitoria collettiva dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. su cui mi soffermerò a breve (*infra* §§ 9 e 10).

<sup>(51)</sup> Sui vantaggi e gli svantaggi della *class action* pubblica nelle *climate change litigation*, v. R. Louvin, *Spazi e opportunità per la giustizia climatica in Italia*, in *Dir. pubbl. com. europeo* 2021, 935 ss., spec. 948.

<sup>(52)</sup> *Retro*, § precedente.

biente<sup>(53)</sup>. Non posso qui ripercorrere la storia di una disciplina relativamente recente e ciò nonostante intrisa di un'evoluzione normativa ed interpretativa che è venuta sempre più accordando autonomia all'interesse (collettivo) ad un ambiente salubre<sup>(54)</sup>. Agganciato inizialmente ai diritti fondamentali della persona, declinato poi nei termini del diritto alla salute, riversato sui profili patrimoniali quale espressione del diritto di proprietà, quello della tutela dell'ambiente è un ambito del contenzioso in cui si avverte forte la necessità di proteggere, da un lato, i diritti soggettivi individuali (personali e patrimoniali), da un altro, l'interesse diffuso (superindividuale) all'ambiente salubre quale garanzia di salvaguardia di un contesto sociale in cui la fruizione dell'ambiente da parte del gruppo debba sottrarsi al rischio di pregiudizio sui singoli. Sicché, «la concezione soggettivistica pur muovendo dalla premessa dell'inerenza di questi interessi all'individuo, non esclude la dimensione anche superindividuale del fenomeno stesso»<sup>(55)</sup>.

La situazione muta di poco – sul piano dell'interesse protetto – nelle *climate change litigations*, le quali rispetto alle controversie ambientali si

(53) Sulla distinzione tra il contenzioso climatico e quello ambientale, per tutti, E. Gabellini, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe*, cit., 1107; S. Vincere, A. Henke, *Il contenzioso*, cit., 140 ss., ponendo l'accento sulla necessità che il contenzioso climatico riguardi specificamente le condizioni del clima. M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della «giustizia climatica»*, in *DPCE on line* 2020, 1345 ss. pone l'accento sulla distinzione tra «giustizia ambientale», «giustizia climatica» e «giustizia ecologica».

(54) Diritto ormai pacificamente ritenuto fondamentale (Corte cost. 31 marzo 2018, n. 58; Corte cost. 28 maggio 1987, n. 210; Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 641).

(55) R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale*, cit., 689. Ove anche una completa ricostruzione della vicenda in chiave storica. Osserva l'A.: «accanto, infatti, all'accentuazione dei profili individuali degli interessi tutelati, implicante l'informazione, la partecipazione e l'azione del soggetto interessato, emergono altrettanto chiaramente i profili collettivi della tematica ed in questa linea di pensiero la natura superindividuale della tutela si apprezza sotto diversi profili: quello della particolare dimensione spaziale e temporale dell'interesse materiale, proiettato verso l'intero pianeta e le generazioni future; quello della natura pubblica, collettiva o comune del bene, ma anche quello della caratterizzazione del diritto all'ambiente come «diritto-dovere di positivo intervento per la salvaguardia dei beni essenziali alla comunità, nello spirito del solidarismo sociale imposto dalla nostra Costituzione», nonché, infine, nella necessaria e conseguente concorrenza di strumenti di tutela giurisdizionale ad esercizio individuale e collettivo. Come è stato chiaramente posto in risalto, infatti, «il riconoscimento di un diritto all'ambiente come diritto della personalità [...], non esclude [ma] anzi postula il contemporaneo concorrere di azioni di soggetti collettivi o pubblici» (R. Donzelli, *op. cit.*, 690, citando A. Postiglione, *Ambiente: un significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1985, 32 ss., spec. 42 ss.). Rileva E. Gabellini, *Accesso alla giustizia*, cit., 1108 come la disciplina sulla tutela dell'ambiente enfatizza l'idea che sia necessaria una gestione unitaria del danno ambientale alla luce del carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici.

pongono in un rapporto di *genus a species*: a voler in estrema sintesi descrivere la *relatio* che intercorre tra controversie climatiche ed ambientali, si dirà infatti che il clima rappresenta il contesto in cui si trovano gli elementi che compongono l'ambiente (di qui la divergenza per contenuti ed obiettivi delle liti sul primo rispetto a quelli che riguardano il secondo). Se infatti il «sistema climatico» comprende l'atmosfera (l'aria), l'idrosfera (l'acqua), la criosfera (i ghiacci e i ghiacciai), la litosfera (il suolo), la biosfera (gli esseri viventi) e i processi tra queste sfere, l'ambiente trova una sua definizione in aspetti particolari della legislazione in un contesto più circoscritto. Sicché, gli elementi climatici descrivono una nozione più ampia del «bene ambiente», sia perché ne partecipano le condizioni di vita e salute delle diverse matrici, sia perché esso stesso, nelle sue componenti fisiche (i fattori climatici), ne costituisce una parte (pure essenziale) <sup>(56)</sup>.

6. – La ricostruzione di diritto sostanziale – situazione soggettiva protetta nelle controversie climatiche – non basta per offrire risposta positiva al dubbio circa la dignità di tutela di essa al cospetto del danno (o pericolo di danno) cagionato (o da cagionare) al clima. Ulteriori elementi, di difficile decifrazione, vanno individuati per accordare protezione all'interesse tutelato: la condotta lesiva (illecita) e il nesso di causalità rispetto all'eventuale danno. Quanto al nesso causale, il tema meriterebbe una trattazione autonoma, anche perché sarebbe da guardare non tanto nel circoscritto ambito dell'azione inibitoria, quanto soprattutto in quella risarcitoria <sup>(57)</sup>. Va ricordato infatti che l'accertamento del nesso causale si mostra più severo nel contesto dell'azione risarcitoria fondata su un illecito (a monte) e su un danno consumato (a valle) per la cui quantificazione la causalità si impone quale indagine necessaria <sup>(58)</sup>. Diversamente nell'azione inibitoria, in cui l'attenzione è spostata sul pericolo di danno (sulla base di una valutazione preventiva) <sup>(59)</sup> e sulla lesività della condotta rispetto al sog-

<sup>(56)</sup> Cfr. G. Ghinelli, *Le condizioni dell'azione*, cit., 1280.

<sup>(57)</sup> Sulla questione si soffermerà altro relatore (R. Landi, *La causalità nella responsabilità civile per danno da cambiamento climatico*).

<sup>(58)</sup> Osservano S. Vincze, A. Henke, *Il contenzioso*, cit., 153, che la difficoltà di dimostrare il nesso causale, sia sotto il profilo fattuale che sotto quello giuridico, tra la condotta tenuta dal soggetto convenuto (Stato o società privata) e l'impatto sullo stato climatico che avrebbe a sua volta determinato danni a cose o persone è maggiore quando l'azione punta ad ottenere una compensazione monetaria. «Questo forse spiega in parte perché, nonostante le espresse richieste degli attori di ottenere la compensazione monetaria, i giudici nazionali si siano sinora limitati ad ordinare l'adozione di azioni concrete (in taluni casi molto «aggressive») per limitare le emissioni inquinanti (e.g. un *facere* o *non facere*), senza tuttavia mai spingersi fino alla condanna al risarcimento dei danni (e ad una loro quantificazione)».

<sup>(59)</sup> D'altra parte, che nel contenzioso climatico la tutela preventiva rivesta una fun-

getto esposto al pericolo stesso, piuttosto che sulla illiceità della medesima. Si ha riguardo, in altri termini, più che alla condotta del soggetto agente alla sfera di chi invoca protezione e che subisce la minaccia di danno<sup>(60)</sup>. Vi sono dunque due comportamenti a confronto: quello del soggetto agente e quello del destinatario del fatto lesivo (esposto al pericolo di danno), comportamenti tra i quali occorre individuare il giusto bilanciamento degli interessi.

Va ulteriormente premesso che, nell'ampia congerie dei modelli di contenzioso climatico – variabili al variare della legittimazione attiva e passiva e delle posizioni soggettive protette, seppure, come visto, tutti volti a sensibilizzare Stati e imprese verso i problemi legati al riscaldamento globale – quello qui di interesse (l'azione inibitoria) si rivolge principalmente contro le imprese, a cui viene ingiunto di astenersi (o di cessare) da condotte potenzialmente lesive stanti nell'emissione di gas serra<sup>(61)</sup>. È perciò che il tema si incrocia con quello relativo al valore degli interessi pregiudicati, se posti a confronto con la garanzia costituzionale sulla libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), cedevole rispetto alla tutela dell'ambiente e della salute<sup>(62)</sup>, in virtù della modifica apportata al precetto costituzionale dalla legge n. 1/2022<sup>(63)</sup>. Di qui la necessità di individuare il giusto bilanciamento dei valori.

zione centrale è confermato dall'art. 191 TFUE, il quale in materia ambientale, sancisce il principio di precauzione, imponendo di adottare misure e cautele di tipo preventivo per evitare eventi dannosi per l'ambiente. Sul tema, F. Vanetti, L. Ugolini, *Il Climate change arriva in tribunale*, cit., 741.

<sup>(60)</sup> In questi termini, R. Fornasari, *La struttura*, cit., 2074. Ragione per la quale nell'azione inibitoria, rispetto a quella risarcitoria, assume un ruolo meno decisivo anche l'imputazione soggettiva. Mentre infatti nell'illecito occorre accollare a un soggetto le conseguenze di una condotta, nell'inibitoria occorre impedire che inizi o continui un fatto lesivo.

<sup>(61)</sup> L'azione inibitoria, in effetti, può anche non diversamente immaginarsi nei confronti dello Stato, ponendosi qui però problemi diversi soprattutto collegati alla divisione dei poteri statuali (sul punto *infra* § 9).

<sup>(62)</sup> La migliore dottrina è da tempo – anche prima della riforma costituzionale – consapevole del fatto che nel conflitto tra attività produttiva e ragioni della salute, queste ultime sono destinate a prevalere (anche nel sistema italo-comunitario delle fonti). «Infatti, il riconoscimento della prevalenza degli interessi non patrimoniali della persona umana sulle logiche produttivistiche del mercato è compiuto non soltanto dalla nostra Costituzione, ma sempre più anche in sede comunitaria» (P. Perlingieri, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 12). Nel medesimo senso, Id., *Il giusto rimedio*, cit., 20.

<sup>(63)</sup> Sul tema, G. Azzariti, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio AIC* 2020, 77; R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia* 2022, 140; L. Casseti, *Salute e ambiente come limiti «prioritari» alla libertà di iniziativa economica*, in *www.federalismi.it* 2021; M. Cec-

Si frappongono due interessi in conflitto: l'uno all'integrità della salute e dell'ambiente (con riguardo puntualmente al clima), l'altro a preservare libera l'attività imprenditoriale. Ne consegue la ricerca di una causalità tra condotta lesiva e danno (anche potenziale), nel senso che la libertà di iniziativa economica sia limitabile solo quando (e se) sia causalmente connessa con il pericolo di pregiudizio all'interesse protetto.

La novella dell'art. 41 Cost. – recettiva di una giurisprudenza<sup>(64)</sup> e di indirizzi dottrinali da tempo orientati nella stessa direzione<sup>(65)</sup> – colloca salute ed ambiente tra i diritti fondamentali, quali valori *extra commercium* o *supra commercium*<sup>(66)</sup> (pur omettendo di delineare una «gerarchia» tra tutti i valori limitanti l'attività di impresa)<sup>(67)</sup>. La meritevolezza dell'atti-

chetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e salute* 2022, 140; F. De Leonardis, *La riforma «bilancio» dell'art. 9 Cost. e la riforma «programma» dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta contrada* 2022; G. Capo, *Libertà d'iniziativa economica, responsabilità sociale e sostenibilità dell'impresa: appunti a margine della riforma dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giust. civ.* 2023, 81. Con uno sguardo (civiltistico) al tema sotto il profilo della proprietà, G. Alpa, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2022, 599 ss.

<sup>(64)</sup> Corte cost. 12 dicembre 2012, n. 278; Corte cost. 20 giugno 2016, n. 145; Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 246; Corte cost. 13 giugno 2017, n. 260; Corte cost. 16 settembre 2016, n. 210; Corte cost. 31 maggio 2018, n. 113; Corte cost. 16 novembre 2019, n. 206; Corte cost. 17 gennaio 2019, n. 7. In questo senso, M. Cecchetti, *Virtù e limiti*, cit.

<sup>(65)</sup> Offre un'interessante ricostruzione del percorso interpretativo che ha visto protagonista l'art. 41 Cost., notando come la protezione dell'ambiente, nella sua dimensione di interesse fondamentale della collettività, fosse già presente nell'interpretazione del limite generale dell'«utilità sociale», inserito dai Costituenti nel comma 2 dell'art. 41 Cost., L. Cassetti, *Salute e ambiente*, cit., 4. Il che, in ogni caso, non sottrae centralità alla novella la quale resta «una vera e propria rivoluzione destinata a modificare la Costituzione economica del nostro Paese» (così F. De Leonardis, *La riforma*, cit., 11), osservando inoltre come – a differenza dell'orientamento precedente – «mentre i tentativi di riforma del medesimo articolo che si erano avuti in passato nel mai sopito conflitto tra autorità e libertà avevano sempre mirato a rafforzare le ragioni della libertà [...] oggi, al contrario, a seguito della legge cost. n. 1/2022 sono le ragioni dell'autorità che sembrano acquisire peso rispetto a quelle della libertà». Sulla necessità di coordinare interessi primari della persona e l'iniziativa economica, in modo da indirizzare quest'ultima verso una funzione sociale, anche – in tempi non sospetti – G. Verde, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. giur.* 1978, 241 ss., spec. 249, ponendo il problema in relazione alla necessità di costruire canali procedurali differenziati, nonché di immaginare anche nuove figure di giudici specializzati di nomina elettiva (ipotesi, quest'ultima, che ha poi visto la luce solo in specifici settori, quale quello del tribunale delle imprese).

<sup>(66)</sup> G. Azzariti, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020*, cit., 77.

<sup>(67)</sup> Sulla mancanza di una gerarchia tra i valori dell'art. 41 Cost., v. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, la quale, quanto al rischio di «tirannia» di un solo diritto fondamentale, rileva come i diritti in questione (fondamentali) siano in un rapporto di «integrazione reciproca» rendendo quindi impossibile sostenere che «uno di essi abbia la prevalenza

vità economica va quindi parametrata all'interesse protetto, costruendo nuovi vincoli ad essa, tali da rendere i valori di impresa recessivi rispetto al diritto ad un ambiente salubre e alla salute<sup>(68)</sup>. Di qui la dignità di tutela accordata al clima, quale bene da proteggere e da far prevalere rispetto all'autonomia imprenditoriale, pure al costo di attenuare la centralità del nesso causale<sup>(69)</sup>. Al cospetto di un danno (o pericolo di danno), l'accertamento della causalità si attenua, e si rende oggetto di un'indagine sommaria, potendosi in ogni caso perseguire l'effetto inibitorio se il pericolo di danno espone a un pregiudizio la cui meritevolezza deve prevalere. Voglio dire, cioè, che di fronte al danno (o pericolo di danno) arrecato al clima, la tutelabilità degli interessi protetti è *in re ipsa* e senz'altro domina sulla necessità di assicurare piena libertà all'iniziativa economica; ciò al punto da rendere recessiva l'indagine intorno al nesso di causalità (il quale invece mostra tutta la sua severità al cospetto di un danno consumato e di un illecito accertato rispetto a cui occorre agire in via risarcitoria)<sup>(70)</sup>.

Di fronte al pericolo di pregiudizio a un valore fondamentale quale l'ambiente salubre, dunque, è cedevole l'interesse a proteggere l'iniziativa economica, come anche ad indagare la causalità, dominando, piuttosto, l'esigenza di prevenire ed evitare il danno<sup>(71)</sup>. È cioè la capacità di pre-

assoluta sugli altri» (Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, cit.). La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (Corte cost. 28 novembre 2012, n. 264). L'esigenza di un bilanciamento tra valutazioni di carattere economico, riguardanti le aziende di interesse strategico nazionale, e quelle riguardanti il diritto alla salute e a lavoro emerge nel contenzioso relativo al c.d. caso ILVA, a cui si riferisce Corte cost. n. 85/2013 (G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 2021, 471). Sul bilanciamento di valori e sulla difficoltà di ordinare al loro interno una gerarchia, L. Cassetti, *Salute e ambiente*, cit., 5.

<sup>(68)</sup> «La modifica dell'art. 41, comma 3°, Cost. può costituire, quindi, nel nostro Paese, il fondamento di una nuova attività di programmazione volta a conseguire un modello di sviluppo olistico in cui la tutela dell'ambiente costituisce il punto centrale» (F. De Leonardi, *La riforma*, cit., 13).

<sup>(69)</sup> Ritiene invece sempre necessaria la prova piena del nesso di causalità M. Meli, *Piove!*, cit., 87, pur evidenziando i vantaggi della tutela inibitoria, proprio sotto il profilo della prova della causalità, nonché in considerazione delle difficoltà nell'addossare sugli Stati la responsabilità per il cambiamento climatico.

<sup>(70)</sup> Sul tema ampiamente R. Fornasari, *La struttura*, cit., 2074.

<sup>(71)</sup> R. Fornasari, *op. ult. cit.*, 2075 evidenziando la distinzione tra inibitoria e fatto illecito: «la responsabilità civile è volta alla riparazione di un danno, l'inibitoria invece è funzionale alla prevenzione della lesione, Il fatto che l'inibitoria possa essere ottenuta anche prima che il danno si sia verificato dimostra che la stessa non può basarsi sui medesimi criteri dell'illecito, e, soprattutto, sul nesso di causalità naturale. Infatti, nel caso in cui il danno ingiusto non si sia ancora verificato, ma si agisca in prevenzione, non può chiara-

venire il danno (piuttosto che la sua rimozione, eventualmente in via risarcitoria) a giustificare l'appetibilità del rimedio inibitorio, assicurandosi così un «arretramento della soglia di accesso alla tutela giurisdizionale al momento che precede il verificarsi del danno»<sup>(72)</sup>. Ragione, questa, che ulteriormente giustifica la possibilità che l'azione veda come legittimati passivi plurimi soggetti responsabili, ove la lesione sia causata da una azione congiunta oltre che dilazionata nel tempo (più imprese operanti in una medesima area geografica, tutte responsabili per l'emissione di CO<sub>2</sub>)<sup>(73)</sup>.

Questo, per lo meno, è ciò che emerge da una valutazione in punto teorico della *relatio* tra interessi protetti e strumenti di tutela. L'esperienza applicativa consegna una realtà molto più eterogenea, arricchita da azioni plurime verso molteplici direzioni orientate; azioni che confermano, da un lato, la centralità del fenomeno nella realtà socio economica vigente, da un altro la sua complessità attuale.

7. – Un maggiore approfondimento merita a questo punto il tema dei presupposti dell'inibitoria nelle *climate change litigations*. Plurime le questioni di interesse: il rapporto tra inibitoria tipica e atipica, tra inibitoria preventiva (cautelare) o finale (dichiarativa), la sua relazione con la tutela risarcitoria. Premetto – come ho già evidenziato nei suoi termini generali – che di fronte a pericoli di danno quali quelli in esame (con la minaccia di effetti irreversibili) la prevenzione è senz'altro da preferire, collocandosi il risarcimento del danno in posizione succedanea, solo qualora la prima non trovi spazio.

---

mente darsi alcun nesso di causalità, dato che manca il secondo termine di tale nesso». Nel medesimo senso A. Motto, *Note*, cit., 930, osservando come la qualificazione normativa di anti giuridicità discende, per lo più, dal carattere lesivo dell'atto o del comportamento posto in essere per l'interesse protetto dal dovere di astensione.

<sup>(72)</sup> A.D. De Santis, *L'inibitoria collettiva: profili processuali*, in U. Ruffolo (a cura di), *Class action ed azione collettiva inibitoria*, Milano 2021, 268; nel medesimo senso, R. Louvin, *Spazi e opportunità per la giustizia climatica in Italia*, cit., 950.

<sup>(73)</sup> Ancora Fornasari, *op. cit.*, 2077, evocando l'esempio del danno da fumo dove la malattia è causata da fumo continuato nell'arco del tempo di prodotti di società differenti oltre che da ulteriori fattori ambientali e personali. In questi casi, la responsabilità andrà proporzionata alla contribuzione di ciascuno all'illecito (così i *Principles of European tort law*). Sul punto, cfr. anche C. Marino, *La climate*, cit., 908. Quanto alle emissioni di carbonio, gli studi più recenti si sono orientati sulla necessità di individuare le aziende di una medesima zona che maggiormente si possono ritenere responsabili della produzione di combustibili fossili (cd. *carbon majors*), così individuando il contributo proporzionale di ciascuna al riscaldamento globale (sul tema, M. Marinai, *Il contenzioso*, cit., 1332).

Seppure non si manca di rilevare come, ai fini di un inquadramento generale della tutela inibitoria, non è determinante distinguere l'inibitoria con funzione preventiva (cautelare e urgente) da quella finale (resa in sede di tutela dichiarativa) <sup>(74)</sup>, nel caso qui indagato il pericolo di danni irreversibili sul clima impone di concentrare l'attenzione sugli strumenti volti ad evitare il verificarsi dei danni stessi <sup>(75)</sup>. La tutela risarcitoria, dunque – impostata sul principio «chi inquina paga» <sup>(76)</sup> – può subentrare quale rimedio successivo, o anche contestuale a quello inibitorio, ma comunque incapace di assorbire tutte le espressioni della giurisdizione. Occorre superare la «necessaria complementarità del rimedio inibitorio rispetto al risarcimento, poiché soltanto svincolando il fondamento dell'azione inibitoria dalla configurazione di un fatto illecito è possibile offrire effettiva tutela al diritto alla salute di fronte agli usi di nuove tecnologie caratterizzate da un alto grado di incertezza scientifica» <sup>(77)</sup>. Diviene quindi recessiva la tutela risarcitoria e si supera il principio «chi inquina paga», creando un ordine logico che collochi in posizione prioritaria l'inibitoria (tenuto conto anche delle maggiori difficoltà nella prova del nesso di causalità e della quantificazione del danno che contraddistingue l'azione risarcitoria <sup>(78)</sup>). In altri termini – con riguardo alla tutela dell'ambiente e della salute, ma non diversamente a protezione del clima – «il più recente trend legislativo ed una “giurisprudenza valutativa” dimostrano così che gli interessi relativi alla protezione dell'ambiente richiedono una tutela

<sup>(74)</sup> Vi è chi evoca una «unità concettuale tra inibitoria cautelare e inibitoria resa in sede dichiarativa». Per tutti, A. Frignani, voce *Inibitoria (azione)*, cit., 562 ss.; M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, cit., 315; Id., *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria*, cit., 385; G. Basilico, *In tema di tutela inibitoria*, cit., 397 (diversamente C. Rapisarda, M. Taruffo, voce *Inibitoria (azione)*, cit., 12). Nel medesimo senso, con riferimento alle *climate change litigations*, R. Fornasari, *La struttura della tutela inibitoria*, cit., 2064.

<sup>(75)</sup> Favorevole alla tutela preventiva rispetto al rischio di danno alla persona, P. Perlingieri, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 12; Id., *Il giusto rimedio*, cit., 5.

<sup>(76)</sup> Per tutti, M. Meli, *Il principio comunitario «chi inquina paga»*, Milano 1996, *passim*; F. Vanetti, L. Ugolini, *Il Climate change*, cit., 741. Tale principio trova espressione nella Direttiva 2004/35/CE secondo cui, in caso di danno ambientale, «l'obbligo di riparazione incombe sul responsabile in misura corrispondente al contributo dato al verificarsi dell'inquinamento o al rischio di inquinamento e in base al nesso eziologico intercorrente fra le condotte di un determinato soggetto e l'inquinamento» (Corte giust. C-378/08; C-534/13).

<sup>(77)</sup> P. Perlingieri, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 13 richiamando C. Consolo, *Il rischio di «ignoto tecnologico»: un capo arduo – fra lecito ed illecito – per la tutela cautelare e inibitoria*, in *Resp. civ. prev.* 2003, 608 ss., spec. 609 il quale ritiene più confacente ricostruire nel nostro ordinamento la tutela inibitoria come avulsa dalla proiezione risarcitoria dell'illecito.

<sup>(78)</sup> Sul tema, *retro* § precedente.

preventiva e specifica e non una tutela surrogatoria, finalizzata ad assicurare l'integrità patrimoniale dell'interesse leso» (79).

D'altra parte, è questa l'impostazione che meglio risponde al ruolo che nel contesto rimediabile va accordato alla tutela inibitoria. Si è correttamente osservato come «una lettura in chiave teleologico funzionale del sistema rimediabile implica la considerazione della tutela inibitoria come tecnica che interviene non soltanto nel momento patologico della lesione, ma soprattutto in via preventiva, cioè nella fase fisiologica della realizzazione degli interessi rilevanti» (80). Il che, a sua volta, impone di dirottare l'attenzione non tanto sull'esistenza dell'illecito, quanto sul pericolo di danno (che l'intervento autoritativo di tipo inibitorio dovrebbe perciò evitare) (81). «L'esperibilità dell'azione inibitoria, va, quindi, affermata non soltanto quando vi sia una illecita violazione di una situazione giuridica soggettiva, ma anche quando un interesse giudicato meritevole secondo l'ordinamento giuridico sia esposto al pericolo di un danno» (82). Più che incentrare il *focus* sull'illecito – il cui accertamento in sede giurisdizionale, peraltro, implica un'indagine duratura nel tempo e dunque probabilmente incompatibile con la celerità (anche cautelare) che caratterizza l'intervento inibitorio – occorre avere riguardo al pericolo di danno che quest'ultimo dovrebbe prevenire (regola che vale vieppiù nel caso di situazioni soggettive emergenti, quale proprio il diritto ad un clima incontaminato). L'assumere come punto di riferimento il pericolo di danno – con conseguente funzione preventiva dell'inibitoria – così riducendo la centralità dell'illecito, impone anche di guardare l'elemento soggettivo in una prospettiva molto diversa da come è nella tutela risarcitoria. Si ritiene infatti che fra i presupposti dell'azione inibitoria manchi quello del dolo o della colpa da parte di colui che ha commesso o sta per commettere l'illecito che si vuole inibire (il che ulteriormente la differenzia dalla tutela risarcitoria), mentre centrale è l'accertamento del pericolo o della continuazione della condotta, ovvero il pericolo della sua commissione (83).

---

(79) P. Perlingieri, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 14.

(80) Id., *op. cit.*, 16.

(81) A. Frignani, voce *Inibitoria (azione)*, cit., 560; G. Basilio, *In tema di tutela inibitoria*, cit., 402, ritengono invece l'illecito elemento imprescindibile che accomuna la tutela inibitoria e quella risarcitoria, a differenza del danno che invece le differenzia.

(82) Id., *op. cit.*, 16.

(83) In questo senso A. Frignani, voce *Inibitoria (azione)*, cit., 561. Conf. A. Motto, *Note per uno studio sull'azione di condanna*, cit., 932, sebbene – quanto alla illiceità della condotta – ammette la possibilità di agire in inibitoria ancor prima del verificarsi dell'illecito, solo sulla base dell'operare di un delicato bilanciamento di valori: «da un lato gli interessi che, se pregiudicati, sono definitivamente sacrificati (ad esempio il diritto alla salute, al-

Tornando al contenzioso climatico, l'intervento inibitorio, volto ad impedire alle imprese la diffusione di gas serra, può trovare una giustificazione in sé, quale espressione della necessità di evitare effetti irreversibili sul piano del riscaldamento globale, anche al costo di attenuare (magari residuando ad una valutazione sommaria di *fumus boni iuris*) i presupposti dell'illecito, nei termini, tanto dell'illiceità della condotta, quanto del nesso causale, quanto ancora dell'elemento soggettivo (dolo o colpa). A giustificare un tale arretramento della tutela – nonché l'allentamento del carico probatorio per l'accoglimento della domanda – soccorre proprio l'art. 41 Cost., nella sua nuova formulazione, il quale impone una diversa valutazione comparativa tra illiceità della condotta, interessi protetti e meritevolezza della tutela (non solo dell'iniziativa economica, ma anche di tutti gli altri interessi individuali o superindividuali che ruotano attorno al diritto ad un clima sano e incontaminato)<sup>(84)</sup>. È oggi proprio il precetto costituzionale a spostare l'ago della bilancia, inclinandolo verso interventi che evitino danni alla salute e all'ambiente (ma non diversamente al clima), seppure a scapito di un'iniziativa economica che finisce per subire una compressione nella sua «libertà», rivelandosi lecita (e dunque esercitabile) nei limiti in cui non leda ulteriori fondamentali interessi protetti.

8. – Vengo ora all'alternativa tra inibitoria preventiva e/o finale. Ho già evidenziato<sup>(85)</sup> come, nell'ambito del contenzioso climatico, primaria attenzione vada riservata ad interventi di tipo preventivo, piuttosto che successivo rispetto al consumarsi del danno<sup>(86)</sup>. Primeggia allora la tutela cautelare<sup>(87)</sup>, seppure in una modalità da contestualizzare, in relazione, sia

---

l'ambiente salubre) e da un altro lato, gli interessi, anch'essi meritevoli di tutela, e parimenti costituzionalmente garantiti, che sono realizzati dal compimento di una determinata attività (ad esempio, l'esercizio di un'impresa che costituisce espressione di libertà di iniziativa economica e può condurre all'attuazione del diritto al lavoro)».

<sup>(84)</sup> Su cui già *retro*, § precedente.

<sup>(85)</sup> *Retro* § precedente.

<sup>(86)</sup> In questo senso anche I. Pagni, *L'azione inibitoria collettiva*, in A. Carratta (a cura di), *La class action riformata*, in *Giur. it.* 2019, 2029 ss. spec. 2330, con riferimento all'azione inibitoria collettiva, su cui *infra* § successivo.

<sup>(87)</sup> Che la tutela inibitoria possa vestire i panni del provvedimento cautelare non pare oggi revocabile in dubbio. Sul tema per tutti, L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Milano 2015, 273; A. Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700*, in Id., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 389; C. Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., 138; A. Bellelli, *L'inibitoria come strumento generale*, 607; A. Panzarola, R. Giordano, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2016, 218; G. Basilio, *La tutela civile preventiva*, cit., 202.

al regime vigente dei provvedimenti d'urgenza, sia all'oggetto specifico del contenzioso climatico.

Assicurare in via cautelare l'intervento inibitorio nella materia che ci occupa significa legittimare<sup>(88)</sup> la richiesta di un provvedimento urgente volto ad inibire alle imprese l'emissione di gas serra (tenendo conto dei livelli di CO<sub>2</sub> diffusi nell'aria che possono indirizzare la responsabilità verso talune imprese radicate nella zona). L'urgenza avrebbe qui il vantaggio di consentire l'ottenimento nel breve del provvedimento (cautelare), sulla base della verifica sia sul *periculum in mora*, sia sul *fumus boni iuris*, con una valutazione di entrambi i presupposti che tenga conto della situazione complessiva. In sede cautelare, infatti, l'accoglimento della domanda è subordinato all'indagine (sommara) di fondatezza, tale che ove vi sia un *periculum* evidente, si possa anche allentare l'accertamento del *fumus* e viceversa (in presenza di una probabile fondatezza della domanda a cautela della quale si chiede la misura, può recedere la valutazione di urgenza cautelare). Una siffatta rappresentazione della soluzione giudiziale ben si cala nella realtà di una tutela inibitoria, che, come più volte detto, nelle controversie climatiche dovrebbe prevenire il verificarsi della lesione.

Quanto alla qualificazione del rimedio come anticipatorio ovvero conservativo – secondo la nota distinzione fatta propria dal codice di rito (art. 669-*octies*, comma 4, c.p.c.) – è indubbio come la misura richiesta vada considerata anticipatoria, non solo e non tanto perché rientrante nel modello dell'art. 700 c.p.c. (che l'art. 669-*octies*, comma 4, c.p.c. espressamente sottrae al regime di strumentalità forte)<sup>(89)</sup>, quanto perché evidente è l'anticipazione degli effetti della sentenza<sup>(90)</sup>. Di là dalla componente risarcitoria (domanda che può anche cumulativamente formularsi nel medesimo giudizio di merito), è evidente come il provvedimento inibitorio (se di accoglimento) sia in grado di anticipare gli effetti della sentenza di merito, e perciò sia del tutto soddisfacente degli interessi sottesi all'azione giudiziale. L'instaurazione del giudizio di merito, quindi – in linea con la

---

<sup>(88)</sup> Quanto alla legittimazione attiva si dirà a breve (*infra* § successivo).

<sup>(89)</sup> Si discute se il solo rinvio all'art. 700 c.p.c. sia sufficiente per ritenere anticipatori tutti i provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. – a prescindere dal loro contenuto – ovvero se ai fini della qualificazione come «anticipatori» debba aversi riguardo al relativo contenuto, e la qualificazione vada limitata alle ipotesi in cui essi siano idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito. V. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano 2023, IV, 217, optando per la seconda delle soluzioni prospettate. Di contrario avviso, ritenendo cioè che i provvedimenti *ex* art. 700 sono sottratti ad una valutazione circa il loro contenuto (anticipatorio o conservativo), rientrando in ogni caso nel regime della strumentalità attenuata, A. Panzarola, R. Giordano, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 61.

<sup>(90)</sup> Nel medesimo senso, G. Basilico, *In tema di tutela inibitoria*, cit., 400.

dinamica dei provvedimenti anticipatori – sarebbe solo eventuale (con iniziativa rimessa a coloro che hanno ottenuto la misura, per stabilizzarne gli effetti, ovvero al soccombente sulla misura stessa, per ottenere un accertamento negativo sulla fondatezza del diritto) e non avrebbe altra funzione se non confermare, modificare o revocare il provvedimento urgente, attribuendo alla relativa decisione una stabilità (il giudicato) che altrimenti non avrebbe (*ex art. 669-octies*, ultimo comma, c.p.c.)<sup>(91)</sup>.

Ci si può chiedere d'altra parte quale vantaggio avrebbe corredare una tale misura della stabilità del giudicato. Abbiamo già visto come l'interesse primario che ruota intorno al pericolo di pregiudizio sul clima sia quello di inibire la condotta lesiva, prevenendo o limitando i danni, a prescindere dalla componente risarcitoria, che pure può accompagnare l'azione in giudizio. Se dunque in quest'ultima la stabilizzazione degli effetti è l'auspicato esito di un accertamento della responsabilità che appartiene *naturaliter* alla tutela giurisdizionale, con riferimento all'inibitoria, l'effetto sperato (impedire la condotta lesiva) finisce per rivelarsi di per sé soddisfacente, a prescindere dalla stabilità dei relativi accertamenti (se non nelle forme di una condanna in futuro). Vale anzi il contrario. Ciò che interessa in sede di anticipazione cautelare nei confronti delle imprese che tengono condotte pregiudizievoli sul clima non è tanto accertare in maniera irrettrabile l'illecito (non è questo l'obiettivo primario dell'iniziativa processuale inibitoria), quanto impedire l'ulteriore verificarsi di eventi dannosi. Che dunque la relativa decisione (legata ad un accertamento *rebus sic stantibus*) sia o meno idonea alla cosa giudicata e si stabilizzi non è poi così rilevante. Il giudicato è parte integrante della decisione resa in sede ordinaria, o anche dell'accertamento a cui consegue la condanna risarcitoria. Esso non appartiene a (anzi in un certo senso contraddice) l'inibitoria (soprattutto se cautelare), essendo essa legata ad una situazione contingente e mutevole nel tempo.

9. – Il tema dell'inibitoria nel contenzioso climatico si incontra con la possibilità che l'azione sia esercitata in forma «collettiva»<sup>(92)</sup>. Entra in

---

<sup>(91)</sup> Va ricordato che l'ultimo comma art. 669-octies c.p.c. stabilisce che l'autorità del provvedimento cautelare – quand'anche non travolto dall'estinzione del giudizio di merito o anche in caso di mancata instaurazione del medesimo giudizio – «non è invocabile in un diverso processo».

<sup>(92)</sup> Non va dimenticato, d'altra parte, che le azioni di classe sono tradizionalmente considerate un valido strumento deterrente per le imprese, a livello economico. Se si compara tale generica funzione deterrente delle azioni di classe con le iniziative giudiziarie ad oggi proposte a protezione del clima – le quali, come visto, puntano proprio alla funzione deterrente rispetto a comportamenti, di Stato e imprese, pregiudizievoli per il clima – ne

gioco l'azione inibitoria collettiva dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. <sup>(93)</sup> – recentemente novellata con significativo ampliamento dell'ambito di applicazione – sulla cui compatibilità con la materia in esame vale la pena riflettere <sup>(94)</sup>.

Qualche premessa sull'istituto. La portata innovativa dell'azione inibitoria collettiva generale dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. è notevole, soprattutto se si considera la (ormai appurata) atipicità dell'inibitoria stessa. L'esperienza passata conosceva diverse ipotesi tipiche di tutela inibitoria collettiva, contemplate in vari contesti ordinamentali, prima tra tutte quella contenuta negli artt. 139 e 140 cod. consumo <sup>(95)</sup>, il cui ambito di applicazione era circoscritto alla disciplina consumeristica.

La novità dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. – non diversamente da quella collettiva risarcitoria dell'art. 840-*bis* c.p.c. – sta nell'ampliamento della legittimazione ad agire <sup>(96)</sup> (novità che ben si colloca nel contenzioso cli-

esce evidente la compatibilità del rimedio collettivo con le finalità proprie del contenzioso climatico (E. Gabellini, *Accesso alla giustizia in materia ambientale*, cit., 1106).

<sup>(93)</sup> La dottrina sul tema è copiosa. Senza pretese di completezza, I. Pagni, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 2029 ss.; G. Basilico, *L'inibitoria collettiva secondo la legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *Giusto proc. civ.* 2020, 123 ss.; A.M. Tedoldi, G.M. Sacchetto, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.*, in questa *Rivista* 2021, 230; A.D. De Santis, *L'azione inibitoria collettiva*, in *Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, a cura di D. Dalfino, in *Foro it.* 2019, 387 ss.; D. Amadei, *La nuova azione inibitoria collettiva*, in B. Sassani (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, *ivi* 2019, 229 ss. Dell'A. v. anche Id., *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2019, 1049.

<sup>(94)</sup> Vi è chi già ravvisa in essa i presupposti per ambire a diventare il modello dominante di processo delle *climate litigations* (così, S. Vincze, A. Henke, *Il contenzioso*, cit., 147).

<sup>(95)</sup> Va ricordato che la disciplina degli artt. 139 e 140 cod. cons. – abrogati dall'art. 5, l. n. 31/2019 che ha riportato nel codice di rito gli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. – a sua volta era il risultato di un'evoluzione del medesimo meccanismo, già introdotto nel 1996 con l'art. 1469-*sexies* c.c., e successivamente generalizzato nell'art. 3, l. n. 281/1998, per poi confluire nel codice del consumo proprio negli artt. 139 e 140 cod. cons. Sull'evoluzione in questi termini della relativa disciplina, D. Amadei, *L'azione collettiva inibitoria. Sistema, tutele ed attuazione*, Torino 2018, *passim*; Id., *La nuova azione inibitoria collettiva*, cit., 230. Non diversamente, al di fuori della tutela consumeristica, si possono annoverare – tuttora vigenti – ulteriori forme di tutela inibitoria tipica: quelle dell'art. 28 st. lav., dell'art. 2601 c.c., dell'art. 37 cod. cons. Cfr. A.D. De Santis, *L'azione inibitoria*, cit., 388; Id., *Azione di classe e azione collettiva inibitoria*, cit., 323.

<sup>(96)</sup> Soluzione invero già auspicata da molti sotto la previgente disciplina (*ex pluribus*, A. Carratta, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino 2003, 79 ss., spec. 130; I. Pagni, *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (prime riflessioni sull'art. 3 l. 30 luglio 1998, n. 281)*, in *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di V. Barba, Napoli 1999, 127

matico). Ai sensi dell'art. 840-*sexiesdecies*, comma 1, c.p.c., l'azione può essere esercitata da «chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti», nonché dalle «organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta» lesiva<sup>(97)</sup> (art. 840-*sexiesdecies*, comma 1, c.p.c.). Si estende così l'iniziativa al singolo che vanta un interesse nell'inibire la condotta (potenzialmente) pregiudizievole, ma confermando il carattere collettivo (diffuso) dell'interesse sotteso<sup>(98)</sup>, dovendo l'azione, quand'anche individuale, soddisfare al contempo un interesse generale (superindividuale). In altri termini, l'interesse del singolo coincide con quello di un gruppo, «giacché il pregiudizio – che comunque dovrebbe essere ingiusto – deve essere diffuso o collettivo, deve cioè riguardare “una pluralità di individui o enti”»<sup>(99)</sup>. Si tratta di azioni poste al servizio di indefiniti diritti individuali omogenei che trovano fonte in condotte illecite plurioffensive<sup>(100)</sup>.

---

ss.; R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale*, cit., 821). In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 16 novembre 2016, n. 23304, in *Foro it.* 2017, I, 603, con nota di A.D. De Santis.

<sup>(97)</sup> Si deve trattare di organizzazioni che siano iscritte nell'elenco pubblico di cui al combinato disposto degli artt. 840-*bis*, comma 2, c.p.c. e 196-*ter* disp. att. c.p.c. Nell'aprile 2022 è stato pubblicato il regolamento in materia di disciplina dell'elenco pubblico delle organizzazioni e delle associazioni richiamate dall'art. 840-*bis* c.p.c. Nota una contraddizione tra l'ampiezza nell'estensione a «chiunque abbia interesse» rispetto alla restrizione delle maglie della legittimazione agli enti iscritti A.D. De Santis, *op. cit.*, 389. Sul punto criticamente anche E. Gabellini, *op. cit.*, 1114. Quanto alla qualificazione della legittimazione riconosciuta a dette organizzazioni, se secondo alcuni essa può essere considerata come una legittimazione straordinaria *ope legis* (potendo agire per la tutela degli interessi individuali solo se iscritti nell'apposito elenco), secondo altri tali enti vantano una legittimazione ad agire *iure proprio* da aggiungere a quella individuale e senza inibire l'azione di quest'ultimo (su questi temi, Pagni, *L'azione inibitoria*, cit., 2330).

<sup>(98)</sup> Sulla base di questa duplice configurazione dell'interesse superindividuale, vi è chi ritiene che oggetto dell'azione collettiva sia una mera questione di fatto rilevante per una pluralità di diritti e di processi (M. Bove, *L'oggetto del processo «collettivo» dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 842; S. Menchini, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *Le azioni seriali*, a cura di S. Menchini, Napoli 2008, 85, che richiama la questione di fatto o di diritto che assume rilevanza per una pluralità di diritti). Secondo I. Pagni, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 2330, la selezione di coloro che possono agire deve passare, prima ancora che dal criterio dell'interesse ad agire, dalla previa individuazione della situazione soggettiva astrattamente suscettibile di essere pregiudicata dalla condotta illecita; l'A. riconduce quindi l'oggetto del processo nell'azione inibitoria collettiva al diritto soggettivo sostanziale, seppure da ricostruire tenendo conto delle caratteristiche peculiari della situazione in esame, sia dal lato attivo che dal lato passivo.

<sup>(99)</sup> A.D. De Santis, *L'azione inibitoria collettiva*, 389.

<sup>(100)</sup> Si tratta di «azioni od omissioni dotate di una lesività diffusa in grado di colpire contemporaneamente una serie indeterminata di soggetti» (E. Gabellini, *op. cit.*, 1113). È evidente come l'interesse che spinge verso l'esercizio di tali azioni non può essere il generico

È duplice, dunque, la prospettiva: da un lato, l'azione del singolo, che opera *iure proprio*, seppure in virtù di un interesse comune ad un gruppo; dall'altro, l'azione effettivamente collettiva che fa capo alle organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro<sup>(101)</sup>.

Siffatta estensione della legittimazione attiva trova spazio nel contenzioso climatico, in cui – di là dall'esistenza di associazioni rappresentative che agiscono nell'ambito della disciplina consumeristica – è la potenziale lesione della posizione individuale a giustificare l'iniziativa processuale<sup>(102)</sup>. Vieppiù se si guarda all'esigenza che l'interesse del singolo sia condiviso da una collettività. Ho già avuto modo di descrivere in precedenza<sup>(103)</sup> come sia duplice la protezione emergente nel contenzioso climatico: per il pregiudizio che l'emissione di gas serra produce sul piano individuale (in termini di danno alla persona, alla salute, alla proprietà ecc.), nonché nella prospettiva del diritto della collettività ad un ambiente salubre. L'azione inibitoria collettiva dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. soddisfa entrambe le situazioni protette<sup>(104)</sup>.

Occorre però un chiarimento. Il potere di agire in capo al singolo – oggi esplicitato nel testo dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. – poteva in effetti riconoscersi al medesimo pure in precedenza, al cospetto di una qualsiasi condotta illecita in suo danno. Il fatto è che, in assenza di una disposizione legittimante, l'effetto dell'azione individuale avrebbe fatto capo solo al singolo e non avrebbe potuto estendersi alla collettività; sicché, tale azione avrebbe potuto inibire il comportamento altrui solo nei suoi confronti, non anche nei confronti del gruppo, su cui non avrebbe prodotto effetti una decisione resa *inter alios*<sup>(105)</sup>. Il vantaggio dell'azione individuale finiva

interesse ad agire, bensì deve trattarsi di un interesse specifico ed omogeneo (G. Basilico, *L'inibitoria collettiva*, cit., 126). Sul tema v. anche D. Amadei, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile*, cit., 1052.

<sup>(101)</sup> Osserva D. Amadei, *La nuova azione*, cit., 231 come nella nuova azione l'aggettivo «collettiva» è fuorviante perché in realtà esso identifica solo il caso in cui l'iniziativa provenga dalle associazioni. In realtà, se si ha riguardo alla necessità che anche l'interesse del singolo sia superindividuale e comune ad un gruppo, pure nell'ipotesi di azione individuale si identifica un interesse che esprime il senso della «collettività».

<sup>(102)</sup> Non a caso, nel contenzioso dal nome «Giudizio universale» – radicato in Italia, come già esposto in precedenza – la legittimazione attiva è riconosciuta a singoli individui e ad associazioni di categoria. In particolare, l'azione è stata intentata da più di 200 ricorrenti tra cui 162 adulti, 17 minori (rappresentati dai genitori) e 24 associazioni di categoria impegnate nella difesa dei diritti umani e dell'ambiente.

<sup>(103)</sup> *Retro*, § 3.

<sup>(104)</sup> Quando l'azione è esercitata dal singolo, l'interesse della collettività ne costituisce una questione pregiudiziale, tale per cui su di essa può scendere il giudicato solo se vi sia una domanda di parte o una previsione di legge *ex art.* 34 c.p.c. (E. Gabellini, *op. cit.*, 1117).

<sup>(105)</sup> Lo nota D. Amadei, *La nuova azione inibitoria collettiva*, cit., 233.

così per essere limitato<sup>(106)</sup>. L'esplicita previsione dell'iniziativa individuale, oggi, accompagnata dalla necessità che l'interesse individuale sia comune ad un gruppo<sup>(107)</sup>, risolve il problema ed estende l'effetto inibitorio all'intera collettività. Sicché «il valore aggiunto della nuova disposizione dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., con il conferimento dell'azione inibitoria al singolo individuo, è allora quello di consentire a costui di ottenere un ordine di cessazione o divieto di reiterazione di condotte omissive o commissive riguardanti una pluralità di individui o enti: in forza di questo testuale riferimento, nell'agire per la propria situazione sostanziale, quale oggetto del processo, ma anche condizione legittimante, l'individuo ottiene una tutela inibitoria a proprio vantaggio, ma, una volta attuata, anche di tutti gli altri coinvolti dagli stessi comportamenti»<sup>(108)</sup>. In una prospettiva semplificante, si può ritenere che gli interessi superindividuali che sorreggono l'azione dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. sono quelli «che si ripetono con tratti uniformi per tutti gli appartenenti a una categoria, ma che possiedono caratteristiche tali per cui non possano essere ritenuti del tutto adespoti e apprezzati, perciò soltanto nella dimensione del gruppo. Essi si caratterizzano più per il fatto di riferirsi a beni non suscettibili di appropriazione esclusiva [...], per l'omogeneità che li connota, e che giustifica la dimensione non soltanto individuale della tutela, voluta dal legislatore nelle norme che prevedono la legittimazione (anche) dell'ente esponenziale»<sup>(109)</sup>.

Quanto invece alla legittimazione passiva, tanto l'azione inibitoria, quanto quella di classe risarcitoria vedono come destinatari «imprese o [...] enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività» (art. 840-*sexiesdecies*, comma 3, c.p.c.)<sup>(110)</sup>. Nel contenzioso cli-

<sup>(106)</sup> «In altri termini: se il condannato, nel rispetto dell'ordine inibitorio, attua condotte corrette *solo nei confronti* del singolo individuo attore vittorioso, ma non verso tutti gli altri soggetti interessati, è adempiente rispetto alla sentenza, con riguardo alla tutela (inibitoria) della situazione sostanziale fatta valere dall'individuo, anche se continua a mantenere comportamenti illeciti, pur se inibiti, verso tutti gli altri» (D. Amadei, *La nuova*, cit., 233).

<sup>(107)</sup> Non va dimenticato che l'obiettivo perseguito tanto dall'azione di classe quanto dall'azione collettiva inibitoria è tutelare situazioni sostanziali imputabili a un numero indeterminato di soggetti, originate da un medesimo fatto illecito e accomunate dalla esigenza di risolvere una medesima questione (A.D. De Santis, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840-bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*, in *Le nuove forme di tutela collettiva*, cit., 321 ss., spec. 322).

<sup>(108)</sup> D. Amadei, *La nuova*, cit., 234. Nel medesimo senso, E. Gabellini, *op. cit.*, 1117.

<sup>(109)</sup> I. Pagni, *op. cit.*, 2332.

<sup>(110)</sup> Rispetto alla precedente versione della disposizione contenuta nel codice del consumo, quella in esame sembra avere una portata più circoscritta perché nega la possi-

matico, destinatarie dell'azione sono principalmente le imprese, la cui attività provoca l'emissione di CO<sub>2</sub>. Non è infatti la gestione del servizio pubblico in sé che arreca (o minaccia di arrecare) pregiudizio, quanto lo svolgimento di una (qualsiasi) attività imprenditoriale (pubblica o privata) che pregiudica l'ambiente salubre per la diffusione di prodotti inquinanti con effetto serra. La casistica ad oggi nota intorno alle azioni esperite su scala mondiale, d'altra parte, dimostra la diffusione di iniziative contro le imprese.

Tuttavia si può anche immaginare – non senza contrasti in dottrina<sup>(111)</sup> – un'azione inibitoria collettiva contro lo Stato o le istituzioni<sup>(112)</sup>. È proprio la casistica oggi pendente che conferma la molteplicità, varietà ed atipicità delle iniziative e perciò induce ad ammettere pure azioni nei confronti di enti pubblici o autorità statali. Ciò è quanto ci consegna il più volte citato «Giudizio Universale» – tuttora pendente in Italia – nel quale è stata intentata una causa nei confronti dello Stato per condannarlo «all'adozione delle iniziative di abbattimento delle emissioni di gas serra, necessarie a realizzare, sulla base della migliore scienza disponibile a livello mondiale, la stabilizzazione climatica e contestualmente garantire la tutela effettiva dei diritti umani per le presenti e future generazioni, in conformità con il dovere costituzionale di solidarietà e con quello internazionale di equità tra gli Stati».

10. – Restano da indagare alcuni profili specifici dell'azione collettiva inibitoria, guardata dalla visuale delle *climate change litigations*. Occorre tornare sui presupposti della responsabilità – illiceità della condotta, nesso

---

bilità che nella categoria dei legittimati passivi rientri anche il professionista (D. Amadei, *La nuova*, cit., 234). Si tratta tuttavia di una limitazione irrilevante nel caso delle controversie climatiche, non essendo la condotta del professionista potenzialmente pregiudizievole per il clima.

<sup>(111)</sup> Escludono, normativa vigente, tanto una azione inibitoria collettiva, quanto quella risarcitoria nella materia del contenzioso climatico, S. Vincere, A. Henke, *Il contenzioso*, cit., 147, data la platea limitata di legittimati passivi evocata in questa disciplina. Tuttavia, osservano anche gli Aa.: «ma nulla esclude che in futuro, magari anche grazie alle pressioni di origine europea e internazionale, si possa assistere ad un ulteriore sviluppo di questa efficace forma di tutela, interessante anche perché, come si è osservato, sembra affrancare la tutela inibitoria dai requisiti del danno e della colpa, per farne strumento di prevenzione, come richiede la famosa *Public trust doctrine*» (v. anche A.M. Tedoldi, G.M. Sacchetto, *La nuova azione inibitoria*, cit., 230).

<sup>(112)</sup> L'iniziativa nei confronti dello Stato apre la strada a una serie di ulteriori problemi legati alla divisione dei poteri, in quanto pone il dubbio su quanto la decisione giurisdizionale possa incidere sulle scelte politiche statali in ordine alle regole che governano ambiente e clima. Sul tema, v. S. Vincere, A. Henke, *Il contenzioso*, cit., 144, nonché approfonditamente, S. Valaguzza, *Liti strategiche*, cit., 300.

di causalità, danno – ponendo il dubbio se l'azione debba essere successiva rispetto al verificarsi del danno o esercitarsi anche quando il danno stesso è potenziale. Ho già rilevato in precedenza come l'equilibrio tra condotta illecita, danno e nesso di causalità vada misurato caso per caso, in relazione alla pericolosità del comportamento ed alla irreversibilità del danno (nel senso che quanto più è grave ed irreversibile il danno, tanto più occorre anticipare la tutela). *Maiori causa*, l'esigenza di prevenire il danno trova spazio nel contenzioso climatico, per ragioni già ampiamente esposte, tutte sinteticamente riconducibili all'irreversibilità del riscaldamento globale.

Un intervento inibitorio collettivo in via di urgenza è dunque auspicabile. Senonché, l'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. non contempla espressamente la soluzione cautelare, evocando piuttosto l'intervento giudiziale allo scopo di ottenere «l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva», e così lasciando intendere che la condotta si debba essere già tenuta. Una siffatta lettura, tuttavia, limiterebbe di molto la portata precettiva dell'istituto<sup>(113)</sup>, imponendo un passo indietro rispetto alle altre discipline tipiche<sup>(114)</sup> o previgenti<sup>(115)</sup> che espressamente invocano (o invocavano) la cautela.

Nonostante il silenzio, non ritengo perciò che si possa ragionevolmente negare uno spazio inibitorio di tipo cautelare nel caso che ci occupa (data, tra l'altro, la copertura costituzionale ormai pacificamente accordata alla tutela urgente, quale che sia il bene protetto). Una volta riconosciuta protezione all'interesse superindividuale, quest'ultimo deve essere garantito non solo in sede cognitiva, ma anche in via cautelare (pena un pregiudizio costituzionalmente rilevante ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost.), eventualmente attraverso i provvedimenti d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c.<sup>(116)</sup>. Il che, se risulta l'interpretazione preferibile dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. in generale, viepiù vale nell'ambito del contenzioso climatico in cui domina l'esigenza di prevenzione.

Misura a contenuto latamente cautelare è poi la previsione secondo cui «Il giudice, su istanza di parte, condanna la parte soccombente a dare diffusione del provvedimento, nei modi e nei tempi definiti nello stesso,

<sup>(113)</sup> Criticamente D. Amadei, *La nuova*, cit., 235.

<sup>(114)</sup> Ad esempio, l'art. 37 cod. cons.

<sup>(115)</sup> Art. 140, comma 8, cod. cons.

<sup>(116)</sup> In questo senso I. Pagni, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 2330; A.D. De Santis, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 391, osservando come la mancanza di una disposizione esplicita (come quella dell'abrogato art. 140, comma 8, cod. cons., o del superstito art. 37 cod. cons.) non esclude che l'inibitoria possa essere concessa in via cautelare eventualmente alle condizioni dell'art. 700 c.p.c. Secondo G. Basilio, *L'inibitoria collettiva*, cit., 129, quella cautelare costituisce l'*optimum* della tutela esperibile.

mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati» (art. 840-*sexiesdecies*, comma 8, c.p.c.). Essa ha un apprezzabile ruolo proprio nel contenzioso climatico, data la sua funzione intimidatoria nei confronti dei legittimati passivi, nonché deterrente per l'intera comunità (non meno che per lo Stato) dal porre in essere condotte pregiudizievoli per il clima.

Vengo a qualche profilo procedimentale dell'azione collettiva inibitoria. Non toccano il rito le novità contenute nella riforma Cartabia (d.lgs. n. 149/2022), le quali invece investono l'azione di classe dell'art. 840-*ter* c.p.c. Il testo di quest'ultima disposizione è infatti rimasto immutato, pure dopo la novella, continuando ad invocare – quale rito applicabile – il procedimento sommario di cognizione degli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., ancorché abrogati e sostituiti dagli artt. 281-*decies* ss. c.p.c., sul procedimento semplificato di cognizione<sup>(117)</sup>. Non vale la pena soffermarsi con attenzione sul mancato adeguamento della disciplina codicistica alle novità della riforma Cartabia (farò solo un fugace cenno). Si può pensare ad una dimenticanza, e dunque – sul presupposto di un rinvio di tipo recettizio – all'applicabilità, oggi, del modello semplificato. Opzione, questa, da condividere, seppure senza tacere la criticità generata da una disattenzione che non ben si addice ad un riformatore così incisivo su tanti profili del processo civile<sup>(118)</sup>. D'altra parte, la sostituzione del nuovo rito semplificato al vecchio procedimento sommario non è indolore, assumendo il primo fattezze molto diverse da quest'ultimo, sì da ritenere non solo che si tratti ora di un processo a cognizione piena (conclusione a cui si giungeva pure nel regime anteriore), ma anche che le sue differenze rispetto al rito ordinario siano minime e concentrate sulla fase introduttiva del giudizio, per il resto, sia quanto ad istruttoria, sia quanto a decisione (con sentenza *ex art.* 281-*sexies* c.p.c.) dovendosi ritenere il nuovo rito perfettamente sovrapponibile a quello ordinario<sup>(119)</sup>.

Quanto all'azione inibitoria collettiva, in effetti non vi sono novità che la interessano, permanendo tuttora l'esplicito richiamo al procedimento in camera di consiglio degli artt. 737 ss. c.p.c. (art. 840-*sexiesdecies*, comma 3, c.p.c.), con competenza attribuita alle sezioni specializzate in materia di

---

<sup>(117)</sup> Il decreto correttivo alla riforma Cartabia, in fase di approvazione, dovrebbe però porre riparo al difetto di coordinamento.

<sup>(118)</sup> Sul tema A. Giussani, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, in questa *Rivista* 2023, 632 ss.

<sup>(119)</sup> Per queste considerazioni, R. Tiscini, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. Tiscini e con il coordinamento di M. Farina, Pisa 2023, 395 ss.

imprese. È questa una scelta a suo tempo fortemente criticata<sup>(120)</sup>, data l'asserita incompatibilità del modello camerale con la decisione su diritti (o comunque su posizioni soggettive meritevoli di tutela). In realtà, che il rito in camera di consiglio sia adatto (o adattabile) alla funzione giurisdizionale decisoria è un dato oggi inconfutabile in virtù di esplicite scelte, tanto legislative, quanto giurisprudenziali: è indubbia l'utilizzabilità di tale rito per la soluzione di situazioni contenziose, alla condizione che siano assicurate le garanzie del giusto processo (ivi compreso il controllo impugnatorio, da esplicitare, in assenza di uno specifico rimedio, nelle forme del ricorso straordinario in cassazione dell'art. 111, comma 7, Cost.)<sup>(121)</sup>. Non vale dunque la pena spendere più di tante parole intorno ad una scelta che si colloca in linea con una tendenza (legislativa e giurisprudenziale) ormai acquisita.

Per il resto, il procedimento – applicato alle *climate change litigations* – segue le regole dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., sia quanto alla fase istruttoria (incluso il rinvio che la disposizione fa all'art. 840-*quinquies* c.p.c.), sia per la decisione (salva la compatibilità con la natura degli interessi protetti).

Vi è un profilo critico – opportunamente evidenziato dalla dottrina soprattutto con riguardo all'azione risarcitoria, ma non meno riscontrabile in quella inibitoria – di diritto intertemporale, in relazione all'entrata in vigore della nuova disciplina degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. Ai sensi dell'art. 7, comma 2, l. n. 31/2019, «Le disposizioni della presente legge si applicano alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore. Alle condotte illecite poste in essere precedentemente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti prima della medesima data di entrata in vigore». La disciplina dell'azione di classe può quindi operare per le condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore. Con riferimento al contenzioso climatico, si è posto in dottrina<sup>(122)</sup> il dubbio su come sia possibile determinare *uno actu* il momento in cui si è verificata la condotta illecita (tale da riferirla ad un periodo anteriore o successivo all'entrata in vigore della legge stessa)<sup>(123)</sup>.

<sup>(120)</sup> I. Pagni, *op. cit.*, 2331; G. Basilico, *L'inibitoria collettiva*, cit., 131; A.D. De Santis, *L'azione inibitoria*, cit., 391.

<sup>(121)</sup> Per una ricostruzione della vicenda sia consentito rinviare a R. Tiscini, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino 2005, 176 ss.

<sup>(122)</sup> E. Gabellini, *op. cit.*, 1129.

<sup>(123)</sup> «Come è possibile immaginare di determinare il momento in cui si sia verificato l'inquinamento delle falde acquifere con riguardo all'attività posta in essere da una grande azienda da sempre situata in un determinato territorio? Oppure come è possibile individuare il momento a partire dal quale le emissioni di CO2 abbiano prodotto determinati

Tenuto conto del fatto che la condotta potenzialmente illecita – da inibire – si protrae nel tempo e che gli effetti dannosi non sono circoscrivibili, ad ostacolare l'applicazione dell'azione collettiva inibitoria nel caso considerato si frappongono dunque ragioni legate al regime transitorio; ostacoli – va pur detto – che nel tempo tenderanno a ridursi, più ci si distanzierà dalla data di entrata in vigore della legge (salvi ulteriori interventi di modifica sulla legge stessa), sebbene, allo stato, da non sottovalutare.

11. – Poche considerazioni intorno ai profili esecutivi. Ho già avuto modo di soffermarmi in precedenza sulle difficoltà nel dare attuazione ad un provvedimento inibitorio, per definizione incoercibile, e rispetto al quale la mancanza di uno strumento esecutivo rischierebbe di porre in dubbio anche l'interesse ad agire<sup>(124)</sup>. Ciò, sia quando si tratta di provvedimento che vede legittimata passiva un'impresa – la cui attività è costituzionalmente protetta dall'art. 41 Cost. – sia quando l'azione è rivolta nei confronti dello Stato, ponendosi qui<sup>(125)</sup> problemi di divisione dei poteri tra Governo e magistratura<sup>(126)</sup>. Soccorre così lo strumento dell'esecuzione indiretta, nel nostro ordinamento oggetto di un crescente affermarsi, prima nella legislazione speciale e su singole fattispecie, poi quale regola generale nell'art. 614-*bis* c.p.c.<sup>(127)</sup> (con l'ulteriore recente estensione realizzata dalla riforma Cartabia, che l'ha resa misura concedibile, tanto dal giudice della cognizione, quanto dal giudice dell'esecuzione). In effetti,

---

danni? Essi derivano generalmente da condotte che si protraggono da tempo e nel tempo» (E. Gabellini, *Accesso alla giustizia*, cit., 1129).

<sup>(124)</sup> Il che, proprio in relazione alle controversie climatiche, finisce per costituire il vero *punctum dolens*, al cospetto – di contro – della costante ricerca di effettività della tutela. Osservano S. Vincere, A. Henke, *Il contenzioso*, cit., 148 come «il rapporto tra tutela giurisdizionale dichiarativa e quella esecutiva (ancorché in senso lato) è infatti un profilo fondamentale – se si vuole andare oltre lo scopo «pubblicitario» delle *strategic litigations* – ma, al contempo, assai problematico in questo tipo di azioni; e tale criticità viene in rilievo già nella prima fase del giudizio di cognizione, con riferimento alla condizione dell'azione relativa all'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), da intendersi come rapporto di utilità della tutela richiesta rispetto al bisogno allegato». Evocano gli AA. il caso *Juliana v. United States* (2015), in cui i giudici del *Ninth Circuit court of Appeals* hanno rigettato la domanda sul presupposto della assenza di uno strumento esecutivo, tale da giustificare un diniego di giurisdizione già in fase di cognizione.

<sup>(125)</sup> Sul profilo problematico v. anche *retro* § 9.

<sup>(126)</sup> Nel caso *Juliana v. United States* (citato *retro* nt. 95), il diniego di tutela giurisdizionale fu giustificato anche sul fatto che una eventuale esecuzione forzata nei confronti dello Stato avrebbe provocato una prevaricazione della giurisdizione sugli altri poteri dello Stato. Il profilo problematico si potrebbe porre, quindi nel caso «Giudizio universale».

<sup>(127)</sup> Così anche S. Vincere, A. Henke, *op. cit.*, 148.

all'ampliamento della portata applicativa non ha fatto seguito un parimenti diffuso riscontro concreto, scarsa essendo ad oggi l'operatività del rimedio.

Nelle controversie climatiche, invece, esso attrae – quanto meno allo stato potenziale – un discreto interesse con riguardo alle azioni contro le imprese volte ad inibire l'emissione di gas serra. Le conseguenze pregiudizievoli, sul piano economico, che la condanna al pagamento di *astreinte* può produrre sull'attività imprenditoriale valgono infatti quale significativo deterrente per le imprese stesse, poste di fronte all'alternativa tra l'approntare misure preventive rispetto al prodursi del riscaldamento globale (dunque considerare nella valutazione comparativa tra costi e ricavi le spese occorrenti per l'adozione di tali misure) ovvero subire la condanna inibitoria e con essa il pagamento delle somme a titolo di esecuzione indiretta.

D'altra parte, quando l'azione è esercitata nelle modalità dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. <sup>(128)</sup> l'utilizzabilità dell'art. 614-*bis* c.p.c. è espressamente prevista (art. 840-*sexiesdecies*, comma 6, c.p.c.), con un'ulteriore estensione applicativa rispetto a quanto stabilito dall'art. 614-*bis* c.p.c., potendo la misura essere adottata «anche fuori dei casi ivi previsti» <sup>(129)</sup>.

Per l'attuazione della pronuncia inibitoria dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. soccorre poi la regola secondo cui «con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su richiesta del pubblico ministero o delle parti, ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate» (comma 7) <sup>(130)</sup>. Anche questa è una misura che ben si cala nel sistema delle controversie climatiche, sebbene con il limite del più volte evocato art. 41 Cost., *id est* nel rispetto della libertà di iniziativa economica privata.

## 12. – In estrema sintesi e per concludere.

La tutela inibitoria nelle *climate change litigations* trova terreno fertile perché punta a proteggere il primario interesse ad un clima incontaminato (ad un ambiente salubre), piuttosto che concentrare l'attenzione sulla sola tutela risarcitoria. Ancor più l'inibitoria (nella materia in esame) esprime le

<sup>(128)</sup> *Retro* § precedente.

<sup>(129)</sup> L'opinione dominante è nel senso di ritenere che l'espressione legittimi all'uso dello strumento anche nelle controversie di lavoro, in deroga all'esclusione espressa contenuta nello stesso art. 614-*bis* c.p.c. (A.D. De Santis, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria*, cit., 323; D. Amadei, *La nuova*, cit., 239). Se questo è il senso della previsione, deve ritenersi che essa non sia più di tanto rilevante nel caso delle controversie climatiche.

<sup>(130)</sup> Si è notato come questa previsione non deve fare “concorrenza sleale” all'azione risarcitoria, nel senso che essa non può essere sostitutiva di quest'ultima finendo invece per rivelarsi solo un capo accessorio dell'azione inibitoria stessa (D. Amadei, *La nuova*, cit., 240).

sue migliori potenzialità in via preventiva (pure in sede cautelare), per anticipare ed evitare il danno, intervenendo *ex ante* (non *ex post*) rispetto al consumarsi del danno stesso. Ciò risponde all'ulteriore scopo – tipico del contenzioso climatico, come le prime esperienze giudiziali non esitano a dimostrare – di fungere da deterrente contro l'adozione di condotte lesive (non solo nei confronti delle imprese, ma anche contro gli Stati, altrimenti restii ad assumere provvedimenti volti a lenire gli effetti deteriori sui livelli di CO<sub>2</sub>).

In questo quadro, la ricostruzione della situazione sostanziale protetta è un *posterius* piuttosto che un *prius*. Occorre infatti considerare – in un discorso di insieme – che gli interessi rilevanti, lungi dall'essere un *numerus clausus*, sono in continua evoluzione. Decenni addietro mai si sarebbe considerato il clima un bene da proteggere. Oggi invece i comportamenti antropogenici stanno esponendo quest'ultimo al pericolo di effetti perversi, che l'ordinamento deve perciò evitare. È dunque la stessa esperienza giudiziaria ad esplicitare la necessità di rendere il clima oggetto di contenzioso, nonché autonomo bene della vita, tutelabile solo in quanto vi sono individui (o gruppi di essi) che ne chiedono la protezione, e al contempo giudici che ritengono tale protezione meritevole (a prescindere dal fatto poi che la domanda sarà o meno accolta nel merito). Ciò è quanto basta per riconoscere dignità al cambiamento climatico anticipando la soglia di attenzione su un intervento preventivo piuttosto che curativo.

Quanto alla legittimazione, la natura superindividuale degli interessi protetti giustifica, nelle *climate change litigations*, la centralità dell'inibitoria collettiva dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., quantomeno allo stato potenziale. Che poi quest'ultimo strumento risulterà concretamente invocato è presto per dirlo. Subentrano qui le tante criticità che hanno sinora impedito alle azioni di classe di prendere piede; criticità che non diversamente potrebbero ostacolare il decollo dell'azione inibitoria collettiva nella materia in esame. È bene a questo punto arrestare ogni giudizio in attesa che il tempo faccia il suo.

ALBERTO M. TEDOLDI

Professore ordinario nell'Università di Verona

## ***NEXT GENERATION E RIMEDI COLLETTIVI***

SOMMARIO: 1. *Next generation: Enviromental, Social and Governance (ESG)* nella «società del rischio» endemico. – 2. La tutela collettiva «non s'ha da fare, né domani, né mai». – 3. Cronaca di un insuccesso annunciato. – 4. *TINA*, «*There Is No Alternative: opt-in vs. opt-out*». – 5. Costi e *legal fees*: «vizi privati, pubbliche virtù». – 6. «*Tamen coactus... noluit*»: *risk assessment*, durata del processo e transazione. – 7. Diritto omogeneo e concettualismo dogmatico: *Begriffsjurisprudenz vs. Interessenjurisprudenz* e illusioni perdute. – 8. L'azione di classe europea: «*much ado about nothings*»?

1. – La sostenibilità impone che lo sviluppo e l'utilizzo delle risorse economiche e ambientali assicurino il soddisfacimento dei bisogni dell'oggi senza compromettere le possibilità del domani. Etica, solidarietà e responsabilità sociale, proporzionalità nello sfruttamento della natura ed economie di scala, efficacia delle tutele contro le sempre più laceranti disuguaglianze economiche e le asimmetrie informative, tecnologiche e finanziarie: tutto questo si compendia e raduna entro i molteplici sguardi rivolti alla sostenibilità per le future generazioni (*next generation*)<sup>(1)</sup>.

Il principio giuridico che rampolla dalla sostenibilità – che usa oggi designarsi con l'acronimo *ESG (Enviromental, Social and Governance)* – evoca un ordine di relazioni e un complesso di interessi tra differenti generazioni per il futuro delle comunità umane. La «società del rischio»<sup>(2)</sup> in cui viviamo impone una quotidiana, ansiogena necessità di governare perenni emergenze, comporre continui conflitti e risolvere diuturne incertezze, per garantire il futuro intergenerazionale, senza più adagiarsi nell'oraziano ed epicureo «*carpe diem, quam minimum credula postero*».

Cambiamenti climatici, guerre, corse agli armamenti, minacce nucleari, pandemie, carestie, alluvioni, terremoti, crisi ricorrenti («*Permacrisis*»), con

---

<sup>(1)</sup> V. Aa.Vv., *Atti del convegno "Profili privatistici della sostenibilità"*, Università degli Studi di Milano Bicocca, 18-19 maggio 2023, in corso di pubblicazione. In generale v. Menga, *Etica intergenerazionale*, Brescia 2021; Porciello, *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Roma 2022.

<sup>(2)</sup> Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it., Roma 2023.

orribile neologismo anglofono), diseguaglianze, precarietà occupazionali, abnormi asimmetrie informative e di potenza tecnologica, militare ed economico-finanziaria diffondono e largiscono a piene mani preoccupazioni ormai endemiche, perennemente conficcate e conculcate dai *mass media* nella mente e nel cuore dell'*homo oeconomicus digitalis*.

I rimedi – sostanziali e processuali a un tempo, senza più alcuna obsoleta distinzione – debbono tener conto di tale crescente complessità, adeguandosi ai bisogni e alle necessità del tempo, in un'ottica *ex necesse* intergenerazionale, proiettata sulle future sorti, tutt'altro che «magnifiche e progressive», dell'umanità intera. Di tanto ben possono essere portatori i rimedi collettivi, se adeguatamente intesi e aggiornati al contesto postmoderno (di «seconda modernità» è stato detto), che superi paradigmi normativi tradizionali, incentrati sull'inveterata struttura bilaterale del rapporto giuridico e sulla frusta *divisio* tra diritto sostanziale e processo. Il che, per vero e purtroppo, non è ancora propriamente avvenuto nella legislazione italiana ed europea né, prima ancora, nella *Weltanschauung* giuridica continentale, come subito vedremo.

2. – Sono trascorsi ormai tre anni – più o meno gli stessi delle romanzesche peripezie di Renzo e Lucia, tra il 1628 e il 1630, prima di celebrare le sospirate nozze – dall'entrata in vigore (il 19 maggio 2021) del capo VIII *bis* del libro IV del c.p.c., dedicato ai procedimenti collettivi introdotti con l. n. 31/2019 («*Disposizioni in materia di azione di classe*»), dettando i non brevi articoli del codice di rito che vanno dall'840-*bis* all'840-*sexiesdecies* c.p.c. e contestualmente abrogando il plesso degli articoli da 139 a 140-*bis* del codice di consumo (d.lgs. n. 206/2005) sull'azione di classe, ma lasciando in vita l'art. 37 del medesimo cod. cons. sulle azioni inibitorie di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori.

*Medio tempore*, con d.lgs. n. 28/2023, è stata recepita la direttiva UE 2020/1828, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (e che abroga la precedente direttiva CE 2009/22), introducendo nel cod. cons. gli artt. da 140-*ter* a 140-*quaterdecies* nella Parte V («*Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia*»), Titolo II.1 («*Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori*»), nonché l'allegato II-*septies*, che elenca le disposizioni europee la cui violazione legittima gli enti esponenziali indicati negli artt. 137, 140-*quater* e 140-*quinquies* cod. cons. – e soltanto questi enti, non i consumatori *uti singuli*, a differenza di quel che prevedono gli artt. 840-*bis* e 840-*sexiesdecies* c.p.c. per le azioni collettive, tanto risarcitorie e/o restitutorie quanto inibitorie – a proporre azioni per conto dei consumatori, nelle sole materie di cui all'allegato II-*septies* cod. cons., finalizzate a ottenere un provvedi-

mento inibitorio o un provvedimento «compensativo» (termine questo da cui traspare *ictu oculi* la pregiudiziale ostilità del diritto continentale europeo a risarcimenti sanzionatori mediante *punitive damages*, neppure nelle azioni collettive risarcitorie). Si tratta della c.d. azione di classe europea, la cui disciplina è composta come un autentico *puzzle*, fatto di continui rinvii non solo alle fonti europee, ma anche a molte disposizioni sui procedimenti collettivi di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c.

Trascorso un triennio dall'entrata in vigore degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. («*Omne trinum est perfectum*», si dice *ab antiquo*), è possibile tracciare un primo bilancio – sconcolato, ma non rassegnato – di questo *procedural law change* o, se si preferisce, *class action change*, che è ben lungi dal trovare compiuto accoglimento e adeguata diffusione in Italia e in Europa, per ragioni anzitutto culturali, ma anche per freni e contropinte lobbistiche (*absit iniuria verbis*), nonostante la declamata volontà di tutela di assai vasta e variegata platea, diuturnamente colpita da violazioni plurioffensive della più diversa specie e natura (pratiche commerciali opache e ingannevoli, clausole vessatorie nei contratti, illeciti seriali, violazioni *antitrust*, e via dicendo).

Vi è, per sovrappiù, un infelice regime transitorio che, in deroga alla consueta regola di diritto intertemporale del *tempus regit actum – rectius, tempus regit processum*, nel senso che la nuova disciplina processuale s'applica ai processi iniziati sotto il suo vigore, indipendentemente dalla data in cui si sono verificati i fatti genetici della situazione sostanziale dedotta in giudizio<sup>(3)</sup> – prevede l'applicazione degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. alle sole condotte illecite poste in essere successivamente al 19 maggio 2021 (v. l'art. 7, l. n. 31/2019)<sup>(4)</sup>. Il che – in uno dei primi provvedimenti sulla nuova azione di classe – ha dato la possibilità di dichiarare inammissibile un'azione collettiva promossa nel vigore della nuova disciplina di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., a tutela dei cittadini liguri per la carente manuten-

---

<sup>(3)</sup> Cfr. Caponi, *Tempus regit processum. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in questa *Rivista* 2006, 449 ss.; Id., *Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio tempus regit processum fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale* (nota a Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 13), in *Giur. cost.* 2018, 188 ss.

<sup>(4)</sup> L'esclusione dell'applicazione delle nuove norme in materia di azione di classe a condotte plurioffensive commesse anteriormente alla loro entrata in vigore (19 maggio 2021) aveva già suscitato non poche riserve con riferimento all'azione di classe consumeristica di cui all'abrogato art. 140-*bis* c.p.c. (cfr. App. Roma, 27 gennaio 2012, in *Foro it.* 2012, I, 1908, con nota di A.D. De Santis, nonché Trib. Roma, 14 maggio 2014, in *Riv. dir. comm.* 2015, II, 679, con nota di Adiatori), soprattutto con riferimento alla distinzione tra illeciti istantanei e illeciti permanenti e alla difficile separazione dell'illecito dai suoi effetti dannosi (v., sul tema, A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie risarcitorie*, Napoli 2013, 558 ss.).

zione delle autostrade, che da anni determina notoriamente (anche ai sensi dell'art. 115, comma 2, c.p.c.) assai gravi disagi e pregiudizi notevoli alle attività lavorative, soprattutto nel settore turistico, cagionati da lavori autostradali che si protraggono nel tempo oltre ogni misura, essendo stato dato inizio a massicci e continuativi interventi manutentivi su viadotti e gallerie solo successivamente al tragico crollo del ponte Morandi nel 2018, dopo moltissimi anni di completa incuria. Conclusione questa in nessun modo condivisibile, stante la natura permanente delle violazioni omissive<sup>(5)</sup>.

La disciplina contenuta negli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. è un autentico *patchwork* processuale, dove l'art. 840-*ter*, comma 3, c.p.c. continua a richiamare gli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. sul procedimento sommario di cognizione, abrogati con il 28 febbraio 2023 e da intendersi sostituiti con gli artt. 281-*undecies* ss. c.p.c. sul procedimento semplificato di cognizione<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> V. Trib. Roma, 14 ottobre 2022, in *Foro it.*, 2023, I, 148 ss., con nota critica di Sassani, A.D. De Santis, *L'inammissibilità dell'azione di classe consumeristica e il «non possumus» della Cassazione*, che ha ritenuto inammissibile *quoad tempus* l'azione di classe di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., con la quale si pretenda il risarcimento dei danni prodotti da condotte illecite verificatesi sia prima che dopo la sua entrata in vigore, qualora le violazioni successive siano conseguenze inevitabili e necessarie di quelle commesse precedentemente.

Il provvedimento di inammissibilità dell'azione collettiva è reclamabile in corte d'appello, ma la decisione della corte territoriale, secondo l'indirizzo della Suprema Corte consolidatosi sulla precedente azione di classe di cui all'abrogato art. 140-*bis* cod. cons., non è poi impugnabile con ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111, comma 7, Cost. (v., da ultimo, Cass. 23 novembre 2022, n. 34399, in *Foro it.* 2023, I, 148 ss., con nota critica di Sassani, A.D. De Santis, *op. cit.*, e in *Foro it.* 2023, I, 879 ss., con nota critica di Giussani, *Ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe e ricorso per cassazione: dalla vecchia alla nuova disciplina*).

<sup>(6)</sup> Sulla nuova azione di classe v., anche per critiche alla scelta di limitarne l'applicazione ai soli illeciti commessi successivamente alla sua entrata in vigore, Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in Sassani (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019 n. 31*, Pisa 2019, 31 ss.; A.D. De Santis, *Il procedimento*, *ivi*, 69 ss.; Sassani, *Il difficile cammino dell'azione di classe risarcitoria*, in *Foro it.* 2022, V, 239 ss.; Giussani, *Class action e finanziamento delle liti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, 303 ss.; Ruffolo (a cura di), *L'azione di classe e l'azione collettiva: la nuova disciplina*, Milano 2021; Consolo, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in questa *Rivista* 2020, 714 ss.; Id., *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corriere giur.* 2019, 737 ss.; Id., *Art. 840-bis-840-sexiesdecies. La nuova azione di classe e la nuova inibitoria*, in Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano 2019, 17 ss.; Trocker, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in questa *Rivista* 2020, 752 ss.; Scarselli, *La nuova azione di classe di cui alla l. 12 aprile 2019 n. 31*, in *www.judicium.it*; G. Monteleone, *Note a prima lettura sulla nuova legge sull'azione di classe (l. 12 aprile 2019 n. 31)*, in *Giusto proc. civ.* 2019, 633 ss.; Aa.Vv., *Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019 n. 31)*, in *Foro it.* 2019, V, 321 ss.; Giussani, *La riforma dell'azione di classe*, in questa *Rivista* 2019, 1572 ss.; Id., *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 1291 ss.; A.D. De Santis, *I procedimenti collettivi. L'azione di classe e l'azione inibitoria*

Un *patchwork* aggravato viepiù dalla c.d. azione di classe europea, introdotta negli artt. 140-ter ss. cod. cons., colmi di continui e selettivi rinvii agli artt. 840-bis ss. c.p.c. sulle azioni collettive.

Le pagine che seguono, lungi dall'essere una disamina di dettaglio della complicata disciplina procedurale di codeste varie azioni collettive, intendono offrire alcune riflessioni sulle assai deludenti scelte compiute dal legislatore italiano ed europeo, ulteriormente frenate da un'applicazione a dir poco timida e oltremodo distante dalla funzione e, in generale, dall'*e-sprit* propri delle azioni di classe, non senza un'evidente inadeguatezza, al postutto, culturale rispetto a istituti che mandano in breccia le tradizionali categorie civilistiche e processuali, incentrate sulla bilateralità del rapporto giuridico sostanziale e della *res in iudicium deducta*.

3. – Lo scarso riscontro pratico deriva, *in primis*, da alcuni difetti originari, intrinseci alle disposizioni di legge, succedutesi nel tempo, nonostante il passaggio dall'azione di classe consumeristica di cui all'art. 140-bis c.p.c. alle azioni di classe generali, risarcitoria/restitutoria e inibitoria, configurate negli artt. 840-bis ss. c.p.c., sino all'aggiunta della speciale variante, nuovamente consumeristica nelle due versioni inibitoria e (restrittivamente) compensativa di cui agli artt. 140-ter ss. cod. cons., limitata *quoad subiectos et obiectos*, essendovi legittimati soltanto gli enti esponenziali iscritti – e non già il *quisque de classe*, come nella *lex generalis* del codice di rito – e potendo concernere soltanto le violazioni alle pur numerose norme europee elencate nel novello allegato II-septies al cod. cons., con ogni evidenza da aggiornare volta a volta con le novità provenienti da Bruxelles, siano essi regolamenti immediatamente efficaci o direttive da recepire negli Stati membri.

L'azione di classe del codice di rito continua a essere afflitta dalla preconcepita scelta dell'*opt in* anziché dell'*opt out*, come avviene invece, di regola, nel modello statunitense. Si considera necessità ineluttabile, in quanto connessa ai tradizionali limiti soggettivi del giudicato *ex art.* 2909 c.c., che il singolo presti espressa adesione all'azione di classe, pena l'inopponibilità del giudicato collettivo che verrà a formarsi.

---

*collettiva nel codice di procedura civile*, in *Giusto proc. civ.* 2019, 701 ss.; Franzoni, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp.* 2019, 309 ss.; P. Farina, *La riforma della disciplina dell'azione di classe e l'esecuzione forzata collettiva*, in *Riv. esec. forz.* 2019, 654; A.D. De Santis, *The new italian class action: hope springs eternal*, in *Italian Law Journal* 2019, 759 ss.; Aa.Vv., *La class action riformata*, in *Giur. it.* 2019, 2297; Amadei, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile (l. 12 aprile 2019 n. 31)*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2019, 1049 ss.; R. Pardolesi, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.* 2019, 301 ss.; Monateri, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, *ivi*, 312 ss.

Inoltre, nonostante qualche cauta apertura giurisprudenziale<sup>(7)</sup>, rimasta pur tuttavia *vox clamantis in deserto*, mancano ancora forme di *punitive damages*, quanto mai indispensabili *in subiecta materia*, se si vuole accordare autentica efficacia deterrente ai rimedi collettivi di *private enforcement*, che spesso concernono danni individualmente irrilevanti (c.d. *small claims*), finanche difficilmente identificabili sul piano eziologico e quantificabili con difficoltà ancor maggiore, se si insiste nell'adottare i criteri canonici di cui agli artt. 1223 e 1226 c.c. sulla causalità giuridica e sulla liquidazione, *de residuo* equitativa, dei danni cagionati da violazioni plurioffensive.

La disciplina è, altresì, scarsamente appetibile sul piano delle spese legali e peritali, considerate le complesse attività necessarie per la preparazione, la pubblicità e per il buon esito dell'azione di classe, con insufficienti incentivi premiali<sup>(8)</sup>, come è accaduto nell'azione di classe nei confronti di Volkswagen per il c.d. *Dieselgate*, con sentenze delle corti italiane che fanno solamente il solletico al colosso automobilistico tedesco (v. *infra*).

Tuttavia, il difetto peggiore di tutti è quello di un esasperato e retrogrado concettualismo nel definire la nozione di omogeneità del diritto, ch'è requisito richiesto ai fini dell'ammissibilità dell'azione e che viene affrontato con le vetuste categorie di quella *Begriffsjurisprudenz* che si riteneva superata da tempo e abbandonata per sempre, anziché con un approccio incentrato sugli interessi collettivi lesi dalla condotta plurioffensiva, secondo i più moderni canoni di un'aggiornata *Interessenjurisprudenz*, attenta ai bisogni di tutela, anziché alla *Dogmengeschichte*, agli impolverati dogmi giuridici e alla loro storia, con le viscosità teoriche della responsabilità civile, che tendono a riprodurre per le tutele collettive soluzioni

---

(7) Il riferimento, lapalissiano, è a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.* 2017, I, 2613, con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, in *Corriere giur.* 2017, 1042, con nota di Consolo, in *Danno e resp.* 2017, 419, con note di La Torre, Corsi, Ponzanelli, Monateri, in *Giur. it.* 2017, 1787, con nota di Di Majo, in *Resp. civ. prev.* 2017, 1596 (m), con nota di Briguglio, in *Nuova giur. civ.* 2017, 1399, con nota di Grondona, in *Foro it.* 2018, I, 2503 (m), con nota di Salvi, in questa *Rivista* 2018, 1356, con nota di Ferrari, che ha enunciato la seguente massima: «Posto che la responsabilità civile non ha solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, ma persegue altresì la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria, non può ritenersi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi, dovendosi comunque verificare, ai fini del riconoscimento di una sentenza straniera che statuisca in tal senso, che essa sia stata resa nell'ordinamento d'origine su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i suoi limiti quantitativi».

(8) Cfr. Sassani, *Il difficile cammino*, loc. cit., dove si sottolineano la non eccelsa prospettiva dei tetti della ricompensa calcolabile ai sensi dell'art. 840-novies, 6° e 1° comma, c.p.c. (peraltro dimezzabile a discrezionalità del giudice) e l'evidente allergia del meccanismo alla leva del danno punitivo, con la funzione di deterrenza che questa trae seco.

elaborate nel quadro del risarcimento individuale, palesemente inadatte ai rimedi di classe.

Così, decorsi tre anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina del codice di rito, le azioni collettive intentate non pareggiano le dita di due mani e sortiscono in esiti di aprioristica inammissibilità (come nel ricordato precedente sulle autostrade liguri): sicché difficoltà di gestione, costi, alee e incertezze applicative sconsigliano di praticarle, frenate come sono sia da una poco generosa disciplina positiva, sia dal dogmatismo passatista testé ricordato.

L'azione di classe consumeristica di cui all'art. 140-*bis* cod. cons. era stata volutamente scritta e congegnata per non dare eccessivo fastidio alle imprese e altrettanto è avvenuto in sede europea, a causa di forti resistenze culturali e contropinte lobbistiche delle imprese, tedesche ben più e ben prima che italiane. Si che appare più che fondato il dubbio che la disciplina di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. – e, tanto meno, quella consumeristica europea recepita negli artt. 140-*ter* ss. cod. cons., circoscritta ai soli enti esponenziali e alle sole violazioni di norme europee – non consenta affatto il passaggio dallo *small business* dell'azione promossa dall'associazione dei consumatori all'*affluent business* dell'azione organizzata dalla *law firm*. La prima è stata l'esperienza del 140-*bis* cod. cons., anomala rispetto alla tradizione della *class action* nordamericana, dove la forza del rimedio è l'intervento sul mercato di organizzazioni professionali in grado di procurarsi i finanziamenti e di assumere a ragion veduta il rischio di impresa (per esempio, investendo in indagini industriali o attuariali per verificare la consistenza dell'iniziativa), attrezzandosi con il c.d. *third funding*, laddove in Italia e in Europa, come si legge nel *Considerando* 10 della Direttiva 1828/2020 (recepita con gli artt. 140-*ter* ss. cod. cons. e l'annesso allegato II-*septies*), in base al quale, dovendosi prevenire l'abuso del ricorso ad azioni rappresentative, «il riconoscimento di risarcimenti a carattere punitivo dovrebbe essere evitato, mentre dovrebbero essere stabilite norme su determinati aspetti procedurali, quali la designazione e il finanziamento degli enti legittimati». «*Sopire, troncare, padre molto reverendo, troncare, sopire*», vien da aggiungere, ché «un'azione (non solo senza *opt-out* ma) fermamente chiusa alla prospettiva di una libertà di iniziativa sconfinante nella imprenditorialità, deve accontentarsi del ruolo di meccanismo privo in partenza di buona parte delle sue potenzialità»<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Così Sassani, *Il difficile cammino*, loc. cit.

4. – La disciplina dell'azione di classe risarcitoria/restitutoria, dettata negli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., ribadisce la scelta a favore del sistema dell'*opt-in*, come già aveva fatto l'art. 140-*bis* cod. cons. per l'azione di classe consumeristica. L'azione di classe produce effetti solo per coloro che l'abbiano proposta o che vi abbiano aderito: gli *extranei* potranno introdurre soltanto azioni individuali, impregiudicate quale che sia l'esito dell'azione di classe.

Il ripudio del meccanismo dell'*opt out* è frutto di una posizione preconcetta, che deriva dai tradizionali limiti soggettivi del giudicato i quali, per definizione, toccano soltanto le parti, gli eredi e gli aventi causa (art. 2909 c.c.). Gli è che l'estensione soggettiva del giudicato è ritagliata unicamente sull'inveterata tradizione dell'*actio* individuale, come mostra il riferimento soggettivo espresso nell'art. 2909 c.c.

L'azione di classe è, invece, rimedio ulteriore e diverso rispetto all'azione individuale, pur nascendo geneticamente dalla medesima scaturigine, che si dirama in corsi d'acqua, moltiplicandosi nelle posizioni individuali di tutti gli appartenenti alla classe, condensate e ricondotte nell'alveo unitario mercé la nozione di diritti individuali omogenei, che formano oggetto dell'azione di classe, sul cui sfondo stanno bensì i diritti soggettivi lesi in capo ai vari individui, che ne costituiscono soltanto il presupposto e, in certo senso, il *petitum* mediato «in potenza», che giustifica e dà ragione di tale rimedio collettivo e aggiuntivo rispetto all'azione risarcitoria e/o restitutoria del singolo.

L'azione di classe è rimedio *ad hoc*, concesso dall'ordinamento in aggiunta al fondamentale diritto di azione garantito dall'art. 24, comma 1, Cost. e dalle altre fonti sovranazionali (artt. 6 e 13 CEDU e art. 47 CDFUE): non è praticabile, neppure *in apicibus*, alcuna aprioristica trasposizione all'azione collettiva di regole proprie dell'azione individuale, cui unicamente si riferiscono le suddette norme sovraordinate. Invero, lo stesso art. 840-*bis* c.p.c. stabilisce che «i diritti individuali omogenei sono tutelabili *anche* attraverso l'azione di classe» (comma 1), lasciando in ogni caso «fermo il diritto all'azione individuale» (comma 4).

Ad ogni buon conto, con l'*opt-in*, prescelto e ribadito dall'italico *conditor*, occorre rassegnarsi a convivere, ben diversamente da quanto avviene altrove e sia pure ormai fuori dai confini dell'UE, segnatamente nel Regno Unito che, sebbene in prima battuta riluttante verso il modello statunitense, applica assai penetranti ed efficaci rimedi collettivi nell'ambito dei *cartel claims*, come nella *follow-on class action* promossa per miliardi di sterline contro colossi bancari multinazionali, sanzionati dalle Autorità *antitrust* per cartelli intesi a condizionare il mercato dei tassi di interesse (c.d. *LIBOR Scandal*, cioè il *London Inter-bank Offered Rate*, già tasso di

riferimento per le valute esterne all'area Euro) e quello sui cambi tra valute (c.d. *Forex Scandal*, che sta per *Foreign Exchange spot trading cartel*)<sup>(10)</sup>.

5. – In termini schiettamente pratici e molto concreti, la praticabilità economica dell'azione di classe si basa sul sistema del *contingent fee reward*: l'operatore razionale è indotto ad agire nella prospettiva di profitti, in caso di successo, di gran lunga superiori ai costi.

L'attore, persona fisica o ente esponenziale che sia (usualmente l'ente si pone accanto o alle spalle del *quisque de classe*), è inevitabilmente un imprenditore in senso lato, nel senso che intraprende un'attività contenziosa allo scopo, pienamente legittimo e del tutto realistico, di trarre dall'azione di classe un profitto, dovendo predisporre un'adeguata struttura operativa, reperire le risorse (finanziarie, materiali e tecniche), anticipare i costi, conseguire gli utili, sopportare le eventuali perdite, ragionando in termini di EBITDA, cioè di margine operativo lordo, come farebbe qualsiasi imprenditore, che miri a conseguire un lucro da assai impegnativa e complessa attività d'impresa<sup>(11)</sup>.

«Vizi privati, pubbliche virtù», come nella celebre *Favola delle api* di Bernard de Mandeville<sup>(12)</sup>: la *class action* persegue gli interessi individuali delle molteplici vittime della condotta antigiuridica e produce un effetto di deterrenza, prendendo le mosse e traendo impulso dalla soddisfazione dell'interesse privato del *class counsel*, il cui prodigarsi consente di perseguire l'interesse collettivo della classe, come quello di ciascuna e di tutte le api nell'alveare<sup>(13)</sup>.

<sup>(10)</sup> V., *ex multis*: [en.wikipedia.org/wiki/Libor\\_scandal](https://en.wikipedia.org/wiki/Libor_scandal); [en.wikipedia.org/wiki/Forex\\_scandal](https://en.wikipedia.org/wiki/Forex_scandal).

Sugli effetti nelle azioni, individuali o collettive, di *private enforcement* per violazione delle norme *antitrust*, sanzionata dall'Autorità in sede di *public enforcement*, v. il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del TUE, il d.lgs. n. 3/2017, nonché in dottrina B. Sassani (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, Pisa 2017 e, in giurisprudenza, Cass. 13 dicembre 2023, n. 34889 nonché, *amplius*, Cass. 3 maggio 2024, n. 12007.

<sup>(11)</sup> L'EBITDA – acronimo inglese per *Earnings Before Interests Taxes Depreciation and Amortization*, che coincide con il MOL, Margine Operativo Lordo – è un indicatore della capacità di un'impresa di generare profitti, escluse le imposte, gli ammortamenti, i deprezzamenti e gli interessi aziendali.

<sup>(12)</sup> Mandeville, *La favola delle api*, trad. it., Bari 2002, rist. 2023.

<sup>(13)</sup> Sovvengono le riflessioni dell'epistolario tra Alexandre Kojève e Carl Schmitt [Kojève, Schmitt, *Carteggio*, trad. it., in *Filosofia politica* 2003, XVII, n. 2, 185 ss.], aggiornate alla nostra era, in cui domina la religione del tecnicismo digitale e finanziario, che ha ormai permeato di sé ogni ganglio delle società postmoderne, generando una fede di massa in un 'attivismo attualistico', che è fiducia cieca nella potenza e nel dominio sconfinato

Senonché l'ordinamento – non solo italiano, ma anche europeo per evidenti pressioni lobbistiche – resta lontano da un tale modello, apparentemente al nobile fine di scongiurare le speculazioni degli 'squali' delle *class action*, per favorire unicamente lo *small business* delle associazioni consumeristiche, così soffocando sul nascere l'efficienza del rimedio, sino a disinnescarlo e depotenziarlo in gran parte, come hanno mostrato i pochi casi sin qui giunti a sentenza.

Così, al dichiarato fine di scongiurare qualsiasi possibile abuso (eppure suol dirsi che «*audentes fortuna iuvat*»), operano da freno l'art. 840-*bis* c.p.c., che esige che l'organizzazione o l'associazione iscritte nel registro ministeriale siano «senza scopo di lucro», mentre il già menzionato *Considerando* 10 della direttiva UE 2020/1828 (recepita con il ricordato d.lgs. n. 28/2023 negli artt. 140-*ter* ss. cod. cons.) esprime la più netta avversione per i risarcimenti a carattere punitivo, discorrendo soltanto di procedimento collettivo «compensativo» (v. l'art. 140-*quater*, comma 1, lett. *e*, cod. cons.).

Senonché, la preoccupazione per possibili abusi non può frenare *a priori* lo strumento collettivo di tutela, la cui logica riposa sul mercato aspetto premiale, a fungere da contrappeso, pratico ed economico, rispetto alle notevoli difficoltà, agli ingenti costi, alla macchinosità procedurale e ai rischi delle azioni di classe. Il che inevitabilmente si riflette sullo stru-

---

dell'uomo sulla natura e sulla stessa *physis* umana, nel continuo e illimitato superamento degli ostacoli naturali e nelle infinite possibilità di mutamento e di perfezionamento dell'esistenza *in hoc mundo*. Al posto della politica si è instaurata una sorta di 'polizia mondiale' e invece delle guerre sinora conosciute si è originata un'unica «politica della guerra civile mondiale» (*Weltbürgerkriegspolitik*), rispetto alla quale occorre chiedersi se esistano ancora Stati nel senso proprio della parola, cioè governi (*Regierungen*), che siano qualcosa di diverso dalle amministrazioni (*Verwaltungen*), e una politica (*Politik*), nel senso della contrapposizione tra amico e nemico (*Freund und Feind*), che sia qualcosa di diverso dalla polizia (*Polizei*) planetaria, che riduce tutto alla *governance* tecnocratica dei fattori economico-finanziari-tecnologici. Non esiste più la politica interna: tutti vogliono la stessa cosa, cioè niente; infatti, sono fondamentalmente appagati (*zufrieden*), anche se non soddisfatti (*befriedigt*) [Kojève, Schmitt, *op. cit.*, 190; v. anche Schmitt, *Premessa all'edizione italiana*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, trad. it., Bologna 1972, 25]. Con l'affermazione globale della tecno-finanza le cose si governano da sé e l'umanità finisce per incontrare sé stessa e quel che possiede, come l'ape nell'arnia: la fine della storia coincide così con il ritorno degli esseri umani a uno stato animale e con la trasformazione radicale del linguaggio, che diviene simile, appunto, al ronzio delle api [Kojève, *Introduzione alla lettura di Hegel*, trad. it., Milano 1996, 436; Schmitt, *Nomos – Presa di possesso – Nome*, in Id., *Stato, grande spazio, nomos*, trad. it., Milano 2015, 337 ss.]. Api perennemente al lavoro e in continuo movimento, costitutivamente debentrici verso il sistema, che esiste e prospera soltanto grazie a debiti contratti e rinnovati senza tregua e senza *pietas*, inestinguibili e inespugnabili per irreversibile *ananke* (sul che sovengono le folgoranti riflessioni di W. Benjamin, *Capitalismo come religione*, trad. it., Genova 2013).

mento finanziario del *third funding*, che non trova che angusti spazi in terra italica e sul continente europeo, mentre fiorisce negli Stati Uniti d'America, proprio grazie a quel modello aperto e imprenditoriale di *class action* (14).

6. – Il grande gruppo multinazionale, che miete ogni trimestre profitti per miliardi di euro o di dollari, può essere indotto a transigere l'azione di classe, alla stregua di quanto prevedono l'art. 840-*quaterdecies* c.p.c. per quella generale e l'art. 140-*decies* cod. cons. per quella speciale consuméristica ed europea (v. anche il *Considerando 53* della direttiva 2020/1828): ma è indispensabile che un tale gruppo paventi il serio ed elevato rischio di rimetterci molto di più, in termini di *punitive damages* e di danno reputazionale, ben al di là della semplice *compensation* dei danni effettivamente cagionati, spesso dispersi e polverizzati in una platea di minuti 'lillipuziani'. Se la prospettiva è pagare solo qualcosa di più, la probabilità di transigere recede, ché la posticipazione del pagamento è finanziariamente vincente (15).

Anche in Italia, ad esempio, è stata proposta un'azione di classe, ai sensi dell'abrogato art. 140-*bis* cod. cons. (applicabile *ratione temporis*), per la nota vicenda *Dieselgate* (16), che ha visto moltiplicarsi in vari Paesi (a cominciare dagli Stati Uniti) multe, transazioni e condanne miliardarie a carico di Volkswagen, la quale nel nostro sistema ha avuto agio di opporre una strenua resistenza all'azione collettiva intrapresa nel 2016 da un'associazione di consumatori e tuttora pendente, conclusa in primo grado con la condanna di Volkswagen a versare 3.300 euro per ciascun aderente (quasi sessantaduemila aderenti, per complessivi duecento milioni di euro), di cui euro 3.000 per danni patrimoniali ed euro 300 per danni non patrimoniali, oltre alle spese di lite e di pubblicità, liquidate in circa 400.000 euro, e oltre al risarcimento dei danni per «abuso del processo» ex art. 96, comma 3, c.p.c. per ulteriori 400.000 euro circa, «considerato

---

(14) Sul *third funding* v. P. Comoglio, *Il processo come fenomeno economico di massa. Problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili*, Torino 2022, dove ampi riferimenti bibliografici.

(15) Cfr. Sassani, *Il difficile cammino*, loc. cit.

(16) Lo scandalo sulle emissioni delle autovetture prodotte dalla Volkswagen, noto come *Dieselgate*, è scoppiato nel settembre 2015, quando l'Agenzia statunitense per la protezione dell'ambiente (EPA) ebbe a notificare alla multinazionale tedesca un avviso di violazione delle norme sulla qualità dell'aria, per aver progettato i motori diesel *Turbocharged Direct Injection* (TDI), montati su oltre dieci milioni di autovetture, in modo tale da attivare i sistemi di controllo delle emissioni soltanto durante i *test*, unicamente per farli rientrare entro i limiti normativi.

che l'attrice ha dovuto soggiacere al protrarsi della pendenza del giudizio, la cui durata è imputabile alla ferma difesa delle convenute nella contestazione dell'addebito, nonostante il precedente provvedimento dell'Agcm, confermato in sede di impugnazione dinanzi al Tar Lazio, e a fronte della disponibilità a concludere ben più onerose transazioni sulle due sponde dell'Atlantico, unitamente allo straordinario, quanto ripetitivo e talvolta disarticolante, numero di eccezioni sollevate rispetto alle adesioni anche a fronte di un'espressa pronuncia del Supremo collegio in tema di ammissibilità (Cass. n. 12997/2019), sì da rendere necessaria l'effettuazione di una relazione integrativa da parte degli ausiliari, è possibile liquidare per tale voce di danno un importo pari a quello delle spese di lite (sull'impiego di tale parametro v. le ordinanze Cass. nn. 25176 e 25177/2018, perché coerente rispetto al valore del diritto in contesa oggetto del giudizio)»<sup>(17)</sup>.

La sentenza di primo grado è stata riformata in appello, confermando la responsabilità di Volkswagen, ma escludendo il risarcimento del danno patrimoniale di euro 3.000 per ciascun aderente, in quanto i veicoli erano stati richiamati da Volkswagen per la rimozione del *software* illegale, senza che risultasse un deprezzamento del loro valore sul mercato dell'usato. Il risarcimento è stato dunque ridotto al solo danno non patrimoniale, liquidato equitativamente nella misura di euro 300 per ciascuno dei quasi sessantaduemila aderenti (per complessivi euro venti milioni circa, in luogo dei duecento milioni di euro riconosciuti in prime cure), escludendo altresì il risarcimento dei danni per abuso del processo *ex art. 96, comma 3, c.p.c.* e pur condannando Volkswagen a rifondere le spese anche del giudizio di seconde cure, liquidate in poco più di euro 100.000<sup>(18)</sup>.

Si consideri anche che sulle somme liquidate a titolo risarcitorio erano stati riconosciuti in primo grado gli interessi al saggio aggravato di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. (che si rifà a quello stabilito per i ritardi nei pagamenti dall'art. 5, d.lgs. n. 231/2002), inspiegabilmente a decorrere non dalla data della domanda, come testualmente prevede l'art. 1284,

---

<sup>(17)</sup> Così Trib. Venezia, 7 luglio 2021, in *Nuova giur. civ.* 2021, 1335, con nota di Ruggiero e in *Danno e resp.* 2022, 239, con nota di Santoro, che ha ritenuto che nell'azione di classe, in cui si accerti l'illiceità della pratica commerciale consistente nella manipolazione del dispositivo in grado di modulare le emissioni inquinanti dei motori montati su alcuni veicoli, ai consumatori che li abbiano acquistati spettano, a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, una somma pari al quindici per cento del prezzo medio di tali veicoli, da dimezzare per chi abbia acquistato un veicolo usato oppure l'abbia rivenduto nel periodo in cui si è protratta la pratica e, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, un importo pari al dieci per cento di quanto ottenuto a titolo di ristoro del danno patrimoniale.

<sup>(18)</sup> App. Venezia, 16 novembre 2023, n. 2260.

comma 4, c.c., bensì dal centottantesimo giorno successivo alla pubblicazione della sentenza. All'esito dell'appello sono stati riconosciuti sui danni non patrimoniali liquidati soltanto gli interessi al tasso legale di cui all'art. 1284, comma 1, c.c., anche qui inspiegabilmente con decorrenza differita al centottantesimo giorno successivo alla pubblicazione della sentenza d'appello<sup>(19)</sup>.

Il gruppo Volkswagen notoriamente fattura quasi trecento miliardi di euro, con margini operativi di oltre venti miliardi l'anno<sup>(20)</sup>. I venti milioni di euro, oltre spese, stabiliti in esito al giudizio di seconde cure corrispondono a meno dello 0,01% del fatturato e a meno dello 0,1% del margine operativo lordo.

Emerge così, con matematica evidenza, l'inefficacia deterrente dei criteri (meramente compensativi<sup>(21)</sup>) di liquidazione dei risarcimenti e di quantificazione delle spese legali e del compenso al rappresentante comune degli aderenti all'azione di classe, posto che gli speciali parametri pur dettati *ex novo* nell'art. 840-*novies* c.p.c. sono irrisori rispetto alla potenza finanziaria di colossi multinazionali sempre più grandi, il cui fatturato supera da solo, e di molto, il PIL di moltissimi Stati, anche europei.

7. – I rimedi collettivi sono pensati e apprestati in funzione deterrente, aggiungendosi alle azioni risarcitorie individuali. L'attore che incarna gli appartenenti alla classe si fa 'corifeo' di coloro che hanno patito pregiudizi analoghi al suo, ciascuno *singulatim* nella sfera sua propria, ma in modo omogeneo ad altri *singuli*.

---

<sup>(19)</sup> Cass. 3 gennaio 2023, n. 61, in *Nuova giur. civ.* 2023, 1094, con nota di Bivona, ha ritenuto che il saggio di interessi di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. non sia applicabile alle sole obbligazioni di fonte contrattuale, ma anche a quelle nascenti da fatto illecito o da altro fatto o atto idoneo a produrle, valendo la clausola di salvezza iniziale (che rimette alle parti la possibilità di determinarne la misura) ad escludere il carattere imperativo e inderogabile della disposizione e non già a delimitarne il campo d'applicazione. La questione sull'ambito di applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. è stata rimessa alle Sezioni Unite, sinora intervenute soltanto per limitare gli interessi legali previsti nel titolo esecutivo a quelli di cui al comma 1 dell'art. 1284 c.c., quando manchi una diversa ed espressa previsione (Cass., sez. un., 7 maggio 2024, n. 12449).

<sup>(20)</sup> <https://annualreport2022.volkswagenag.com/consolidated-financial-statements/income-statement.html>.

<sup>(21)</sup> Cfr. *amplius* sul tema Pisani Tedesco, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino 2022, dove ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; v. anche Id., *Il problema della responsabilità civile (compensativa) in un mondo asimmetrico*, in *Danno e resp.* 2023, 567 ss. nonché, sul *Dieselgate*, Rajneri, *Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rimedi e responsabilità sociale d'impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2017, 397 ss.

È «omogeneo» – anche per etimo (dal greco *ὁμογενής*) – ciò che possiede la stessa natura e il medesimo carattere di altre cose o nozioni e che, perciò, appartiene a un medesimo *genus*. Il suo contrario è «eterogeneo», che ha natura diversa da quella di altre cose o nozioni.

I «diritti individuali omogenei» (detti anche ‘isomorfi’, avendo la stessa struttura e forma esteriore, pur nella distinzione dei pregiudizi patiti dai singoli) sono tali in quanto ascrivibili a una pluralità di soggetti portatori di interessi individuali che, pur delineando situazioni soggettive separate e distinte, presentano elementi comuni in fatto e/o diritto, tanto da formare una «classe», analogamente a quanto avviene nella connessione impropria per comunanza di questioni di fatto e/o diritto, posta a base del litisconsorzio facoltativo nelle azioni individuali soggettivamente cumulate, ai sensi dell’art. 103, comma 1, c.p.c. (22).

Ogni preconstituito e astratto approccio dogmatico si ricompone sul piano dinamico dei concreti rimedi apprestati dal legislatore, a vantaggio di una molteplicità di individui portatori di interessi omogenei (o isomorfi), con o senza la *fictio iuris* di un ente esponenziale, su cui raggruppare e nel quale sintetizzare gli interessi dei singoli, parimenti legittimati a proporre tanto l’azione collettiva risarcitoria, quanto l’azione collettiva inibitoria nell’interesse dell’intera classe, in concorso con l’ente esponenziale, chiamato anch’esso a tutelare un interesse superindividuale e, così, collettivo, che costituisce il risultato della combinazione degli interessi individuali omogenei, proprio perché denotati e connotati dall’analogia dei pregiudizi patiti, che l’omogeneità va ricercata e indagata nei *damna*, patrimoniali e non, variamente inferti a una pluralità di soggetti, come ri-

---

(22) Sulla nozione di diritto individuale omogeneo, sia pure nella pregressa disciplina del cod. cons. (artt. 37, 140 e 140-*bis* cod. cons.) v., tra moltissimi, Amadei, *L’azione collettiva inibitoria*, cit., *passim*; A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli 2013, 159 ss.; Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., 255 ss.; Menchini, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *Studi in onore di C. Punzi*, Torino, 2008, 77 ss.; Trocker, voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma 1989; Vullo, *Artt. 37, 139 e 140 cod. cons.*, in De Cristofaro, A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori – Codice del consumo e legislazione complementare*, Padova 2013, 418 ss., 926 ss.; Lepri, *Articoli 37, 139 e 140*, in Aa.Vv., *Codice del consumo. Commento al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206*, Milano 2006, 411 ss., 923 ss. Adde Caponi, *Azioni collettive, interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in questa *Rivista* 2008, 1205 ss.; Id., *Azione collettiva risarcitoria. Una letteratura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, in *Foro it.* 2008, V, 180 ss.; Carratta, *L’azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in questa *Rivista* 2008, 725 ss.

chiede la nozione, assai lata, di illecito plurioffensivo, pregiudizievole per molteplici *iura*.

L'azione di classe assurge, in tal modo, a rimedio della società individualistica postindustriale e postmoderna dell'*homo oeconomicus digitalis*, nell'inesorabile crepuscolo di ogni stabile formazione collettiva, a cominciare dal declino degli Stati, nell'era di una digitalizzazione globale e ubiqua, virtuale e universale non-luogo in cui una *techne* onnipervasiva, asimmetrica e onnipotente, prende il sopravvento sulle persone e sul *logos*, determinando finanche mutazioni antropologiche e la riduzione della *polis* al solo dio-mercato e al puro esercizio universale di biopolitica e post-diritto<sup>(23)</sup>.

Che è poi quanto si legge *apertis verbis* nelle stesse fonti europee (v., *exempli gratia*, il primo *Considerando* della direttiva UE 2020/1828, recepita in Italia con d.lgs. n. 28/2023, introducendo gli artt. 140-ter ss. cod. cons. sulla c.d. azione di classe europea): «La globalizzazione e la digitalizzazione hanno accresciuto il rischio che un ampio numero di consumatori sia danneggiato dalla stessa pratica illecita. Le violazioni del diritto dell'Unione possono arrecare pregiudizio ai consumatori. L'assenza di mezzi efficaci per ottenere la cessazione delle pratiche illecite e il risarcimento delle perdite subite dai consumatori ostacola la fiducia di questi ultimi nel mercato interno».

Il risarcimento dei danni e le restituzioni sono, dunque, rimedi alle patologie nel funzionamento del mercato globale e alle condotte illecite delle imprese. L'accesso collettivo alla giustizia da parte di soggetti che abbiano patito individualmente danni di scarsa entità svolge anzitutto una funzione deterrente, intesa a inibire attività fraudolente e dannose verso il largo pubblico dei consumatori e degli utenti, prevenendo violazioni pluri-offensive, che consentono agli autori dell'illecito di realizzare ingenti guadagni contando sull'inerzia reattiva delle vittime individuali, alle prese con danni patrimoniali poco significativi o con quotidiani disagi e preoccupazioni difficilmente monetizzabili.

Il mercato economico-finanziario, tecnologico, digitale e globale, mostra che, ove i profitti attesi e stimati siano esorbitanti, e di gran lunga, rispetto ai danni cagionati ai singoli, l'impresa, quale che sia l'attività svolta, si determina razionalmente a operare con cinica disinvoltura, sapendo di non andare incontro a reazioni o, al peggio, di dover risarcire

---

(23) V. G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna 2022; sia sentito rinviare anche a Tedoldi, *Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori*, Bologna 2021; Id., *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa 2021, dove ulteriori riferimenti; v. anche Id., *Crisi Insolvenza Sovraindebitamento*, Pisa 2022.

somme unicamente intese a compensare il controvalore dei danni patiti dai singoli, che abbiano trovato le risorse, il tempo e la voglia di intraprendere azioni individuali, aleatorie non meno che lunghe e onerose.

Un sistema di responsabilità civile che – aduggiando in un'asfittica concezione riparatoria e compensativa, ormai del tutto inidonea a reagire alle sempre più diffuse asimmetrie del mercato tecnologico-finanziario globale – ne lasci in ombra la funzione sanzionatoria e, così, deterrente, induce il danneggiante cinicamente razionale a intendere la mera compensazione dei danni come un semplice costo implicito dell'attività antigiuridica, una mera voce negativa da appostare nel fondo rischi del bilancio di esercizio<sup>(24)</sup>.

Si prenda il caso dei ripetuti e protratti disservizi ferroviari per i pendolari di *Trenord*<sup>(25)</sup>, affrontato e deciso dalla Corte di cassazione formulando il seguente principio di diritto: l'accertamento del danno non patrimoniale, rivendicato nel quadro di un'azione di classe, promossa ai sensi dell'abrogato art. 140-*bis* cod. cons., oltre all'allegazione e alla prova concreta del ricorso degli ordinari requisiti *i*) della rilevanza costituzionale degli interessi lesi, *ii*) della gravità della relativa lesione e *iii*) della non futilità dei danni – ossia che gli stessi non consistano in meri disagi, fastidi, disappunti, ansie o in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita – esige la specifica allegazione e la prova dei profili concreti dei pregiudizi lamentati, capaci di valorizzarne i tratti condivisi da tutti i membri della classe, non personalizzabili in relazione a singoli danneggiati, bensì accomunati da caratteristiche tali da giustificarne tanto l'apprezzamento seriale, quanto la gestione processuale congiuntamente rivendicata.

Principio questo che si muove nel campo dei rapporti soggettivi bilaterali e delle azioni individuali, senza cogliere la dimensione sovraindividuale e la conseguente necessità, nei rimedi collettivi e nell'azione risarcitoria di classe, di 'spersonalizzare' i danni, enucleandone i tratti comuni, che tutti e interamente s'imperniano sui *torts*, *id est* sul pregiudizio patito dal singolo, in modo seriale e parallelo con altri *homines oeconomici*. La

---

<sup>(24)</sup> Cfr. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano 1996, 16 ss.; nonché classicamente Calabresi, *The Costs. Of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London 1970; Id., *The Complexity of Torts. The case of Punitive Damages*, in Stuart Madden (edited by), *Exploring Tort Law*, New York 2005, 341 ss. In giurisprudenza v. le aperture della ben nota e già ricordata pronuncia di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit. sul riconoscimento in Italia di una condanna statunitense per *punitive damages*.

<sup>(25)</sup> Cass. 31 maggio 2019, n. 14886, in *Nuova giur. civ.* 2019, 1004, con nota di Ponzanelli; in *Corriere giur.* 2020, 952, con nota di Castaldo; in *Danno e resp.* 2019, 5, 634, con nota di Selini; in questa *Rivista* 2020, 356, con nota di Giussani.

mera considerazione atomistica e individuale del pregiudizio contraddice il requisito dell'omogeneità, legata com'è a categorie dogmatiche che non s'addicono affatto alle tutele e ai rimedi collettivi, tant'è che la Suprema Corte richiama un principio forgiato dalle Sezioni Unite per un'azione risarcitoria individuale<sup>(26)</sup>.

Le nozioni stesse di danno patrimoniale e non patrimoniale, calate nel contesto dinamico e rimediabile delle tutele collettive, assumono una differente caratterizzazione semantica e giuridica e mutano geneticamente i paradigmi della responsabilità civile e delle inerenti tutele. Il singolo può scegliere tra azione individuale – con tutti i limiti propri, per struttura e contenuto, a tale forma di tutela – e adesione a un'azione di classe che, inevitabilmente, spersonalizza e 'de-individualizza' il pregiudizio, in ragione del minimo comune denominatore dell'omogeneità, da cogliere e attuare mediante valutazione seriale, standardizzata e, per l'appunto, omogenea dei pregiudizi sofferti dai molti, da risarcire secondo criteri necessariamente equitativi e forfettari, che rifuggano da una logica meramente riparatoria e compensativa, per dare agio e finalmente respiro alla funzione sanzionatoria, deterrente e preventiva, insita nello stesso sistema delle tutele collettive, inibitorie o risarcitorie che siano.

Le tutele collettive modificano, inevitabilmente e dinamicamente, il paradigma della responsabilità civile, imponendone una radicale rivisitazione nel segno dell'effettività dei rimedi, nei quali si trovano inscindibilmente (e finalmente) rifusi profili sostanziali e processuali, artificialmente disgiunti negli svolgimenti storici dei Paesi di *civil law*.

Nel sistema dei rimedi per condotte plurioffensive non ci si può accontentare di strumenti meramente compensativi, che non funzionano e

---

<sup>(26)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur. it.* 2009, 61 e *ivi*, 2009, 317, con nota di Tomarchio; in *Corriere giur.* 2009, 1, 48; in *Danno e resp.* 2009, 19, con nota di Procida Mirabelli di Lauro e di Landini, secondo cui il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge: (a) quando la risarcibilità è prevista in modo espresso (ad es., nel caso in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato); (b) quando la risarcibilità del danno in esame, pur non essendo espressamente prevista da una norma di legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione; pertanto, soltanto la lesione di un diritto soggettivo di rilevanza costituzionale può dar luogo, fuori dei casi previsti dalla legge ordinaria, a risarcimento del danno non patrimoniale; questo costituisce sempre danno-conseguenza e necessita, come tale, di specifica allegazione e prova da parte del danneggiato; sicché risultano palesemente non meritevoli di tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, i pregiudizi che consistano in disagi, fastidi, disappunti, ansie e in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale.

mettono in crisi la praticabilità stessa della tutela collettiva. La plurioffensività è fisiologicamente contrassegnata dalla tendenza alla ripetitività del pregiudizio, che impone di perseguire l'effetto deterrente dell'illecito: la stessa idea di deterrenza altro non è che il mezzo per impedire che l'illecito si risolva in un lucro per il danneggiante<sup>(27)</sup>.

Gli è che, allo stato delle cose, l'azione collettiva risarcitoria e/o restitutoria di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. è uno strumento spuntato, anche nella versione europea di cui alla direttiva UE 2020/1828, recepita negli artt. 140-*ter* ss. cod. cons., che discorrono – *et pour cause*, dopo quanto detto – di «provvedimento compensativo» (art. 140-*quater*, comma 1, lett. e), rifuggendo da ogni possibile funzione sanzionatoria e, così, deterrente dei *punitive damages*.

8. – Come accennato, con d.lgs. n. 28/2023, in attuazione della delega conferita con legge di delegazione europea n. 127/2022, è stata recepita la direttiva 2020/1828/UE, che disciplina l'azione rappresentativa europea, esperibile soltanto dagli enti legittimati, al fine di ottenere provvedimenti inibitori e/o compensativi a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, nel caso di violazione delle disposizioni del diritto UE.

Sono stati così introdotti nel codice del consumo, a far tempo dal 25 giugno 2023<sup>(28)</sup>, gli artt. da 140-*ter* a 140-*quaterdecies* nella Parte V («*Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia*»), Titolo II.1 («*Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori*»), nonché l'allegato II-*septies*, che elenca le disposizioni europee, la cui violazione legittima gli enti esponenziali – indicati negli artt. 137, 140-*quater* e 140-*quinquies* cod. cons. – a proporre azioni rappresentative degli interessi dei consumatori, nelle sole materie di cui all'allegato II-*septies* cod. cons., finalizzate a ottenere un provvedimento inibitorio o un provvedimento

<sup>(27)</sup> Così Sassani, *Il difficile cammino*, cit.

<sup>(28)</sup> A differenza del regime transitorio degli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. per l'azione di classe generale, che si applicano soltanto alle violazioni commesse a decorrere dalla loro entrata in vigore (19 maggio 2021) – salvo possibili questioni di legittimità costituzionale ed eurounitaria – la disciplina di cui agli artt. 140-*ter* ss. cod. cons. si applica alle azioni di classe europee proposte a partire dal 25 giugno 2023 per violazioni nazionali e transfrontaliere, anche qualora tali violazioni siano cessate prima che sia stata avviata l'azione rappresentativa o qualora dette violazioni siano cessate prima della conclusione dell'azione rappresentativa, salvo che per le disposizioni attinenti alla sospensione e all'interruzione dei termini di prescrizione (cfr. gli artt. 22 e 2 dit. 2020/1828 e l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 28/2023 di recepimento).

Il che mostra *a posteriori* l'irragionevolezza della deroga operata al principio *tempus regit actum* per l'entrata in vigore della disciplina interna sull'azione di classe, tanto per gli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., quanto (a suo tempo) per l'abrogato art. 140-*bis* cod. cons.

compensativo, cioè restituzioni e/o risarcimenti (meramente compensativi e non 'punitivi').

La direttiva 2020/1828, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga e sostituisce la direttiva 2009/22/CE, declama di voler contribuire al funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, consentendo a enti legittimati, che rappresentano gli interessi collettivi dei consumatori, di proporre azioni rappresentative per l'emanazione di provvedimenti inibitori e/o di provvedimenti compensativi, nei confronti di professionisti che violino le disposizioni del diritto UE in diversi settori rilevanti nel mercato comune<sup>(29)</sup>.

Gli Stati membri designano gli enti esponenziali (sui quali v. gli artt. 140-*quater* ss. cod. cons.), legittimati a proporre azioni rappresentative per conto dei consumatori, al fine di ottenere:

*i)* provvedimenti inibitori, intesi a far cessare o vietare un'attività del professionista, che leda o possa ledere gli interessi collettivi dei consumatori o per far cessare la condotta intenzionale o negligente del professionista, quand'anche non abbia ancora prodotto danni ai consumatori;

*ii)* provvedimenti compensativi, che impongono al professionista di offrire rimedi quali un indennizzo, la riparazione, la sostituzione, una riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto e le conseguenti restituzioni e i risarcimenti, in funzione meramente compensativa, mai punitiva.

L'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (c.d. azione di classe europea), nel caso di violazione delle disposizioni nelle materie specificamente indicate nell'Allegato II *septies* cod. cons. (Allegato I dir. 2020/1828), disciplinate dal diritto UE o dalle norme di diritto interno di recepimento del diritto UE, è esperibile soltanto dagli enti legittimati, vale a dire associazioni di consumatori e utenti, iscritte in un apposito elenco pubblico ai sensi dell'art. 140-*quater* cod. cons., nonché enti pubblici cui la legittimazione sia espressamente conferita dagli Stati membri.

L'azione di classe europea si differenzia dalle azioni collettive disciplinate negli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., in quanto:

---

<sup>(29)</sup> *Exempli gratia*, danni da prodotti difettosi, clausole abusive, pratiche commerciali scorrette, garanzia dei beni di consumo, indicazione del prezzo, pubblicità ingannevole, trasporti energia elettrica e gas, telefonia mobile, turismo, commercio elettronico e servizi digitali, protezione dei dati personali, sicurezza dei prodotti, sicurezza alimentare, assicurazioni, commercializzazione a distanza di servizi finanziari, prodotti d'investimento al dettaglio, fondi di investimento, credito ai consumatori, blocchi geografici ingiustificati e discriminazione basata sulla nazionalità, ecc.

- l'ambito di applicazione non è generale *quoad subiectos et materias*, bensì circoscritto alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori nei confronti dei professionisti, nelle materie definite dall'Allegato I della dir. 2020/1828, a fronte di violazioni delle disposizioni contenute nei regolamenti UE e negli atti di recepimento delle direttive UE;

- la legittimazione attiva è limitata agli enti legittimati, iscritti in appositi elenchi, e non viene concessa ai singoli titolari di diritti individuali omogenei, come nelle azioni collettive risarcitoria/restitutoria e inibitoria, rispettivamente di cui agli artt. 840-*bis* ss. e 840-*sexiesdecies* c.p.c.;

- la legittimazione passiva è estesa a qualsiasi persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che agisce, anche tramite un altro soggetto, per fini relativi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale, laddove nelle azioni collettive di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. la legittimazione passiva spetta soltanto a imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività.

Nella disciplina delle azioni collettive risarcitoria/restitutoria e inibitoria, rispettivamente contenuta degli artt. 840-*bis* ss. e nell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.<sup>(30)</sup>:

- l'azione di classe è sempre esperibile da parte di tutti coloro che avanzino pretese risarcitorie/restitutorie in relazione a lesioni di diritti individuali omogenei di qualsivoglia genere, mentre l'azione rappresentativa europea di cui agli artt. 140-*ter* ss. cod. cons. è esperibile soltanto per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori, per violazione delle disposizioni del diritto UE;

- l'azione collettiva risarcitoria/restitutoria di cui agli artt. 840-*bis* ss. e quella inibitoria di cui all'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. è nella titolarità di ciascun componente della classe, che è legittimato a proporle assieme o in alternativa alle organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro, che

---

<sup>(30)</sup> Come detto, a differenza dell'azione di classe europea (inibitoria o compensativa), le disposizioni di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. sulle azioni collettive, tanto risarcitoria/restitutoria, quanto inibitoria (negativa o positiva), si applicano alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della loro entrata in vigore (19 maggio 2021), in deroga al principio *tempus regit processum*: con l'ulteriore problema accennato *supra*, dell'applicabilità o meno della nuova disciplina agli illeciti permanenti, nonché agli illeciti istantanei a effetti permanenti. Peraltro, tale disciplina transitoria interna appare del tutto irragionevole e presta il fianco a censure di illegittimità costituzionale e di contrarietà alla normativa europea, cui s'applica invece *de plano* il principio *tempus regit processum* e che concerne anche violazioni nazionali o transfrontaliere esaurite prima della sua entrata in vigore, determinandosi così anche un irragionevole disparità di trattamento, da far valere sia con incidente di costituzionalità dinanzi alla Consulta, sia sollevando una questione pregiudiziale eurounitaria davanti alla Corte di giustizia.

abbiano come scopo la tutela dei suddetti diritti e che siano iscritte in un elenco tenuto dal Ministero della giustizia;

- legittimati passivi alle azioni collettive di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. sono imprese ed enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle rispettive attività, laddove l'azione di classe europea è 'consumeristica' e può essere proposta, come veduto, nei confronti di qualsiasi persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che agisce, anche tramite un altro soggetto, per fini relativi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale, secondo la definizione di «professionista» dettata nello stesso art. 140-*ter*, comma 1, lett. b), cod. cons.

La disciplina procedurale dell'azione di classe europea di cui all'art. 140-*septies* cod. cons. – dettata facendo anche rinvio al rito semplificato di cognizione di cui agli artt. 281-*undecies* ss. c.p.c., con divieto di conversione nel rito ordinario – è un *patchwork* procedurale finanche peggiore di quello congegnato per le azioni collettive risarcitoria/restitutoria e inibitoria, rispettivamente negli artt. 840-*ter* e 840-*quinquies* e nell'art. 840-*sexiedecies* c.p.c., con annessi rinvii (in un *puzzle* normativo neppure aggiornato alla riforma del c.p.c., operata con d.lgs. n. 149/2022).

L'art. 140-*octies* cond. cons. concerne i provvedimenti inibitori, stabilendo che l'ente legittimato possa richiedere:

- la cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva posta in essere in violazione delle disposizioni a tutela dei consumatori di cui all'allegato II-*septies* cond. cons.;

- ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate (c.d. inibitoria positiva);

- la pubblicazione su uno o più quotidiani del provvedimento o di una rettifica.

L'ente legittimato non ha l'onere di provare la colpa o il dolo del professionista né le perdite o i danni effettivi subiti dai singoli consumatori e può chiedere l'adozione di provvedimenti provvisori, con l'applicazione delle disposizioni del c.p.c. in materia di procedimenti cautelari, i quali perdono efficacia nel caso di inammissibilità o rigetto, anche non definitivi, della domanda inibitoria di merito.

L'azione rappresentativa inibitoria può essere proposta soltanto dopo che siano decorsi quindici giorni dalla richiesta di cessazione del comportamento lesivo, rivolta dagli enti legittimati al professionista.

Il giudice, ai sensi dell'art. 140-*terdecies* cond. cons., sia nel caso di provvedimenti inibitori sia nel caso di provvedimenti provvisori, adotta misure di coercizione indiretta, consistenti nella fissazione di un termine per l'adempimento, con la previsione del pagamento di una somma di

denaro (da 1.000 a 5.000 euro per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo), a favore non dell'ente legittimato, bensì dei Ministeri della giustizia e dello sviluppo economico.

L'art. 140-*novies* cod. cons. prevede la possibilità per gli enti legittimati di proporre azioni rappresentative, oltre che per ottenere provvedimenti inibitori (negativi o positivi), anche per ottenere provvedimenti 'compensativi' a tutela degli interessi dei consumatori danneggiati.

I provvedimenti compensativi, secondo la definizione di cui all'art. 140-*ter*, comma 1, lett. h), cod. cons., sono misure volte a rimediare al pregiudizio subito dai consumatori, attraverso il pagamento di una somma di denaro, la riparazione, la sostituzione, la risoluzione del contratto, la riduzione o il rimborso del prezzo, confermando in tal modo la funzione meramente 'compensativa' del risarcimento azionabile dall'ente esponenziale, con esclusione di ogni funzione sanzionatoria e di deterrenza collegata al risarcimento 'punitivo' (v. *supra*).

Una disciplina, insomma, retrograda e del tutto insoddisfacente rispetto alle esigenze di colmare le sempre più gravi e diffuse asimmetrie cognitive, negoziali, economiche, tecnologiche e finanziarie che connotano i rapporti tra professionisti e consumatori, anche in quell'ottica *ESG, Environmental, Social and Governance*, declamata ai quattro venti in modo prettamente esornativo, anziché realmente perseguita nella normativa e nei fatti.

In ogni caso, «*adelante, Pedro, si puedes*»...

ANDREA SIMONCINI

Professore ordinario nell'Università di Firenze

## LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DELLA GIUSTIZIA PREDITTIVA. RIFLESSIONI SU INTELLIGENZA ARTIFICIALE E PROCESSO

SOMMARIO: 1. *Actio finium regundorum*. Cosa intendiamo con “Giustizia predittiva”? – 2. L'arrivo dell'Intelligenza Artificiale Generativa (*ChatGpt*). – 3. Quali principi costituzionali per la giustizia predittiva. – 4. Come “ragiona” un algoritmo? *Post hoc ergo propter hoc*: correlazione e causazione nelle decisioni algoritmiche. – 5. Art. 24 Cost. Trasparenza e comprensibilità degli atti giuridici adottati da algoritmi decisionali e il principio costituzionale di tutela dei diritti. – 6. Art. 111, comma 6, Cost. L'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari. – 7. Art. 101, comma 2, Cost. I giudici sono soggetti solo alla legge. – 8. Art. 3 e 111, comma 2, Cost. Il giudice imparziale. – 9. Conclusione.

«*Let the jury consider their verdict,*” the King said, for about the twentieth time that day.

“No, no!” said the Queen. “Sentence first-verdict afterwards.”

“Stuff and nonsense!” said Alice loudly.

“The idea of having the sentence first!”»<sup>(1)</sup>.

1. – L'impatto della tecnica sull'“esperienza giuridica”<sup>(2)</sup> prima ancora che sul diritto (per evocare una prospettiva metodologica cara a due padri della dottrina giuridica italiana quali Giuseppe Capograssi<sup>(3)</sup> e Paolo Grossi<sup>(4)</sup>) è indubbiamente profondo e radicale, tanto quanto lo è

---

<sup>(1)</sup> L. Carroll, *Alice nel paese delle meraviglie*, (trad. it. a cura di Luigi Lunari, testo a fronte), Milano 2023, 208.

<sup>(2)</sup> Su questo tema, in generale, sia consentito rinviare a A. Simoncini, *La dimensione giuridica nell'era del dominio tecnico. La lente dell'esperienza giuridica*, in O. Roselli (a cura di), *Alla ricerca della dimensione giuridica. In ricordo di Paolo Grossi*, in corso di pubblicazione.

<sup>(3)</sup> G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica*, Maglione, Roma 1932; a riguardo, si veda la recentissima ripubblicazione a cura di V. Omaggio per i tipi *I classici del diritto*, Napoli 2023.

<sup>(4)</sup> Per una recente ricostruzione dell'impiego della nozione di *esperienza giuridica* nel pensiero di Paolo Grossi, si veda P. Costa, *Il diritto come «esperienza giuridica» la filosofia di Capograssi nello specchio della storiografia grossiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del*

l'impatto sulla nostra esperienza comune umana e sociale<sup>(5)</sup>.

Le nuove tecnologie emergenti, soprattutto quelle legate alla cosiddetta rivoluzione digitale e alla conseguente "datificazione" della società<sup>(6)</sup>, stanno trasformando in modo irreversibile e trasversale le relazioni sociali e questo non può che riverberarsi sul fenomeno giuridico in maniera altrettanto pervasiva<sup>(7)</sup>.

Com'è stato efficacemente osservato, «i robot entreranno a far parte prepotentemente della nostra vita quotidiana. La loro interazione con noi sarà profonda poiché, al contrario della rivoluzione informatica (che ne ha costituito una premessa tecnologica e culturale fondamentale) la robotica è fisicamente pervasiva e implica un sistematico contatto (in senso letterale) tra uomo e macchina. I robot guideranno auto, aerei e navi. Saranno presenti nelle nostre case e interagiranno con i nostri cari (in particolare anziani e bambini) gestiranno in modo autonomo interi settori della produzione industriale, affiancheranno (o forse sostituiranno!) i chirurghi umani al tavolo operatorio»<sup>(8)</sup>.

E se affiancheranno i chirurghi, perché non affiancare anche giudici e avvocati?

Proprio per questo loro carattere diffuso e "trasversale" è ragionevole prevedere un vasto impatto di queste nuove tecnologie in tutti i settori del diritto: dalla sua creazione, alla sua interpretazione, fino alla sua applicazione.

Il tema che vorremmo affrontare, dunque, si colloca all'interno di questa più ampia "rivoluzione"<sup>(9)</sup> e viene abitualmente indicato con la locuzione "giustizia predittiva".

Con questa espressione intendiamo, per ora genericamente, l'applicazione di algoritmi di tipo predittivo, normalmente generati da sistemi di Intelligenza Artificiale (IA), alla funzione giudiziaria.

*pensiero giuridico moderno* 2023, LII, 67-94, ovvero P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di storia del diritto*, Padova 1968 o P. Grossi, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 2006, 13-40.

<sup>(5)</sup> Per tutti, L. Floridi, *The fourth revolution: How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford (UK) 2014.

<sup>(6)</sup> J. Van Dijck, *Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology*, in *Surveillance & society* 2014, XII, 2, 197-208.

<sup>(7)</sup> Sia consentito il riferimento ad A. Simoncini, E. Longo, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, a cura di H.-W. Micklitz e al., Cambridge (UK) 2021, 27-41.

<sup>(8)</sup> A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, in *Decisione Robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2019, 50.

<sup>(9)</sup> G. Balbi, *L'ultima ideologia: Breve storia della rivoluzione digitale*, Roma-Bari 2022.

La domanda, più precisamente, alla quale vorrei rispondere, è se tale applicazione possa essere considerata compatibile con il nostro sistema costituzionale e a quali condizioni.

Ma per provare ad avviare una riflessione sensata su questa domanda occorrerà, innanzitutto, cercare di delimitare correttamente il tema, giacché l'uso dell'espressione "giustizia predittiva" non è affatto univoco ed anzi sovente viene utilizzato in maniera inesatta o foriera di equivoci<sup>(10)</sup>.

In primo luogo, il tema della giustizia predittiva andrà tenuto ben distinto dalla prospettiva della cosiddetta "decisione robotica giudiziaria"<sup>(11)</sup> o dei "robogiudici"<sup>(12)</sup>; ovverosia da quelle ipotesi, variamente formulate, in cui viene prefigurata la sostituzione completa del giudice umano con una macchina<sup>(13)</sup> e, conseguentemente, la creazione di procedure di carattere giurisdizionale, interamente automatizzate o comunque costituite esclusivamente da apparati e sistemi tecnologici<sup>(14)</sup>.

<sup>(10)</sup> *Ex plurimis*, si v. M. Palmirani, S. Sapienza, C. Bompreszi, *Il ruolo dell'Intelligenza Artificiale nel sistema giustizia: funzionalità, metodologie, principi*, in *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline. Diritto e Intelligenza Artificiale*, a cura di M. Palmirani, S. Sapienza, Milano 2022, 1-36; A. Garapon, J. Lasségue, *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Francia 2018, trad. it. *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, 2021; A. Santosuosso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. it.* 2022, VII, 1760-1782; M. Barberis, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review* 2022, II, 1-18; F. Bex, H. Prakken, *Can predictive justice improve the predictability and consistency of judicial decision-making?*, in *Legal knowledge and Information Systems*, a cura di E. Schweighofer, Amsterdam (NL) 2021, 207-213; M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC* 2018, III, 872-893.

<sup>(11)</sup> Sul tema, in generale, si veda il volume a cura di A. Carleo, *Decisione robotica*, cit.

<sup>(12)</sup> M. Tegmark, *Vita 3.0 Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, trad. it. di *Life 3.0 Being Human in the Age of the Artificial Intelligence*, New York (USA) 2017, a cura di V.B. Sala, Milano 2018, 143, citato in A. Carratta, *Decisione robotica e valori del processo*, in questa *Rivista* 2020, 496.

<sup>(13)</sup> Luciani (nel suo saggio *La decisione giudiziaria robotica*, in A. Carleo, *Decisione robotica*, cit., p. 64) distingue «l'ipotesi estrema della sostituzione integrale della macchina all'essere umano» sulla quale appunta le sue considerazioni decisamente critiche, dalla «questione della desiderabilità/praticabilità di una sostituzione parziale (...) o comunque ancillare alla decisione umana» sulla quale invece ci soffermiamo nel testo.

<sup>(14)</sup> Affronta con chiarezza la questione della possibilità «che in un futuro più o meno lontano si abbia una decisione giudiziale interamente robotica e cioè prodotta dalla sola applicazione di un sistema algoritmico» e le sue implicazioni sul piano giuridico, distinguendole dal tema di ciò che «funge da contorno e da ausilio all'attività decisoria», Antonio Carratta in A. Carratta, *Decisione robotica e valori del processo*, cit., 491 ss. (in particolare p. 495). Per un'ampia ricostruzione del dibattito processualistico, e non solo, sulla sostituzione del giudice con macchine basate su sistemi di Intelligenza artificiale cfr., M. Gabbiani, *Il processo civile nel prisma dell'Intelligenza Artificiale*, in *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, a cura di A. Adinolfi e A. Simoncini, Napoli 2022, 697 ss.

Molta letteratura di *science fiction* <sup>(15)</sup>, ma anche a carattere scientifico, si è cimentata con questo tema che, quantomeno per lo scorcio di secolo che ci attende, appare più un esercizio di fantasia <sup>(16)</sup> che un'analisi appoggiata a dati di fatto <sup>(17)</sup>.

Con l'espressione "giustizia predittiva" non intendiamo, quindi, la sostituzione di un giudice o di altra autorità giudiziaria con una macchina,

---

<sup>(15)</sup> È noto quanto l'immaginario collettivo su questo tema sia influenzato soprattutto dalla amplissima produzione cinematografica di carattere prevalentemente distopico, in cui si immaginano robot che sostituiscono giudici, investigatori, poliziotti, etc.; si pensi ai film *Robocop* (1987), *Judge Dredd* (1997), *Minority Report* (2002), *I Robot* (2004) e così via.

<sup>(16)</sup> A beneficio di chi studia questi temi sarà opportuno anche sfatare una sorta di mitologia estremamente diffusa e riguardante l'esistenza di uno Stato in cui – al contrario di quanto si dice nel testo – si sarebbe proficuamente già avviata la sperimentazione di un giudice interamente robotico per le cause di minore entità (al di sotto dei 7.000 euro); ci riferiamo alla Repubblica dell'Estonia (sul punto si vedano i resoconti ed i numerosi commenti: A. Bassoli *L'intelligenza artificiale applicata alla giustizia: i giudici-robot*, in *Altalex* 7 giugno 2019, <https://www.altalex.com/documents/news/2019/06/07/intelligenza-artificiale-applicata-alla-giustizia-giudici-robot>; oppure A. Dini, *Debutta in Estonia il giudice-robot: le sentenze dell'Intelligenza Artificiale*, in *Corriere delle Comunicazioni* 16 maggio 2019, <https://www.corrierecomunicazioni.it/pa-digitale/debutta-in-estonia-il-giudice-robot-eccole-sentenze-dellintelligenza-artificiale/>; oppure A.A. Martino, *Chi teme i giudici robot?*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto* 2020, II, 15 ss.) A riguardo di questa presunta sperimentazione valga la smentita ufficiale da parte dello stesso Ministero della Giustizia Estone, in data 16 febbraio 2022, in cui si afferma che «*As there have been a lot of questions relating the topic of AI Judge, we have to explain that the article about Estonian project of designing a 'Robot/Judge' in Wired from 25th of March 2019, is misleading. There hasn't been that kind of project or even an ambition in the Estonian public sector. Estonian Ministry of Justice does not develop AI robot judge for small claims procedure nor general court procedures to replace the human judge. We are still searching for ICT means to make court's workload, including administrative burden more bearable*», <https://www.just.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge>. Diversa considerazione meritano le notizie riguardanti un analogo esperimento avviato in Cina già a partire dal 2019 – le cosiddette *Internet Courts* – in cui sono in funzione corti specializzate in controversie legate alle attività svolte *online* (che includono: proprietà intellettuale, commercio elettronico, controversie finanziarie relative alla condotta *online*, prestiti acquisiti o eseguiti *online*, questioni relative ai nomi di dominio, cause relative alla proprietà e ai diritti civili che coinvolgono Internet, responsabilità del prodotto derivante da acquisti *online* e alcune controversie amministrative correlate); tali giudici – interamente sostituiti da sistemi automatici governati da algoritmi di intelligenza artificiale – sarebbero rappresentati da avatar 3D che interloquiscono con le parti ed i difensori attraverso il linguaggio naturale, su tale esperienza cfr. T. Vasdani, *Robot justice: China's use of Internet courts*, in <https://www.lexisnexis.ca/en-ca/ihc/2020-02/robot-justice-chinas-use-of-internet-courts.page>, oppure, A. Zhabina, *How China's AI is automating the legal system*, in <https://www.dw.com/en/how-chinas-ai-is-automating-the-legal-system/a-64465988>.

<sup>(17)</sup> Esercizio di fantasia, a nostro avviso, discutibile sul piano scientifico e scarsamente utile su di un piano conoscitivo: immaginare scenari del tutto futuribili e poi impegnarsi con dovizia di argomenti a dichiararne la totale incompatibilità con il nostro sistema legale o costituzionale attuale, è operazione che, nella migliore delle ipotesi, non apporta nuove conoscenze, ma può solo suggerire ipotesi di politica *de jure condendo*.

bensi il diverso fenomeno dell'impiego di sistemi automatici da parte di un giudice umano all'interno dei procedimenti in cui esso è coinvolto<sup>(18)</sup>. Prospettiva, quest'ultima, non solo più realistica quanto agli sviluppi, ma, soprattutto, ben più interessante dacché già in atto.

Ovviamente, siamo ben consapevoli – e torneremo sul punto – che un giudice, quando si trova ad utilizzare strumenti automatizzati per la sua decisione, può finire in qualche modo per essere “catturato” dalla stessa applicazione tecnologica che impiega<sup>(19)</sup> e, dunque, configurare nei fatti una sostituzione anziché un ausilio; ma anche in questa possibile distorsione, rimane pur sempre chiaro che è il giudice umano il soggetto tenuto a prendere la decisione relativa al procedimento giudiziario e non la macchina, e che quest'ultima interviene pur sempre in funzione di supporto alla sua attività<sup>(20)</sup>.

Proprio per questo suo carattere ambiguo e sfuggente, la locuzione “giustizia predittiva” aveva già attirato nel 2018 l'attenzione della Commissione sull'efficienza della giustizia del consiglio d'Europa (Cepej), che aveva pubblicato una “Carta Etica sull'impiego dell'Intelligenza Artificiale nei sistemi giudiziari”<sup>(21)</sup> nella quale già si poneva in guardia dai rischi

<sup>(18)</sup> Differisce sul piano terminologico – ma non sul piano sostanziale – la proposta di Mauro Barberis; l'acuto studioso genovese-triestino propone la distinzione tra giustizia predittiva «sostitutiva» ed «ausiliare»: la prima, è quella che qui abbiamo chiamato «decisione giudiziaria robotica», in cui la macchina prende integralmente il posto del giudice, mentre la seconda «aiuta» il giudice fornendo elementi per la sua decisione. Cfr. M. Barberis, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review* 2022, III, 2.

<sup>(19)</sup> Sul punto (ovverosia, quanto l'inserimento di un sistema automatizzato all'interno di una procedura decisionale finisca per catturare la decisione stessa), si vedano le recentissime pronunce *Schufa Holding* della Corte Europea di Giustizia (*Case C-634/21 and Joined Cases C-26/22 and C-64/22*) del 7 dicembre 2023, in cui per la prima volta si applica l'art. 22 del GDPR che vieta decisioni esclusivamente automatizzate; in queste pronunce – che non vertono su decisioni di natura giudiziaria – si assimila alla decisione *interamente* automatizzata, la decisione umana presa *sulla base* di una valutazione automatizzata, laddove, cioè, sia estremamente improbabile che il decisore umano si discosti da tale valutazione; cfr. F. Palmiotto, *Op-Ed: «Scoring» for Data Protection Rights: The Court of Justice's First Judgment on Article 22 GDPR* (*Case C-634/21 and Joined Cases C-26/22 and C-64/22*)» in *EULAWLive* 2024, <https://eulawlive.com/op-ed-scoring-for-data-protection-rights-the-court-of-justices-first-judgment-on-article-22-gdpr-case-c-634-21-and-joined-cases-c-26-22-and-c-64-22-by/>.

<sup>(20)</sup> Mentre è fortemente contrario alla prospettiva della «decisione robotica giudiziaria», apre cautamente ad un impiego degli algoritmi predittivi come «strumenti integrativi dei fatti di causa, una sorta di “ausilio tecnico” di cui il giudice-persona potrebbe servirsi negli stessi termini e con gli stessi limiti di cui può servirsi della tradizionale consulenza tecnica» A. Carratta, *Decisione robotica ...*, cit., p. 512.

<sup>(21)</sup> CEPEJ, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giu-*

connessi all'impiego di questo termine, soprattutto se, come accade di frequente, dal "predittivo" si scivola verso il "prescrittivo" (22).

In realtà, l'applicazione della tecnologia digitale alle diverse attività connesse alla funzione giudiziaria intesa in senso lato – quella che nel suo complesso andrebbe più propriamente definita "giustizia digitale" (23) – è vastissima e sempre più penetrante.

Si pensi solo – per introdurre una ulteriore distinzione – a quell'ampissimo settore che oggi va sotto il nome di "Legal Tech" (24), comprensivo delle applicazioni di queste tecnologie alle professioni legali private – avvocati, notai, consulenti, legali d'impresa –, ovvero all'impiego di sistemi basati sull'IA per gestire l'organizzazione dell'attività giudiziaria (gestire i ruoli, prevedere i carichi e le pendenze, smaltire gli arretrati, assegnare i giudici, organizzare le attività dei tribunali o delle cancellerie (25)).

In conclusione, rispetto alla digitalizzazione dell'attività giudiziaria, con il termine giustizia predittiva intendiamo un segmento ben specifico: quello delle tecnologie predittive utilizzate nell'attività decisoria da parte dei giudici, intesi, questi, come autorità effettivamente dotate di potere giurisdizionale. Tanto decisioni interlocutorie, quanto definitive, suscettibili di passare in giudicato o meno, prese da giudici ordinari, speciali ovvero da arbitri (26).

#### a) Giustizia predittiva: nozione descrittiva

Orbene, gli algoritmi predittivi possono essere usati nelle decisioni giudiziali, in due modi.

*diziari e negli ambiti connessi*, CEPEJ (2018)14, 3 dicembre 2018 (<https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>).

(22) La Carta etica della CEPEJ parla della necessità di «(p)recludere un approccio prescrittivo e assicurare che gli utilizzatori siano attori informati e abbiano il controllo delle loro scelte»; sul punto si vedano le osservazioni in A. Carratta, *Decisione robotica...*, cit., 494.

(23) Seguendo l'indicazione della recente riflessione di E. Longo, *Giustizia digitale e Costituzione: riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, Milano 2023, cui ci rinviamo per una più generale disamina.

(24) R.E. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford 2019; M. Hartung, M.-M. Bues, G. Halbleib, *Legal Tech: die Digitalisierung des Rechtsmarkts*, Munich 2018; J. Wagner, *Legal Tech und Legal Robots: Der Wandel im Rechtswesen durch neue Technologien und Künstliche Intelligenz*, 2020.

(25) Molte delle attività in questione sono state descritte in European Commission – Directorate-General for Justice and Consumers, *Study on the use of innovative technologies in the justice field*, Brussels, 7/4/2020, [https://commission.europa.eu/document/download/86d54db3-79f6-432b-8219-9ea8a4631ca5\\_en](https://commission.europa.eu/document/download/86d54db3-79f6-432b-8219-9ea8a4631ca5_en).

(26) *Ex plurimis* si v.: T. Sourdin, J. Meredith, B. Li, *Digital technology and justice: the use of justice apps*, Londra (UK) 2021; M. Libertini, M.R. Maugeri, E. Vincenti, *Intelligenza artificiale e giurisdizione ordinaria. Una ricognizione delle esperienze in corso*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, a cura di A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci, Bologna 2021, II, 483-515.

Soprattutto agli albori del suo impiego, con il termine giustizia predittiva<sup>(27)</sup> si è intesa principalmente la possibilità di prevedere – “predire”, appunto – la decisione di un giudice, prima che questo si pronunci, sulla base dei suoi – ovvero altrui – precedenti.

In questa direzione, vasta eco ha avuto un lavoro scientifico pubblicato – ormai qualche anno fa<sup>(28)</sup> – in cui veniva descritto un sistema in grado di prevedere il risultato delle decisioni della Corte Europea dei Diritti Umani, con riferimento alle principali violazioni; il modello presentava un’accuratezza generale del 75%, riuscendo ad anticipare i risultati delle decisioni solo sulla base dei nomi dei giudici coinvolti; tecniche che, d’altronde, già da molto tempo erano state applicate alle decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>(29)</sup>.

In questa accezione “descrittiva”, le tecniche di giustizia predittiva, basandosi sul carattere della “calcolabilità e prevedibilità” del diritto<sup>(30)</sup>, consentono ad un osservatore (interno ovvero esterno al giudizio) di anticipare la decisione futura, conoscendo soltanto i fatti e i giudizi già decisi in precedenza.

Ovviamente, quanto più i giudizi sono “tipizzati”, le *causae petendi* ed i *petita* seriali, tanto più queste predizioni saranno accurate<sup>(31)</sup>.

Quanto più, invece, rilevano gli elementi fattuali e la loro qualificazione, ovvero se la decisione è presa non secondo diritto ma si sposta verso il canone dell’equità<sup>(32)</sup>, tanto più la percentuale di errore può aumentare.

<sup>(27)</sup> Per una rassegna, cfr., C. Castelli e D. Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Questione Giustizia* 2018, IV, 154 ss.

<sup>(28)</sup> L’applicazione di algoritmi di *machine learning* al fine di predire l’esito delle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo è stato documentato in due importanti studi: N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preoțiuc-Pietro, V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science* 2016, II, 2-19; M. Medvedeva, M. Vols, M. Wieling, *Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights*, in *Artificial Intelligence and Law* 2020, II, 237-266.

<sup>(29)</sup> F. Kort, *Predicting Supreme Court Decisions Mathematically: A Quantitative Analysis of the «Right to Counsel» Cases*, in *American Political Science Review* 1957, I, 1-12.

<sup>(30)</sup> A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017.

<sup>(31)</sup> Si pensi a quanto documentano esempi come il British Columbia Civil Resolution Tribunal canadese di cui parla E. Longo, *Giustizia digitale e Costituzione: riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, cit.

<sup>(32)</sup> Un problema già evocato da M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, cit. e sul quale sono stati già effettuati alcuni esperimenti, tesi soprattutto a distinguere l’equità dall’efficienza economicamente intesa. Si v. F. Romeo, *Algoritmi di giustizia ed equità. Quando razionalità ed emozionalità convergono*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale* 2021, I, 1-18.

## b) Giustizia predittiva: nozione prescrittiva

Vi è poi una seconda accezione del termine giustizia predittiva che si colloca all'interno dell'attività giurisdizionale e che dev'essere presa in attenta considerazione. Mi riferisco ai casi in cui il giudice utilizzi gli algoritmi predittivi come supporto per lo svolgimento di parti – anche rilevanti – della propria attività decisionale.

È chiaro che qui prende il suo avvio quello “scivolamento” da algoritmi predittivi ad algoritmi prescrittivi rispetto al quale la CEPEJ del CoE mette in guardia, e che oggi si sta diffondendo con grande rapidità.

Il caso ancor oggi più noto in materia è quello deciso da un giudice statunitense del Wisconsin che, in un processo penale, ha utilizzato un programma di IA per definire la probabilità di recidiva di un imputato<sup>(33)</sup>; il *software* impiegato – tutt'ora in commercio<sup>(34)</sup> – fornisce un profilo di rischio dell'imputato (articolato in: basso – medio – alto); profilo che rappresenta un indicatore della probabilità dei possibili comportamenti futuri dell'imputato.

In questo caso, la decisione finale è stata presa dal giudice, il quale – come si legge nella sentenza della Corte Suprema del Wisconsin, dinanzi alla quale la decisione è stata impugnata – non ha utilizzato esclusivamente l'indicatore prodotto dal *software* per decidere, bensì ha valutato l'indicatore alla stregua degli altri elementi sui quali ha basato la sua decisione<sup>(35)</sup>.

Questi sistemi tecnologici – ovvero analoghi – inseriti, come si vede, all'interno del processo decisionale del giudice, vanno anch'essi sotto l'etichetta di giustizia predittiva, che proporrei di qualificare come “prescrittiva”, per distinguerla dall'altra tipologia, “esterna” alla decisione processuale, di natura “descrittiva” e puramente “osservazionale”.

<sup>(33)</sup> Wisconsin Supreme Court, 13 luglio 2016, *State vs. Loomis*, case n. 2015AP157CR, 881 N.W. 2d 749 ss. ([www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=171690](http://www.wicourts.gov/sc/opinion/DisplayDocument.pdf?content=pdf&seqNo=171690)). Si v. per un commento A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.* 2019, I, 87-106.

<sup>(34)</sup> Il «*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*» (COMPAS) è uno strumento di gestione dei casi e di supporto alle decisioni sviluppato e di proprietà di Northpointe (ora Equivant) utilizzato dai tribunali statunitensi per valutare la probabilità di recidiva di un imputato. Sul funzionamento di COMPAS esiste una letteratura sterminata. Il tema ha avuto una vasta eco mondiale a seguito della indagine giornalistica di J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, J. Angwin, *How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm*, in *ProPublica* 2016, V. Si v. *infra multis* T. Brennan, W. Dieterich, *Correctional offender management profiles for alternative sanctions (COMPAS)*, in *Handbook of recidivism risk/needs assessment tools*, a cura di J.P. Singh e al., Hoboken (USA) 2018, 49-75; A. Simoncini, E. Longo, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, cit.

<sup>(35)</sup> *State vs. Loomis*, cit.

Le riflessioni di carattere costituzionale che seguiranno, si appunteranno esclusivamente su questa seconda nozione prescrittiva di giustizia predittiva, dal momento che essa configura non tanto uno strumento descrittivo per la previsione dell'orientamento futuro di questa o quella giurisdizione, bensì uno strumento cognitivo in grado di incidere sulla singola decisione giudiziaria e, dunque, sui diritti (di una o più persone) in discussione.

2. – Su questo scenario che abbiamo sommariamente ripercorso, si è abbattuto di recente il “ciclone” *ChatGpt*.

Con questa *chatbot* <sup>(36)</sup> arriva sulla scena – e sul mercato – quella che tecnicamente è definita “IA generativa” <sup>(37)</sup>, ovverosia algoritmi non solo capaci di analizzare i dati esistenti, riconoscere le ricorrenze ed effettuare previsioni, bensì in grado di creare nuovi dati, come immagini, video, audio, modelli 3D ed anche testi (in questo senso “generativo”).

Prima di dividersi in fazioni – genericamente quanto immotivatamente – tecno-entusiaste o tecno-catastrofiste, occorrerà innanzitutto cercare di comprendere. Dunque, in breve, cosa fanno questi nuovi sistemi ed in cosa si distinguono dai precedenti?

Essi – attraverso sofisticate tecniche di c.d. *machine learning* <sup>(38)</sup> – apprendono dai dati con i quali vengono addestrati e a loro volta ne creano di nuovi. Non ci troviamo, perciò, dinanzi a cloni o copie dei dati inseriti, bensì a contenuti in sé unici; generati rilevando, all'interno dei dati inseriti le correlazioni e, sulla base di esse, producendone di nuovi.

Per comprendere, valga un esempio.

---

<sup>(36)</sup> Nella Enciclopedia Treccani – sezione Neologismi – per «*chatbot*» si intende un programma informatico in grado di interagire direttamente con l'utente tramite linguaggio vocale; vedi [https://www.treccani.it/vocabolario/chatbot\\_%28Neologismi%29/](https://www.treccani.it/vocabolario/chatbot_%28Neologismi%29/).

<sup>(37)</sup> «*Generative AI (GenAI) is a type of Artificial Intelligence that can create a wide variety of data, such as images, videos, audio, text, and 3D models. It does this by learning patterns from existing data, then using this knowledge to generate new and unique outputs. GenAI is capable of producing highly realistic and complex content that mimics human creativity, making it a valuable tool for many industries such as gaming, entertainment, and product design. Recent breakthroughs in the field, such as GPT (Generative Pre-trained Transformer) and Midjourney, have significantly advanced the capabilities of GenAI. These advancements have opened up new possibilities for using GenAI to solve complex problems, create art, and even assist in scientific research*»; definizione tratta da: <https://generativeai.net/>.

<sup>(38)</sup> Sul funzionamento dell'IA generativa si veda la descrizione offerta dagli stessi ricercatori di OpenAI, disponibile in A. Radford, J. Wu, R. Child, e al., *Language Models are Unsupervised Multitask Learners*, in *OpenAI* 2019.

Alcune tra le prime applicazioni di IA generativa consistevano nel chiedere alla macchina di generare dei dipinti “alla Van Gogh”, dopo aver addestrato l’algoritmo con i dipinti di Van Gogh<sup>(39)</sup>, ovvero di generare nuove canzoni “stile-Beatles” dopo aver inserito tutte le canzoni esistenti dei Beatles<sup>(40)</sup>; la fase ulteriore è stata quella di passare a creare nuovi disegni “originali” – cioè non ispirati ad un modello particolare – sulla base dei testi o delle immagini inserite<sup>(41)</sup>.

L’algoritmo così addestrato produce dipinti o canzoni che non sono copie, ma prodotti formalmente inediti<sup>(42)</sup>, creati sulla base delle correlazioni rilevate nei data base su cui è stato addestrato. Ovviamente quanto più è ampio e variegato il dataset di addestramento della macchina, tanto più si può spaziare nelle domande.

E così, per gradi, si è arrivati a *ChatGpt*, che oggi indubbiamente rappresenta l’esempio più noto di IA generativa; applicazione prodotta dalla società *OpenAI*<sup>(43)</sup> e che, come dice il nome stesso, rappresenta un Trasformatore Generativo Pre-addestrato (*Generative Pre-trained Transformer –GPT*).

In realtà *ChatGpt* non è il solo prodotto del genere, va affiancato quantomeno BARD<sup>(44)</sup>, il sistema di intelligenza artificiale generativa prodotto dal concorrente Google, con caratteristiche del tutto simili; a non voler considerare il numero crescente dei sistemi di IA Generativa “minori”<sup>(45)</sup> e tenendo conto, altresì, del mercato cinese notoriamente

<sup>(39)</sup> È il servizio venduto dalla «Nightcafe» e descritto come «*Create jaw-dropping art in seconds with AI*» (<https://creator.nightcafe.studio/creation/M7JwPMu9z3vt0RKrLx3U>).

<sup>(40)</sup> Persino Paul McCartney, come documenta TechCrunch, pare abbia utilizzato un sistema di IA per comporre una nuova canzone «dei Beatles» (Darrell Etherington, *Paul McCartney used AI to make a new Beatles song*, in *TechCrunch*, disponibile all’indirizzo <https://techcrunch.com/2023/06/13/paul-mccartney-used-ai-to-make-a-new-beatles-song>).

<sup>(41)</sup> DALL-E Open Ai, cfr. <https://en.wikipedia.org/wiki/DALL-E>.

<sup>(42)</sup> Ovviamente l’utilizzo di testi già pubblicati, per l’addestramento di queste *chatbot* sta ponendo seri problemi di tutela della proprietà intellettuale degli autori utilizzati in tale addestramento: cfr. *In Hollywood writers’ battle against AI, humans win (for now)* <https://apnews.com/article/hollywood-ai-strike-wga-artificial-intelligence-39ab72582-c3a15f77510c9c30a45ffc8>; oppure la causa intentata dal *New York Times* contro OpenAI società produttrice di *ChatGpt*, vedi *New York Times sues Microsoft, ChatGpt maker OpenAI over copyright infringement*, in <https://www.cnn.com/2023/12/27/new-york-times-sues-microsoft-chatgpt-maker-openai-over-copyright-infringement.html>.

<sup>(43)</sup> Società nata nel 2015 come non-profit finanziata da molte tra le principali «*big tech*» con l’obiettivo di studiare le applicazioni positive della AI, ma che nel 2019 diventa una società commerciale; infine acquistata nel 2023 dalla società Microsoft per una cifra attorno ai 10 miliardi di USD.

<sup>(44)</sup> Google Bard è disponibile all’indirizzo <https://bard.google.com>.

<sup>(45)</sup> Sul mercato oggi sono già disponibili moltissime applicazioni di Intelligenza Artificiale Generativa oltre le due principali (*ChatGpt* e BARD); per una analisi delle più

“separato”<sup>(46)</sup>.

Il fattore di successo decisivo di questi sistemi tipo “*ChatGpt*” è che essi sono addestrati ed interagiscono con gli utenti umani utilizzando il linguaggio naturale e, quindi, producono risposte altrettanto in linguaggio naturale, ovverosia, testi scritti, espressioni di senso compiuto, contenuti ed argomenti.

Come nell’esempio dei dipinti di Van Gogh, anche questa chat è stata addestrata su dei dati pre-esistenti, ma quali esattamente?

Abbiamo posto direttamente la domanda allo stesso *ChatGpt*; questa è stata la risposta:

“*ChatGpt* è stato addestrato su una vasta gamma di dataset raccolti da internet. Questi dataset includono conversazioni sui social media, forum di discussione online, siti *web* di domande e risposte e altre fonti pubblicamente disponibili di testo. Inoltre, il modello è stato anche sottoposto a un addestramento fine-tuning su dataset specifici per determinati compiti, come il dialogo conversazionale o la risposta alle domande. I dettagli esatti dei dataset utilizzati per addestrare *ChatGpt* non sono pubblicamente divulgati, in quanto sono informazioni proprietarie di *OpenAI*”<sup>(47)</sup>.

Si potrebbe certamente discutere la correttezza di questa risposta, soprattutto sotto il profilo del rispetto della protezione dei dati personali<sup>(48)</sup>, ma ai nostri fini interessa soprattutto sottolineare che il “mondo” nel quale è “cresciuto” ed è stato “educato” l’algoritmo prodotto da *OpenAI* è quello costituito dalla rete Internet e dalle banche dati disponibili su *web*, nonché, dalle conversazioni o dai documenti scambiati nelle piattaforme dei social media.

promettenti si veda, tra i tanti articoli in rete, <https://www.financialounge.com/news/2023/01/31/non-solo-ChatGpt-ecco-la-nostra-guida-alle-migliori-app-di-intelligenza-artificiale/>.

<sup>(46)</sup> Com’è noto, la Cina ha vietato sul suo territorio l’accesso a *ChatGpt* o a simili algoritmi (cfr. <https://asia.nikkei.com/Business/China-tech/China-tells-big-tech-companies-not-to-offer-ChatGpt-services>), consentendo però lo sviluppo modelli di intelligenza artificiale prodotti in Cina come ad esempio ERNIE, prodotto dalla piattaforma BAIDU (<http://research.baidu.com/Blog/index-view?id=185>); sulla singolare vicenda connessa alla «*ChatGpt* cinese filo-maoista» si veda S. Pietropaoli, e A. Simoncini, *Ernie: l’algoritmo «comunista» e il futuro che (non) vogliamo per l’IA*, in [www.agendadigitale.eu](http://www.agendadigitale.eu) 2023.

<sup>(47)</sup> “Prompted” il 25 maggio 2023: <https://chat.openai.com/>.

<sup>(48)</sup> A tal riguardo, si veda il provvedimento del Garante per la Protezione dei Dati Personali n. 112 del 30 marzo 2023, con il quale l’Autorità ha disposto la limitazione provvisoria del trattamento dei dati degli utenti italiani nei confronti di *OpenAI*, la società statunitense che ha sviluppato e gestisce la piattaforma, aprendo, contestualmente, un’istruttoria. Le ragioni del provvedimento di urgenza sono, da un lato, la raccolta di dati personali in violazione della normativa GDPR e, dall’altro, l’assenza di sistemi di verifica effettiva dell’età degli utenti.

Orbene, dato che la stragrande maggioranza delle sentenze ha forma scritta, ed anche nei (limitati) casi in cui possono essere rese oralmente<sup>(49)</sup>, deve comunque rimanerne traccia per iscritto nel verbale d'udienza, l'arrivo di queste nuove applicazioni dell'IA generativa basate sui testi e sulle loro correlazioni statistiche, amplificano enormemente le applicazioni alla funzione giudiziaria, quantomeno a quella che assume forma scritta.

La nozione di “giustizia predittiva”, dunque, oggi dovrà essere ulteriormente ampliata per ricomprendere al suo interno anche questi nuovissimi sistemi tecnici; è evidente, infatti, che utilizzare tecnologie del tipo *ChatGpt* o BARD come strumenti ausiliari di giustizia predittiva apre uno scenario del tutto inedito rispetto a quelli sin qui esaminati.

Anche in questo caso, per comprendere aiutiamoci con un esempio.

Un conto è che un giudice chieda ad un algoritmo di individuare i precedenti rilevanti e di selezionare le massime giurisprudenziali pertinenti, oppure che lo stesso giudice chieda ad un *software* di misurare la probabilità di recidiva di un imputato e utilizzi questi dati per decidere. Tutt'altro scenario è quello in cui il giudice inserisca in una chat i fatti di cui è causa e chieda all'algoritmo, addestrato sulla base dei testi delle precedenti decisioni e delle norme vigenti, di generare il testo della decisione<sup>(50)</sup>.

A scanso di equivoci: in questo caso il giudice – tecnicamente – non chiede a *ChatGpt* di “decidere”, giacché l'algoritmo non è in grado di prendere una decisione simulando la capacità cognitiva e volitiva dell'uomo; più precisamente chiede di generare il testo di una sentenza (motivazione e dispositivo) che dia una soluzione alla causa, sulla base della quantità (potenzialmente quasi infinita) di testi sulla cui base l'algoritmo è stato addestrato.

Un po' come accade nel mondo surreale di Alice nel paese delle Meraviglie, quando la Regina cattiva chiede ai giudici che prima scrivano la sentenza e solo dopo decidano chi è colpevole<sup>(51)</sup>.

<sup>(49)</sup> Si pensi, per il processo civile, al modulo decisorio *ex art. 281-sexies* c.p.c.

<sup>(50)</sup> Avverando così l'immagine incredibilmente profetica di uno scrittore per molti versi visionario come Giovanni Papini, che nel lontano 1951 descriveva così un – immaginifico – tribunale elettronico. Si trattava di un «attrezzo giuridico» che «ha una facciata di sette metri, è montato su una parete di fondo della maggiore aula del tribunale. Giudici, avvocati e cancellieri non siedono ai loro posti, ma nelle prime file del pubblico, come semplici spettatori. La macchina non ha bisogno di loro: è più precisa, infallibile dei loro piccoli cervelli umani. L'enorme cervello ha come aiutante soltanto un giovane meccanico che conosce i segreti delle innumerevoli cellule fotoelettriche e dei 500 pulsanti di interrogazioni e di comando. Unico ricordo del passato è una bilancia di bronzo che sormonta il metallico cervello giuridico», G. Papini, *Il libro nero*, Firenze 1951, 25 ss.

<sup>(51)</sup> Cfr. *supra*, la citazione in esergo a questo articolo.

Lo scenario – quindi – è del tutto diverso rispetto alle ipotesi di “giudice elettronico” o di “sistema legale esperto” degli anni ’70<sup>(52)</sup>, in cui si immaginava di poter inserire all’interno di un calcolatore tutte le norme vigenti, per poi simulare il giudizio sussuntivo imitando il giudice umano<sup>(53)</sup>. In quella stagione il progetto era riprodurre ciberneticamente il giudizio umano, “formando” il giudice elettronico sulla base delle leggi e poi sottoponendo i fatti.

Oggi, invece, lo scenario è del tutto differente: si addestra un algoritmo con milioni di decisioni già prese (i cosiddetti *Large Language Models*) e si chiede, sulla base delle correlazioni statistiche individuate tra le parole, di “generare” un nuovo testo-sentenza, inserendo elementi di fatto e quesiti (*prompts*) forniti da un giudice-operatore.

Il caso non è di scuola o ipotetico. In Colombia un giudice civile – tal Juan Manuel Padilla – applicato ad un tribunale del lavoro di seconda istanza di Cartagena, ha utilizzato *ChatGpt* per risolvere il caso a lui affidato, poi sostanzialmente conformandosi alla risposta data dalla *Chat*<sup>(54)</sup>.

Al di là del fatto che, leggendo la decisione, si ha l’impressione che il giudice utilizzi il testo generato dalla chat soltanto come argomento *ad abundantiam*<sup>(55)</sup> rispetto alle conclusioni cui era pervenuto *alio modo*,

<sup>(52)</sup> L. Lombardi Vallauri, *Verso un sistema esperto giuridico integrale*, in *Jus* 1994, II, 2017 ss.

<sup>(53)</sup> Si pensi agli studi pionieristici di V. Frosini *Cibernetica diritto e società*, Milano 1968 e M.G. Losano *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino 1968.

<sup>(54)</sup> Sul caso si sofferma con attenzione Longo nel già citato, E. Longo, *Giustizia digitale e Costituzione: riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, cit., 14 ss. Come riferisce Longo, in buona sostanza, il giudice di seconda istanza del tribunale del lavoro di Cartagena in Colombia, Juan Manuel Padilla García, chiamato a decidere di una questione relativa al diritto di una famiglia con un minore disabile di ottenere copertura dei costi delle cure e del trasporto sostenuti per il bambino ha inserito nell’applicativo <https://chat.openai.com/chat> quattro domande attinenti al problema giuridico affrontato nella sentenza: «“¿Menor autista esta exonerado de pagar cuotas moderadoras en sus terapias?”; “¿Las acciones de tutela en estos casos se deben conceder?”; “¿Exigir en estos casos la cuota moderadora es una barrera de acceso al servicio de salud?”; “¿La jurisprudencia de la corte constitucional ha tomado decisiones favorables en casos similares?”». Leggendo il testo della sentenza emerge che le argomentazioni sviluppate dal magistrato nella sentenza aderiscono sostanzialmente alle risposte di *ChatGpt* – in realtà molto generiche –; l’idea che emerge circa l’utilità dell’impiego di tali tecnologie nel processo decisionale è quella di «aggiungere argomentazioni» una volta presa autonomamente la decisione al fine di «agevolare la risoluzioni dei casi di tutela». Al termine della motivazione, il magistrato Padilla García precisa, infatti, che lo «scopo dell’inclusione di questi testi prodotti dall’IA non è in alcun modo (...) sostituire la decisione del giudice. L’obiettivo è, invece, ottimizzare il tempo dedicato alla stesura delle sentenze, dopo aver verificato le informazioni fornite dall’IA».

<sup>(55)</sup> Cfr. E. Longo, *Giustizia digitale...*, cit., 14 ss.

questo caso ha avuto immediatamente una vasta eco mediatica<sup>(56)</sup> poiché segnala una evoluzione certamente possibile – e diremmo anche probabile –.

Prima di procedere, però, occorre ribadire che, come abbiamo osservato, questo scenario offerto dai sistemi di IA generativa rappresenta un vero e proprio “salto evolutivo” nell’impiego delle tecniche di giustizia predittiva sin qui conosciute. Fino ad ora, come abbiamo visto, alle macchine è stato chiesto di svolgere “una parte” del processo decisionale; parte che ben può risultare dirimente per il risultato finale, visto l’impianto logico consequenziale del ragionamento giudiziario, ma che pur sempre rappresenta uno solo tra gli elementi a disposizione del “prudente apprezzamento” del giudice che, quantomeno in teoria<sup>(57)</sup>, rimane libero di disattendere, discostarsi o “pesare” nel contesto della propria motivazione.

Nella prospettiva della “*generative AI*”, invece, la macchina assorbe l’intero processo decisionale e genera direttamente il testo, vale a dire il mezzo attraverso cui si manifesta la volontà<sup>(58)</sup> che, lo ricordiamo, determina pur sempre la natura della sentenza come “atto giuridico” ovvero sia “manifestazione di volontà”<sup>(59)</sup>.

<sup>(56)</sup> La vicenda ha avuto un’ampia copertura sulla stampa internazionale a partire dall’articolo di Luke Taylor sul quotidiano inglese *Guardian*, <https://www.theguardian.com/technology/2023/feb/03/colombia-judge-ChatGpt-ruling>.

<sup>(57)</sup> Altrove ho sostenuto il plus-valore pratico della decisione automatizzata una volta inserita in un iter decisionale umano, cfr. A. Simoncini, *L’algoritmo incostituzionale ed il futuro delle libertà...*, cit.

<sup>(58)</sup> Sul ruolo della manifestazione della volontà nella distinzione tra atti e fatti giuridici in generale ed in particolare negli atti giuridici in cui si utilizzino strumenti di decisione algoritmica, sia consentito rinviare a A. Simoncini *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin e D.U. Galetta, Torino 2020, 1 ss.

<sup>(59)</sup> Così, dalla prospettiva classica della teoria generale del diritto, v. F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1940, 55, per il quale «secondo il linguaggio giuridico i fatti volontari prendono il nome di atti, in quanto *agere* denota precisamente il porsi dell’uomo come causa di un modo di essere della realtà». Nella dottrina processualistica, sulla sentenza come manifestazione di volontà, cfr. il classico scritto di P. Calamandrei, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in questa *Rivista* 1932, 15 ss., ripubblicato in *Opere giuridiche*, I, a cura di M. Cappelletti, Napoli 1965, 270 ss., per il quale occorre distinguere gli effetti della sentenza come «atto giuridico» (gli effetti, cioè, «voluti dallo Stato, per mezzo del giudice suo organo») dagli effetti della sentenza come «fatto giuridico», ossia «dalla legge stessa prestabiliti e non dipendenti dal comando contenuto nella sentenza». Sui rapporti tra sentenza e volontà del giudice, cfr., inoltre, i classici studi di E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, ripubblicato in E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza, ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano 1962, 51-53; E. Enriques, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova 1937, *passim*; F.D. Busnelli, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, 1330-1331, e M. Vellani, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano 1958, 63, spec. nota 121. Su questi temi, in senso

In questa ipotesi sembrerebbe davvero realizzarsi, dietro lo “schermo” di un giudice umano, la totale sostituzione dell’attività giudiziaria, così come ipotizzato nella prospettiva della decisione robotica giudiziaria di cui abbiamo parlato in apertura<sup>(60)</sup>.

Si realizzerebbe, così, finalmente il “mito” del giudice-robot o del sistema giuridico esperto “integrale”<sup>(61)</sup>, che aveva affascinato i protagonisti della nascita dell’informatica giuridica<sup>(62)</sup> e il primo sviluppo della giuscibernetica all’inizio degli anni ’70<sup>(63)</sup>, e che poi era stato accantonato dinanzi all’evidente fallimento nella produzione di risultati efficienti.

Oggi, definitivamente abbandonata la pretesa deduttivistica, di un “cervello elettronico giudiziario”, creato inserendo al suo interno tutte le possibili norme generali ed astratte e capace di giudicare “sussumendo” le fattispecie concrete, appare sulla scena una ben più pragmatica “intelligenza artificiale giudiziaria”, addestrata induttivamente sulla base di milioni di testi di decisioni già prese e capace di rispondere alle domande che le sottoponiamo sulla base statistica delle connessioni sintattiche dei testi.

È facile prevedere, nonostante le reazioni quasi sdegnate che oggi circondano l’impiego di queste tecniche all’interno dei nostri processi, che nel segreto del proprio ufficio molti magistrati, soprattutto quelli sommersi da arretrati pesantissimi, si avvieranno ad impiegare questi strumenti. Se non per “prendere” la decisione, quantomeno per “scriverla”.

Immaginiamo, infatti, che il giudice, dopo aver inserito gli elementi fondamentali della sentenza – le parti, i fatti, le prove, i documenti, le norme ed i precedenti rilevanti – inserisca anche il dispositivo, ovvero sia il *decisum*.

In altri termini, il giudice – o i giudici del collegio – prenderanno come di consueto la loro decisione sulla base degli atti del processo, mentre a *ChatGpt* o a BARD verrà chiesto di svolgere la parte più “pesante”: quella di redigere la sentenza ovvero di scrivere la motivazione. Ed in questo caso si potrà anche imporre al sistema di Intelligenza Artificiale di rispettare puntualmente i criteri di redazione previsti dal codice<sup>(64)</sup> e quelli ulteriori

critico rispetto alla categoria degli effetti della sentenza come «fatto giuridico», v. anche S. Satta, *Gli effetti secondari della sentenza*, in questa *Rivista* 1934, 251 ss.

<sup>(60)</sup> Cfr. *supra* par. 1.1.

<sup>(61)</sup> L. Lombardi, *Verso un sistema esperto giuridico integrale...*, cit.

<sup>(62)</sup> Sull’avvio degli studi di informatica giuridica in Italia, si veda G. Peruginelli e M. Ragona (a cura di), *L’informatica giuridica in Italia. Cinquant’anni di studi, ricerche ed esperienze*, Collana ITTIG-CNR, Serie «Studi e documenti», Napoli 2014, XXIV.

<sup>(63)</sup> *Opp. cit.* V. Frosini, *Cibernetica diritto e società*; M.G. Losano, *Giuscibernetica*.

<sup>(64)</sup> Ad esempio, per il processo civile, quanto stabiliscono l’art. 132, comma 2, n. 4), c.p.c. e l’art. 118 disp. att. c.p.c. Sulla struttura della motivazione della sentenza civile, ci si

che di recente sono stati fissati proprio in vista della informatizzazione degli atti giudiziari <sup>(65)</sup> ovvero di seguire i canoni redazionali previsti quando le questioni consentano motivazioni “semplificate” <sup>(66)</sup>.

Così la tecnologia verrebbe a rappresentare una sorta di “redattore automatico” del testo della sentenza, in particolare, del suo apparato motivazionale.

3. – Dinanzi a questi scenari – sia quello degli algoritmi predittivi impiegati all’interno del processo decisionale da parte di un giudice, sia (ed a maggior ragione) quello in cui tali algoritmi sono utilizzati per redigere la decisione – la giustizia predittiva, così intesa, impone alcune riflessioni in punto di diritto costituzionale.

La questione potrebbe essere formulata nel modo seguente: quali principi di diritto costituzionale sono messi in discussione da una decisione giudiziaria sostituita – parzialmente ovvero totalmente – da un algoritmo di IA?

4. – Come “ragiona” un algoritmo di IA? Come effettua le predizioni, le valutazioni, i contenuti che poi vengono utilizzati dal giudice (ovvero lo sostituiscono)?

È ovvio che non possiamo addentrarci nel dettaglio della questione <sup>(67)</sup>, tuttavia la risposta è dirimente.

Abbiamo già detto che queste macchine “potenziate” dall’IA sono in grado di elaborare in maniera automatica quantità elevatissime di dati a velocità impensabili. Esse colgono *patterns*, ricorrenze, correlazioni, spesso del tutto invisibili ad occhi umani. In tal modo, sono in grado di prevedere statisticamente – con margini di errore a volte minimi – la probabilità del verificarsi di un evento; ma non sono in grado di spiegarne il perché.

limita a citare il classico studio di M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, e il più recente Id., *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 621 ss.

<sup>(65)</sup> Cfr. quanto recentemente è stato stabilito dall’art. 7, d.m. 7 agosto 2023, n. 110, Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l’inserimento delle informazioni nei registri del processo, ai sensi dell’articolo 46 delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile.

<sup>(66)</sup> Si vedano, a proposito, i Decreti 29 aprile 2016, n. 68 e 14 settembre 2016, n. 136 del Primo Presidente della Corte di Cassazione sulla motivazione *semplificata* delle sentenze penali e civili quando le decisioni non richiedono l’esercizio della funzione nomofilattica o attengono questioni «semplici, o prospettano motivi manifestamente infondati o fondati, o non consentiti».

<sup>(67)</sup> Per un approfondimento sia consentito il rinvio a A. Simoncini, *Il linguaggio dell’Intelligenza Artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Riv. AIC* 2023, II, 1-39.

Il principio logico sottostante le valutazioni dell'IA è la correlazione, mentre quello che regge il ragionamento umano è la causazione.

Esiste, dunque, una IA spiegabile, comprensibile ed un'altra sostanzialmente incomprensibile per un cervello umano.

Per esprimere questa idea con una terminologia più familiare per i giuristi, vi sono tipologie di IA che, pur essendo in grado di prevedere il verificarsi di un evento, non sono in grado di enunciare la legge – generale ed astratta – di cui quell'evento è una applicazione.

È proprio su questa differenza tra “correlazione e causazione” che si basa la fortuna travolgente dell'IA<sup>(68)</sup>; tanto che qualcuno, dinanzi a questo fenomeno, si è spinto a dichiarare “*the end of theory*” – la fine della teoria – “perché il diluvio dei dati rende il metodo scientifico – ancora alla ricerca delle cause – obsoleto”<sup>(69)</sup>.

Proprio questo nuovo carattere della IA ha fatto nascere un vivacissimo dibattito sia tecnico che filosofico sulla cosiddetta “XAI” acronimo inglese per *Explicable Artificial Intelligence*: IA spiegabile o, meglio, comprensibile<sup>(70)</sup>.

Non è detto, dunque, che oggi, dinanzi a sistemi tecnici in grado di fornire giudizi o valutazioni accurate, gli stessi sistemi siano in grado di fornire spiegazioni logico-causali di tali conclusioni<sup>(71)</sup>.

Per tornare ad un esempio già citato: il *software* utilizzato dal giudice del Wisconsin per determinare la probabilità di recidiva (Compas) dagli studi successivi effettuati è risultato estremamente preciso nelle sue previsioni (accuratezza oltre il 70%) anche se non è in grado di fornire una spiegazione causale delle sue previsioni<sup>(72)</sup>.

Ne consegue che utilizzare *software* del genere per valutare, ad esempio, la probabilità di recidiva, mette il soggetto “giudicato” nella non

<sup>(68)</sup> N. Cristianini, *La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano*, Bologna 2023.

<sup>(69)</sup> C. Anderson, *The End Of Theory: The Data Deluge Makes The Scientific Method Obsolete*, in *Wired* 2008.

<sup>(70)</sup> Sul punto si vedano le acute considerazioni di E. Spiller, *Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. Explainability e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in *BioLaw Journal* 2021, II, 419 ss.

<sup>(71)</sup> Ovviamente, va precisato – per completezza di analisi – che non tutte le tecniche di IA oggi in uso si fondano su metodologie di *machine learning*, ovvero sia empirico-deduttive; vero è, però, che queste ultime sono quelle più utilizzate in quel settore particolarmente sensibile per il diritto quale quello delle decisioni automatizzate (ADM Automated Decision Making). M. Palmirani, S. Sapienza (a cura di), *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline. Diritto e Intelligenza Artificiale*, Milano 2022; G. Sartor, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino 2022.

<sup>(72)</sup> *Supra*, J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, J. Angwin, *How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm*.

invidiabile situazione di vedersi assegnare un certo “*rating*” –ad esempio, “alto rischio” –ma di non poter verificare o contestare le ragioni – in senso causale – che lo hanno determinato.

5. – Il punto di partenza per una riflessione costituzionale sull’impatto dell’Intelligenza Artificiale nel processo è, a nostro avviso, l’art. 24 Cost.<sup>(73)</sup> che, come noto, riconosce a tutti il diritto di agire per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e qualifica come “inviolabile” questo diritto di difesa.

Ci muoviamo, perciò, nell’ottica generale di una interpretazione costituzionale *ut magis valeat*<sup>(74)</sup> dell’art. 24 e delle disposizioni costituzionali connesse, rispetto alle decisioni tecnologicamente assistite<sup>(75)</sup>.

Il fattore di novità rispetto alla dottrina sin qui consolidata nasce dal fatto che le lesioni dei diritti o degli interessi oggi possono derivare dall’impiego di strumenti di decisione algoritmica.

In questo nuovo scenario offerto dalla tecnologia, una applicazione effettiva ed attuale del principio costituzionale di difesa dei diritti, richiede che ogniqualevolta un soggetto – sia esso pubblico o privato, persona fisica o giuridica – impieghi un dispositivo di Intelligenza Artificiale per prendere decisioni suscettibili di interferire con un diritto o interesse<sup>(76)</sup>, chiunque subisce tale decisione ha il diritto:

a) di sapere se nella decisione è stato utilizzato uno strumento tecnologico (ovvero, il diritto ad essere informati se e quando stiamo interagendo con una macchina ovvero con un essere umano);

b) di comprendere la decisione (ovvero, il diritto di conoscere le ragioni che sostengono tale decisione).

Il primo principio derivabile dall’art. 24 – il diritto a sapere se stiamo interagendo con una macchina ovvero con un umano – potrebbe apparire a tutta prima singolare o inutile. In verità, il problema si pone e si porrà

<sup>(73)</sup> In generale sull’art. 24 Cost. e le sue diverse interpretazioni si v. A. Police, *Art. 24, in Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006, 502 ss.

<sup>(74)</sup> M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli 1982.

<sup>(75)</sup> Insiste sul punto anche A. Pajno, *L’uso dell’intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in *Biolaw Journal* 2022, I, 205-223.

<sup>(76)</sup> Ovviamente, sono estranee agli obblighi di cui parliamo nel testo, tutte quelle applicazioni di intelligenza artificiale che vengano utilizzate per prendere decisioni che non coinvolgono diritti o interessi costituzionalmente protetti; ad esempio, se impiego un *software* di intelligenza artificiale per simulare la creazione di una nuova proteina o per prevedere i casi di malfunzionamento del motore di un aereo, tali decisioni, ovviamente, esulano dalle restrizioni di cui stiamo parlando.

sempre più in un futuro, come dicevamo in apertura<sup>(77)</sup>, di profonda e crescente interazione quotidiana tra macchine e umani.

Potremmo chiamarlo principio di “trasparenza” ovvero, in maniera più appropriata, di “lealtà digitale”; principio che, significativamente, sta trovando riconoscimento positivo anche nella più recente normativa euro-unitaria<sup>(78)</sup>.

Pensiamo all’evoluzione impressionante delle tecniche di cosiddetto *deep fake*, cioè di riproduzione e manipolazione sensoriale (audio-video), per cui oggi possiamo trovarci a sostenere un esame scolastico ovvero un colloquio di lavoro oppure una visita medica con una *chatbot*, che utilizza una interfaccia “antropomorfa” e, quindi, convinti che sia un essere umano. Nulla può impedire che un numero sempre maggiore di decisioni oggi vengano delegate a delle macchine anziché essere prese da esseri umani, occorre, però, la “lealtà” di dichiararlo<sup>(79)</sup>.

<sup>(77)</sup> Cfr. *supra* nota n. 8.

<sup>(78)</sup> Si pensi ai principi in materia posti dal Regolamento GDPR (e su cui torneremo più avanti nel testo) in cui, ad esempio, all’art. 13 viene stabilito l’obbligo per il titolare del trattamento dei dati personali, che utilizzi un «processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione», di informare i soggetti interessati da tali trattamenti; ma ancora più rilevante è l’art. 52 del progetto di AI Act (nella sua versione consolidata) in cui si afferma espressamente con riferimento a «certi sistemi di Intelligenza Artificiale e ai modelli di IA generali» che «1. I fornitori devono garantire che i sistemi di IA destinati a interagire direttamente con le persone fisiche siano progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche interessate siano informate del fatto che stanno interagendo con un sistema di IA, a meno che ciò non sia ovvio dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente informata, attenta e prudente, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo (...). 1(a). I fornitori di sistemi di IA, compresi i sistemi GPAI, che generano contenuti sintetici audio, immagini, video o testo, devono garantire che i risultati del sistema di IA siano contrassegnati in un formato leggibile dalla macchina e rilevabili come generati o manipolati artificialmente (...). 2. Chi impiega un sistema di riconoscimento delle emozioni o un sistema di categorizzazione biometrica deve informare del funzionamento del sistema le persone fisiche che vi sono esposte (...). 3. Chi utilizza un sistema di IA che genera o manipola contenuti di immagini, audio o video che costituiscono un *deep fake*, deve dichiarare che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente (...). Chi impiega un sistema di IA che genera o manipola un testo pubblicato allo scopo di informare il pubblico su questioni di interesse pubblico deve dichiarare che il testo è stato generato o manipolato artificialmente.» Sarebbe interessante chiedersi se una decisione giudiziaria presa avvalendosi di un sistema di Intelligenza Artificiale, rientri o meno in quest’ultima categoria di «testo pubblicato allo scopo di informare il pubblico» cui seguirebbe l’obbligo di «dichiarare che il testo è stato generato o manipolato artificialmente»; cfr. testo consolidato pubblicato, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>.

<sup>(79)</sup> Molteplici sono gli interrogativi che si aprono se il principio di «lealtà digitale» non venisse riconosciuto; solo per citare due interrogativi immediati: nell’area del diritto civile, può ritenersi correttamente formata la volontà in un contratto se il contraente si presenta come un umano ed invece è un robot? Nell’area del diritto penale, il presentarsi come

D'altronde, questo principio desumibile dall'art. 24, si pone come presupposto necessario per l'applicazione di tutti gli altri: solo sapendo se ci troviamo di fronte ad una decisione automatizzata, possiamo decidere se e come rapportarci liberamente con la macchina. E solo se sappiamo che una decisione è stata presa in modo automatico possiamo applicare i principi e le regole giuridiche che l'ordinamento prevede per questo tipo di atti, si pensi, ad esempio, all'art. 22 del GDPR dedicato, appunto, alle decisioni automatizzate e che è stato recentemente applicato per la prima volta dalla Corte Europea di Giustizia<sup>(80)</sup>.

Questo principio di trasparenza e lealtà digitale assume un significato molto più pregnante dinanzi all'irrompere della Intelligenza Artificiale Generativa del tipo *ChatGpt*.

Come abbiamo detto è facile immaginare che questi sistemi saranno utilizzati sempre più di frequente all'interno del processo da parte degli avvocati, dei consulenti e persino da parte dei giudici.

Come abbiamo già detto, e ribadiremo più avanti nel dettaglio, l'impiego di questi sistemi per "sostituire" integralmente la decisione giudiziaria si pone sicuramente contro tutti i principi costituzionali che stiamo qui evocando.

Ma anche un eventuale utilizzo "minore", quello, per intendersi, in cui il giudice impieghi l'Intelligenza Artificiale "solo" per redigere la sentenza dopo aver deciso – individualmente<sup>(81)</sup> o collegialmente – il caso (eventualità che comunque deve far riflettere con attenzione per i quesiti dilemmatici che suscita), ebbene, quand'anche si ammettesse un uso del genere, il principio di trasparenza e lealtà digitale rimane cogente: ovverosia, il magistrato o il collegio dovrebbe dichiarare di aver utilizzato un determinato strumento tecnologico per redigere il testo ed indicarne le caratteristiche tecniche<sup>(82)</sup>.

In vista di questa trasparenza costituzionalmente necessaria occorre che, oltre alla revisione del nostro sistema delle fonti normative "esterne", con urgenza si provveda ad una parallela e profonda rivisitazione dei codici deontologici di tutte le professioni coinvolte nel processo (quanto-

umano da parte di una macchina, può integrare un esempio degli «artifici o raggiri» di cui all'art. 640 codice penale?

<sup>(80)</sup> Cfr. *supra* nota n. 19.

<sup>(81)</sup> È ovvio che nel caso di un giudice monocratico, sarebbe estremamente difficile se non del tutto impossibile distinguere se *ChatGpt* è stato impiegato per decidere il caso o «solo» per scrivere la sentenza.

<sup>(82)</sup> Analogamente, se è consentito il parallelo, a certi referti diagnostici che sono prodotti da apparecchiature di analisi che vengono espressamente identificate e trascritte a completamento delle informazioni sulle misure o sulle valutazioni prodotte.

meno, gli avvocati ed i consulenti, ma certamente anche i giudici) alla luce proprio del principio di *lealtà digitale*, prevedendo una serie di nuovi obblighi riferiti all'uso di questi nuovissimi strumenti.

Lo sviluppo stesso della tecnologia può aiutare a tal fine, visto che ormai sono sempre più disponibili sul mercato strumenti raffinati in grado di riconoscere quando viene usato un sistema di Intelligenza Artificiale Generativa – sistemi sviluppati, ovviamente, soprattutto per prevenire il rischio di “plagio digitale” connesso a queste tecniche –. La possibilità di determinare con certezza se e quando è stata usata l'intelligenza artificiale generativa per redigere un certo testo o una scrittura, dovrebbe fungere da deterrente ad un impiego “sleale”.

Il secondo principio desumibile dall'art. 24 è quello della necessaria “comprensibilità” della decisione al fine di un suo possibile controllo giudiziario.

Altrove<sup>(83)</sup> ho sostenuto più analiticamente che nel nostro sistema costituzionale con riferimento a tutti gli atti giuridici espressivi di potere (pubblico o privato), non solo, quindi, quelli tipici del potere giudiziario, esiste un dovere fondamentale di uso di tecnologie decidenti “comprensibili”.

Una lettura non riduttiva dell'art. 24 Cost. impone sul piano costituzionale l'obbligo inderogabile da parte di chiunque utilizzi tecnologie decisorie capaci di incidere nell'area dei diritti e delle libertà, oltre che di renderlo noto – *ut supra* –, di impiegare linguaggi umanamente comprensibili, quale preconditione necessaria per la garanzia (giurisdizionale e non) di tali diritti e libertà.

Il rischio, infatti, è che dinanzi alla crescente tendenza ad affidare a sistemi di IA le nostre decisioni, per i caratteri strutturali che abbiamo illustrato nel paragrafo precedente, si possano venire a creare zone “franche” – o meglio “grigie” – in cui apparati tecnologici, sostanzialmente incomprensibili per la ragione umana, finiscono per sostituire ovvero per “catturare” le decisioni, rendendo poi estremamente difficile – se non del tutto impossibile – verificarne la opportunità, la liceità ovvero la legittimità.

Se il principio generale di tutela dei diritti – quantomeno nei sistemi costituzionali ispirati al principio di legalità, ovvero di “*rule of law*” – porta con sé l'altrettanto generale potestà di sindacare giudiziariamente

---

<sup>(83)</sup> *Op. ult. cit.* A. Simoncini, *Il linguaggio dell'Intelligenza Artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*.

gli atti che abbiano violato tali diritti, l'impiego di sistemi di decisione sostanzialmente incomprensibili, impedisce tale sindacato.

Riteniamo altresì, anche se la dimostrazione chiederebbe uno spazio ben più ampio, che tale principio non si debba, in realtà, applicare soltanto ai poteri "pubblici" dei quali stiamo discorrendo; poteri in cui l'esigenza della comprensibilità è particolarmente qualificata – si pensi, oltre, all'art. 97 Cost.<sup>(84)</sup>, all'art. 41.2 lett. c) della Carta Europea dei Diritti Fondamentali<sup>(85)</sup> –. Il principio, in verità, dev'essere esteso anche ai soggetti privati ed, in particolare, a quelli che proprio utilizzando questi algoritmi, si pongono in una posizione di sostanziale preminenza – o quantomeno di profonda asimmetria – rispetto ai soggetti privati individuali o anche alle singole persone giuridiche private.

Pensiamo al fenomeno recente dell'emersione dei nuovi "poteri privati" nell'era digitale<sup>(86)</sup>. Queste immense piattaforme tecnologiche che continuamente e costantemente utilizziamo nello svolgimento della nostra vita quotidiana – quelle che il recente Regolamento Europeo sui Servizi Digitali (DSA)<sup>(87)</sup> ha definito *Very Large Online Platforms (VLOP)* o *Very Large Online Search Engines (VLOE)*<sup>(88)</sup> – dato il numero degli utenti e delle interazioni, non potrebbero funzionare se non attraverso l'impiego di algoritmi di IA.

Ebbene, ogniquale volta le decisioni (algoritmiche) prese da queste piattaforme sono suscettibili di incidere i diritti ovvero gli interessi di una persona, esse, sulla base del principio posto dall'art. 24, debbono essere comprensibili e – dunque – giustiziabili.

Una forma di riconoscimento di tale principio può essere rintracciata all'interno del Regolamento Europeo in materia di protezione dei dati personali (GDPR)<sup>(89)</sup> in cui, all'art. 13 vengono stabiliti gli obblighi di

<sup>(84)</sup> Essendo la comprensibilità della motivazione, preconditione necessaria per valutare sia il «buon andamento» che l'«imparzialità» della Pubblica Amministrazione, v. R. Caranta, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006, 1884 ss. (in particolare 1904 sulla relazione tra art. 97 Cost. e art. 41 Carta Europea dei Diritti Fondamentali).

<sup>(85)</sup> Sull'obbligo di motivazione contenuto nell'art. 41 della Carta europea, v. R. Bifulco, *Art. 41*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna 2001, 290.

<sup>(86)</sup> E. Cremona, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Giuffrè 2023.

<sup>(87)</sup> Reg. UE 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

<sup>(88)</sup> Reg. UE 2022/2065, art. 33.

<sup>(89)</sup> Reg. UE 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

informazione che il titolare del trattamento dei dati personali deve ai soggetti interessati da tali trattamenti, nel caso in cui vi sia un “processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione” e, quindi, anche nel caso della “giustizia predittiva”.

In questi casi chiunque utilizzi questi sistemi algoritmici, deve informare l'interessato dell'“esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, [fornire] informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato”<sup>(90)</sup>.

Questi principi – assieme a quelli analoghi contenuti negli artt. 14 e 15 GDPR – “culminano” nell'art. 22 che sancisce, per chiunque sia soggetto a decisioni automatizzate (comprese quelle che rientrino in forme di “giustizia predittiva”), il “diritto di non essere sottoposto a una decisione, basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”<sup>(91)</sup>; articolo che di recente ha visto una prima applicazione giudiziaria da parte della Corte Europea di Giustizia<sup>(92)</sup>.

Ma ancor più di recente, il già citato Regolamento sui Servizi Digitali (DSA) in molte sue parti prevede un obbligo esplicito di trasparenza e comprensibilità quando vengono impiegati algoritmi decisionali quali gli “algoritmi di raccomandazione”, ad esempio (si vedano gli artt. 15<sup>(93)</sup>, 17<sup>(94)</sup> o 27<sup>(95)</sup>).

In conclusione, riteniamo che il sistema costituzionale italiano, anche alla luce dei principi costituzionali del sistema europeo, richieda a tutte le forme di potere, inteso qui genericamente come capacità di produrre unilateralmente effetti rilevanti nella sfera giuridica altrui<sup>(96)</sup>, l'obbligo

<sup>(90)</sup> Reg. UE 2016/679, art. 13, comma 2 lett. f), nostro il corsivo.

<sup>(91)</sup> Sull'art. 22 Reg. UE 2016/679 sia consentito il rinvio a F. Lagioia, G. Sartor, A. Simoncini, *Art. 22, Codice della Privacy e Data Protection*, a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino e G. Resta, Milano 2021, 378 ss.

<sup>(92)</sup> Si vedano le decisioni richiamate *supra* alla nota 19.

<sup>(93)</sup> Che al comma 1 pone l'obbligo per i «prestatori di servizi intermediari (di mettere) a disposizione del pubblico, in un formato leggibile meccanicamente e in modo facilmente accessibile, almeno una volta all'anno, relazioni chiare e facilmente comprensibili sulle attività di moderazione dei contenuti svolte durante il periodo di riferimento» così come di fornire spiegazioni comprensibili ogni qualvolta si impieghino sistemi automatizzati per la moderazione.

<sup>(94)</sup> Intitolato «Motivazione» (nella versione italiana, «*Statement of reasons*» in quella inglese).

<sup>(95)</sup> Sulla trasparenza dei sistemi di raccomandazione.

di motivare. E questa limitazione costituzionale oggi dev'essere ribadita anche con riferimento ai "poteri privati" (97).

Un'ultima precisazione a riguardo: il tema della comprensibilità degli algoritmi decisionali non deve essere confuso con quello vicino – ed ampiamente dibattuto nel diritto privato – della responsabilità civile per i danni causati da algoritmi di IA (98).

La comprensibilità della tecnologia, difatti, precede logicamente il tema della responsabilità, sia sul piano civile ed ancor più su quello penale (99).

Così come questo profilo si pone "a monte" anche del vastissimo dibattito sulla regolazione appropriata delle tecnologie applicate alle decisioni. Come noto, il dibattito sulla scelta tra etero-regolazione, auto-regolazione o co-regolazione, ovvero sul c.d. *risk-based approach*, oggi vivacissimo (100), è alimentato soprattutto dal forte attivismo dell'Unione Europea che ha avviato un numero ingente di nuove proposte di regolazione; si pensi a proposte in arrivo come l'*AI Act* ovvero il *Cyber Resilience Act*,

(96) Quello che nella dottrina privatistica viene definito potere di «conformazione» o diritto potestativo, si v. A. Lener, *Potere (diritto priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1985, 627 ss. («I poteri di conformazione che abilitano il soggetto a provocare modificazioni della realtà giuridica che interessano anche la sfera di altri soggetti senza il concorso di costoro e senza che costoro sia consentito opporsi (...) La posizione del soggetto nei confronti del quale esiste il potere di conformazione (diritto potestativo) viene comunemente designata come 'soggezione' per significare che di fronte all'esercizio del potere esso non può opporsi»).

(97) *Op. ult. cit.* E. Cremona, *I poteri privati nell'era digitale*.

(98) Ovvero potrebbe sovrapporsi solo e limitatamente alla conseguenza ulteriore, sul piano civilistico, del risarcimento dell'eventuale danno causato da una decisione automatica incomprensibile o irragionevole.

(99) Si v. sul punto, rispettivamente, A. Carratta, *Decisione robotica e valori del processo*, in questa *Rivista* 2020, II, 514 e S. Quattrococo, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *Biolaw Journal* 2019, I, 135-144.

(100) Si v. a tal proposito i contributi del fascicolo n. 4 del 2022 della «Rivista trimestrale di diritto pubblico», dedicato al tema «*La regolazione digitale nell'Unione europea*», nel quale sono riportati nell'ordine i contributi di: G. Resta, *Pubblico, privato e collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2022, IV, 971-976; B. Carotti, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2022, IV, 997-1014; G. Sgueo, *La visione e la voce nella transizione digitale dei governi democratici*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2022, IV, 1015-1030; A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2022, IV, 1031-1050; O. Pollicino, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2022, IV, 1051-1068; M. Libertini, *Il Regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2022, IV, 1069-1084; G. Finocchiaro, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2022, IV, 1085-1100; L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. trim. dir. pub.* 2022, IV, 1101-1114.

oppure ad atti recentemente entrati in vigore come il *Digital Services Act* o il *Digital Markets Act*.

Per esprimerci con il lessico tipico della teoria delle fonti normative, la “comprendibilità” delle decisioni prese da sistemi tecnologici e, quindi, la loro giustiziabilità potenziale, si pone come una questione di rilievo “costituzionale” rispetto alle diverse forme di regolazione; ovvero, rappresenta un valore gerarchicamente superiore rispetto alla stessa regolazione ordinaria.

Un valore che, se ignorato o violato renderebbe la stessa regolazione incostituzionale.

6. – Sin qui abbiamo parlato di decisioni prese da poteri – pubblici o privati – in termini generali; venendo ora più propriamente alle decisioni di carattere giudiziario e, quindi, alla giustizia predittiva nel processo, il precetto che viene in rilievo come applicazione specifica del principio generale enunciato al paragrafo precedente è la statuizione prevista dal sesto comma dell’art. 111 Cost., laddove prescrive che “tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati”<sup>(101)</sup>.

Il contenuto semantico di questo principio è sufficientemente univoco per imporre tassativamente l’uso di tecnologie “esplicabili” ovvero sia comprensibili all’interno delle decisioni che sfociano in provvedimenti giudiziari.

Il principio, nella absolutezza della sua formulazione costituzionale, consente di evitare anche un equivoco che talvolta ricorre: quello che l’esistenza della motivazione sia solo preordinata alla possibile impugnazione dell’atto.

È indubbio che l’esistenza di una motivazione rende l’atto sindacabile sia rispetto alla sua legittimità, che alla sua maggiore o minore ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, ma, in realtà, nella formulazione costituzionale tutti i provvedimenti giudiziari, quantomeno quelli che hanno carattere decisorio<sup>(102)</sup>, debbono comunque esprimere una motivazione comprensibile per poter essere considerate atti giuridicamente validi, an-

<sup>(101)</sup> Su tale profilo v. E. Gabellini, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2022, I, 59-93.

<sup>(102)</sup> Al netto della previsione dell’art. 111 Cost., esistono, in realtà, alcune tipologie di provvedimenti giurisdizionali non motivati. Per il processo civile, ad es., così è per i provvedimenti aventi forma di decreto, ai sensi dell’art. 135 c.p.c. A sostegno della compatibilità fra art. 135 c.p.c. e art. 111 Cost., cfr. A. Andronio, *Art. 111*, in *Commentario alla Costituzione*, III, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Milano 2006, 2111 ss., il quale osserva che i decreti non hanno, in linea di massima, contenuto decisorio, ma meramente ordinatorio, e quando hanno contenuto decisorio, la legge impone che siano motivati (cfr. art. 737 c.p.c., per i decreti emessi nell’ambito di procedimenti in camera di consiglio; art. 641 c.p.c., per il decreto ingiuntivo). Altra parte della dottrina, diversamente, ritiene le disposizioni incompatibili, e conclude nel senso che l’art. 111 Cost. avrebbe senz’altro abrogato la prima parte dell’art. 135, comma 4, c.p.c.: così A. Attardi, *Diritto Processuale*

che quelle non suscettibili di impugnazione ovvero non impugnabili *ab origine*, come, ad esempio, le decisioni della Corte Costituzionale.

Dunque, sul piano costituzionale esiste un divieto assoluto di impiego di tecnologie predittive nell'ambito della funzione giudiziaria strutturate sulla base di logiche di funzionamento – che usano linguaggi<sup>(103)</sup> – non comprensibili.

Volgendo al positivo la prescrizione, è possibile consentire ad un giudice l'utilizzo di algoritmi di giustizia predittiva solo se tali strumenti sono comprensibili ovvero sia spiegabili nella loro logica, in modo tale che possano entrare a far parte del più ampio impianto motivazionale che sorregge la decisione.

7. – Vi è, poi, un ulteriore principio costituzionale fortemente rilevante. Pensiamo al secondo comma dell'art. 101 Cost. in cui, com'è noto, si ribadisce che i giudici, nel prendere le loro decisioni, non possono essere vincolati da nessun altro elemento che dalla legge<sup>(104)</sup>.

Sulla base di questo principio<sup>(105)</sup>, nel nostro sistema giudiziario, pur essendo riconosciuta alla Suprema Corte di Cassazione una funzione nomofilattica, com'è noto, non vige il principio dello *stare decisis*, ovvero sia del precedente vincolante, tipico dei sistemi di *common law*.

Al di là di alcuni casi particolari disciplinati dall'ordinamento giudiziario<sup>(106)</sup> e nonostante alcune recenti novità legislative orientate soprat-

Civile, 3a ed., Padova 1999, I, 419, e G. Tarzia, G.L. Fontana, voce *Decreto (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, X, Roma 1988, 1 ss.

<sup>(103)</sup> *Op. cit.* A. Simoncini, *Il linguaggio dell'Intelligenza Artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*.

<sup>(104)</sup> Affrontando il tema dell'impatto della tecnologia sulle decisioni giudiziarie Giovanni Canzio, affiancando le considerazioni svolte nel testo negli ultimi due paragrafi, ricorda che «In ossequio al modello occidentale del razionalismo critico la legge (art. 101, comma 2 Cost) e la motivazione (art. 111, comma 6) costituiscono il duplice *anchorage* costituzionale della razionalità del giudicare e le solide fondamenta della legittimazione democratica del giudice» si v. G. Canzio, *Prefazione*, in *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, a cura di G.M. Baccari e P. Felicioni, Milano 2023, XIX.

<sup>(105)</sup> In generale si rinvia a N. Zanon e L. Panzeri, *Art. 101*, in *Commentario alla Costituzione*, III, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Milano 2006, 1957 ss.

<sup>(106)</sup> Si pensi, ad esempio, al vincolo che grava sul giudice del rinvio in relazione al principio di diritto sancito dalla Corte di cassazione (art. 384 c.p.c.). Peraltro, come ha chiarito da anni la Corte costituzionale, si tratta di un vincolo pienamente coerente rispetto al principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, dato che opera all'interno dello stesso processo e dipende semplicemente dal fatto che «la legge ha ritenuto conclusa una fase del processo e immutabilmente fissato il punto di diritto deciso, con effetto limitato alla causa» (Corte Cost., 25 marzo 1970, n. 50). La decisione della Corte costituzionale è richiamata, con favore, da A. Carratta, *Il rinvio pregiudiziale alle Cassazione e la decisione «soggettivamente complessa»*, in *Giur. it.* 2023, 471.

tutto a rendere il sistema giudiziario più efficiente<sup>(107)</sup>, nel nostro ordinamento giudiziario le decisioni dei giudici superiori, non vincolano i giudici inferiori, che nelle loro motivazioni ben possono discostarsi da tali precedenti.

Ebbene, questo principio è destinato ad essere radicalmente messo in discussione nel caso in cui si utilizzino tecnologie decidenti; come abbiamo già detto, tali applicazioni fondano le previsioni future sulla base dei dati esistenti.

Nel mondo della giustizia predittiva, dominato da algoritmi di tipo statistico, non è possibile un mutamento di giurisprudenza, perché l'insieme delle decisioni già prese – sulla cui base è stato addestrato l'algoritmo decisionale – finisce per vincolare in modo assoluto e necessitato le nuove decisioni.

In tal modo, però, il giudice non sarebbe più libero – in quanto sottomesso “solo” alla legge – bensì diverrebbe “obbligato” dall'insieme delle decisioni precedenti, violando così il precetto contenuto nel secondo comma dell'art. 101<sup>(108)</sup>. Il passato delle decisioni giudiziarie già prese, peserebbe come un macigno imm modificabile sulle sue decisioni future.

Per tali ragioni, il nostro assetto costituzionale impedisce che un giudice venga del tutto sostituito nella sua attività decisionale da un algoritmo decisionale che si fondi su decisioni già prese<sup>(109)</sup>. Ovviamente, diverso è il caso in cui il risultato prodotto dal *software* venga utilizzato come uno degli elementi o uno dei dati a disposizione del giudice per la sua decisione, evitando così quello scivolamento dal “descrittivo” al “prescrittivo” più volte evocato.

<sup>(107)</sup> Ci si riferisce all'introduzione, per il processo civile, del rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Tale istituto, ad avviso di G. Scarselli, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) 2021, 4, comprimerebbe il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge nella misura in cui, in caso di rinvio ad opera del giudice di primo grado, la decisione della Suprema Corte vincolerebbe anche il giudice di grado superiore, benché questi non abbia avuto voce in capitolo nel rinvio della questione alla Suprema Corte. L'obiezione di Scarselli è contestata da A. Carratta, *Il rinvio pregiudiziale alle Cassazione e la decisione «soggettivamente complessa»*, cit., 471, il quale richiama gli argomenti sviluppati proprio da Corte Cost., 25 marzo 1970, n. 50, cui si è fatto cenno nella nota precedente.

<sup>(108)</sup> Concorda sulla violazione dell'art. 101 Cost. si v. M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Riv. AIC* 2918, III, 86.

<sup>(109)</sup> Come già emerge nel caso *Loomis* ed evidenziato dalla dottrina più attenta, si v. K. Freeman, *Algorithmic injustice: How the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in State v. Loomis*, in *North Carolina Journal of Law & Technology* 2016, V, 75 ss.

Ad ulteriore conferma di questo principio costituzionale – che vieta qualsiasi possibilità di pre-determinare la decisione giudiziaria imponendo al giudice vincoli che non siano solo il rispetto delle norme poste dall’ordinamento giuridico – occorre considerare anche quell’orientamento, del tutto pacifico nella giurisprudenza costituzionale, che riconosce come il legittimo qualsiasi “automatismo legislativo” irragionevole<sup>(110)</sup>. Ci riferiamo alla giurisprudenza, ben consolidata nelle pronunce della Corte costituzionale, in cui quando una disposizione legislativa impone tassativamente al giudice di decidere in un certo modo (ad esempio, adottando automaticamente una certa misura detentiva ovvero una determinata misura di sicurezza) e questa rigidità finisce per ledere un concorrente diritto costituzionale, la Corte interviene, restituendo “al giudice il potere, originariamente negato dal legislatore, di effettuare l’apprrezzamento del caso concreto”<sup>(111)</sup>.

Il parametro costituzionale invocato in questo caso è quello della ragionevolezza della legge, intesa come non arbitrarietà, dunque l’art. 3 Cost.; il che ci consente di specificare ulteriormente l’argomento che stiamo sviluppando, precisando che il principio per cui il giudice è soggetto solo alla legge, presuppone comunque che la legge sia “ragionevole” ovvero non comprima arbitrariamente la funzione giudiziaria nella sua funzione applicativa al caso concreto. Così precisato, il quadro costituzionale vigente esclude decisamente l’impiego di tecnologie decisionali automatiche che non lascino un sufficiente ed effettivo spazio al libero apprezzamento del giudice.

8. – Infine, vi è un terzo principio costituzionale specificamente dedicato alla funzione giurisdizionale dal secondo comma dell’art. 111 Cost. ed espressione di uno dei valori fondanti la nostra stessa *Carta* costituzionale, ovvero l’art. 3 Cost. sul principio di eguaglianza. Mi riferisco alla statuizione per cui “ogni processo si svolge (...), davanti a giudice terzo e imparziale”.

L’imparzialità del giudice e la sua terzietà rispetto alle parti sono due requisiti fondamentali perché si attui un processo giusto, cioè che rispetti il

---

<sup>(110)</sup> Overosia automatismi che «comprimano irragionevolmente un diritto» così L. Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa* 2014, III, 1.

<sup>(111)</sup> *Ibidem*. Gli argomenti sono ripresi più distesamente nel volume: L. Pace, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma «astratta» e caso «concreto»*, Napoli 2020.

principio di eguaglianza e non discriminazione, da un lato, e di indipendenza della funzione giudiziaria, dall'altro<sup>(112)</sup>.

Orbene, una acquisizione del tutto pacifica per il mondo della scienza e della tecnologia è che molto spesso – molto più di frequente di quanto possiamo immaginare – gli algoritmi discriminano<sup>(113)</sup>.

Tale circostanza si deve a quel fattore che nella terminologia tecnica è definito “*bias*”.

“*Bias*” è una parola che nasce all'interno degli studi statistici e che in maniera approssimata potremmo tradurre “pregiudizio”; essa sta ad indicare il fatto che il risultato prodotto dall'algoritmo si basa (sempre in realtà...) su una rappresentazione “parziale” o “distorta” della realtà. Come spiegano i manuali di *machine learning*<sup>(114)</sup>, i *biases* sono in qualche modo inevitabili nella scelta dei dati sulla cui base vengono addestrate le macchine che, dunque, finiscono per “incorporare” tali distorsioni, producendo risultati discriminatori.

Non a caso la proposta di *AI Act* – il futuro Regolamento Europeo in materia di IA attualmente in corso di approvazione – prevede come norma obbligatoria per chi produce o intende commercializzare sistemi di IA nel settore della giustizia (qualificati “ad alto rischio”)<sup>(115)</sup>, che tali sistemi siano stati addestrati, convalidati e testati su set di dati “pertinenti, rappresentativi, esenti da errori e completi”<sup>(116)</sup>, in sintesi, non discriminatori.

<sup>(112)</sup> Sulla introduzione in Costituzione dei due requisiti con la riforma costituzionale del 1999 e sulla loro scarsa innovatività, rispetto agli artt. 3 Cost. e 24 Cost. (per quanto riguarda il principio di imparzialità) e agli artt. 102, comma 2 e 104, comma 1, Cost. (per quanto riguarda il principio di terzietà), si v. A. Andronio, art. 111, in *Commentario alla Costituzione...* cit., 2114.

<sup>(113)</sup> Come evidenza in maniera molto chiara lo studio che accompagna la Carta etica della Cepej, su cui si v., oltre allo stesso testo CEPEJ, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, cit., anche C. Barbaro, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Quest. giust.* 2018, IV, 189-195.

<sup>(114)</sup> P. Sinha, *Bias in AI and Machine learning: Decoding Algorithmic Fairness in AI Systems: Exploring the Mathematics, Statistics, and Ethics of Fairness in Machine learning and Artificial Intelligence*, Independently Published 2023.

<sup>(115)</sup> Sono considerati ad «alto rischio»: (...) i sistemi di IA destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti; cfr. *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (AI ACT)*, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD), Allegato III.

<sup>(116)</sup> *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (AI ACT)*, COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD), art. 10 par. 3.

Anche il recente *Blueprint for an AI Bill of Rights* approvato dalla Amministrazione Biden negli Stati Uniti, riconosce che si ha discriminazione algoritmica “quando i sistemi automatizzati contribuiscono a un trattamento diverso ingiustificato o hanno un impatto sfavorevole sulle persone in base a razza, colore, etnia, sesso (inclusi gravidanza, parto e condizioni mediche correlate, identità di genere, stato intersessuale e orientamento sessuale), religione, età, origine nazionale, disabilità, stato di veterano, informazioni genetiche o qualsiasi altra classificazione protetta dalla legge” (117).

Altrettanto significativo è il report pubblicato nel 2021 su *Algorithmic discrimination in Europe* (118), che offre un’ampia analisi su una tipologia di discriminazione particolarmente diffusa in Europa: quella di genere. E sul tema della discriminazione per via algoritmica si potrebbe ricordare, infine, anche il caso – già citato – del *software* Compas, impiegato negli Stati Uniti per predire la pericolosità sociale degli imputati; ebbene, ad una analisi approfondita (119), tale *software* ha mostrato di produrre predizioni discriminatorie rispetto alla differenza di colore della pelle degli imputati, tendendo, in caso di errore, a sovrastimare la pericolosità degli imputati di colore e a sottostimare la pericolosità degli imputati di pelle chiara.

Visto quindi lo stato dell’evoluzione tecnico-scientifica (120), un ulteriore principio costituzionale specificamente indirizzato alla giustizia predittiva è il divieto di impiegare algoritmi discriminatori, ovvero sia addestrati su set di dati discriminatori o parziali.

9. – Proviamo, dunque, a trarre qualche conclusione da queste prime riflessioni sull’uso della giustizia predittiva nel processo alla luce dei principi costituzionali.

---

(117) Consultabile al seguente indirizzo: <https://www.whitehouse.gov/ostp/ai-bill-of-rights>.

(118) *Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*; cfr. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/082f1dbc-821d-11eb-9ac9-01aa75ed71a1>.

(119) J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, J. Angwin, *How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm*, in *Propublica* 2016.

(120) Estremamente interessante al riguardo è consultare i risultati pubblicati da una delle più importanti sedi globali di discussione e confronto sullo sviluppo tecnologico dell’Intelligenza Artificiale sotto il profilo specifico della «fairness» della trasparenza e della non discriminazione; ovvero sia la *ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (ACM FAccT)* promossa dalla Association on Computer Machinery (ACM) americana giunta alla quinta edizione, cfr. <https://facctconference.org/>.

L'evoluzione tecnologica è un dato inarrestabile e, soprattutto, non avrebbero senso oggi atteggiamenti tecno-catastrofisti o neo-luddisti, a fronte degli evidenti benefici e del progresso che essa può consentire.

Responsabilità primaria della ragione ordinata dal metodo scientifico rimane quella di conoscere e distinguere; e tale permane anche dinanzi alle nuove opportunità offerte dalla tecnica, resistendo alla tentazione di pronunciare giudizi generalizzati o di cedere a logiche "faziose", piuttosto che alla forza delle argomentazioni razionali.

Oggi esistono diverse nozioni di ciò che viene chiamato "giustizia predittiva".

Una prima accezione è rappresentata da quella che abbiamo definito giustizia predittiva di tipo "descrittivo".

Con questo termine indichiamo strumenti conoscitivi e prognostici rispetto alle decisioni giudiziarie che a nostro avviso non contrastano con i valori fondamentali del diritto costituzionale.

Ci troviamo, infatti, dinanzi a predizioni effettuate da algoritmi che non vengono usati per la decisione, ma rappresentano uno tra i vari elementi conoscitivi a disposizione delle parti, degli avvocati e del giudice nel processo.

Lo studio (analitico e sintetico) delle decisioni già prese dai giudici è da sempre parte fondamentale nella educazione e nella ricerca del giurista; individuare gli orientamenti giurisprudenziali – quelli che oggi vengono chiamati i "*pattern*" nelle decisioni – è un argomento fondamentale per provare e giustificare le richieste delle parti e le decisioni delle corti. Sulla base di questi dati si può evidentemente anche stimare le probabilità dell'esito di una controversia futura; è una elaborazione complessa, delicata e suscettibile di errori; soprattutto è una valutazione che rimarrà pur sempre intrinsecamente incerta, nell'ipotesi – ribadiamo ancora una volta – che questi strumenti vengano utilizzati solo per studiare le controversie e non per deciderle; e che, dunque, rimanga sempre in capo al giudice la piena libertà di valutare, pesare ed eventualmente discostarsi da tali previsioni.

A differenza di quanto stabilisce la recente legge francese contenente *la réforme pour la justice* <sup>(121)</sup>, una giustizia predittiva di tipo "descrittivo" potrebbe – a certe condizioni – avere, in realtà, un utile effetto deflattivo;

---

(121) Loi del 23 marzo 2019, n. 222 che stabilisce in via generale, nell'ambito della diffusione di dati aperti, che siano occultati i cognomi e i nomi delle persone fisiche che siano parti o terzi menzionati nella sentenza e di ogni altro elemento che consenta di identificare tali persone nonché i magistrati e i cancellieri in caso di rischio di minaccia alla loro sicurezza e al rispetto della loro vita privata. Sul punto si veda E. Longo, *Giustizia*

rispetto, ad esempio, ai contenziosi di tipo ripetitivo o seriale, in cui una informazione probabilistica anticipata sugli esiti della causa potrebbe ridurre la litigiosità puramente “dilatatoria”.

Del tutto diverso è lo scenario della giustizia predittiva intesa in senso “prescrittivo”.

In questo caso, la tecnologia non viene usata come strumento di analisi delle decisioni passate per predire quelle future, bensì ad essa viene chiesto di effettuare una “parte” della decisione in fieri; si tratti di fornire, a chi deve prendere la decisione, elementi che entreranno nel suo processo decisionale; ovvero si tratti, con le più recenti prospettive aperte dalla Intelligenza Generativa, di chiedere a questi strumenti di scrivere parti delle sentenze o delle motivazioni.

In questa prospettiva, numerosi sono i principi costituzionali che entrano in gioco e che debbono essere rispettati.

Innanzitutto, la trasparenza e la comprensibilità degli algoritmi impiegati. In un contesto costituzionale ispirato al principio di legalità e tutela dei diritti, chiunque utilizzi strumenti di decisione automatizzata deve, innanzitutto, dichiararlo esplicitamente, in modo che tutti i soggetti potenzialmente coinvolti sappiano quale strumento è stato effettivamente utilizzato per decidere. In secondo luogo, occorre che la decisione sia comprensibile. Principio che vale in modo affatto speciale per gli atti giudiziari, dei quali dev’essere sempre possibile conoscere la motivazione – quantomeno di quelli a contenuto decisorio –, ma che è applicabile in senso generale a tutti gli atti (pubblici e privati) espressivi di potere, in quanto pre-requisito logico della loro sindacabilità e, dunque, condizionante in modo assoluto l’esercizio del diritto costituzionale alla difesa.

In secondo luogo, la non esclusività, intesa come il divieto di decisioni giudiziarie affidate esclusivamente ad automatismi decisionali e, dunque, limitative della libertà interpretativa dei giudici – soggetti “soltanto” alla legge – prerogativa costituzionale della funzione giudiziaria.

In terzo luogo, la non discriminazione. È costituzionalmente vietato l’impiego di algoritmi addestrati su una serie di dati discriminatori o incompleti e che, dunque, producano giudizi non imparziali.

Tutti questi principi trovano particolare coerenza ed attualità dinanzi alle inedite potenzialità applicative aperte dalla nuova frontiera della cosiddetta IA generativa (del tipo *ChatGpt* o *BARD*) rispetto alle quale si

sono moltiplicati da più parti gli appelli all'attenzione ed alla precauzione<sup>(122)</sup>.

In quest'ulteriore prospettiva, infatti, alla tecnologia non si chiede tanto di produrre valutazioni, stime o indici da utilizzare (e pesare) nella decisione, ma direttamente di generare testi, argomentazioni, scritture; in altre parole: di scrivere la sentenza. In tal modo, i sistemi tecnici sostituiscono completamente il mezzo attraverso il quale i giudici comunicano la loro decisione, ponendosi così apertamente in contrasto con tutte le prescrizioni costituzionali evocate.

Laddove, invece, si consenta di utilizzare l'Intelligenza Artificiale soltanto in funzione di "redattore automatizzato" – per dir così – del testo di tutta o parte della sentenza, si ribadisce in ogni caso la necessità di rispettare, quantomeno, il principio di trasparenza e lealtà digitale di cui all'art. 24 Cost., dichiarando tale uso.

Qualunque sia il futuro che immaginiamo, comunque occorrerà elevare decisamente la soglia di attenzione nell'aprire le porte all'utilizzo di questi strumenti nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ben consapevoli che, sul piano pratico, sarà altrettanto inevitabile prevedere un loro amplissimo impiego nelle professioni legali ovvero para-legali (per la redazione degli atti di causa o delle consulenze).

E, a ben riflettere, cosa potrà impedire l'impiego di tali strumenti anche da parte del singolo giudice, nell'esercizio solitario ed individuale delle sue funzioni?

Come abbiamo già detto, in queste materie, oltre al dovuto rispetto della Costituzione e delle leggi, rimane comunque determinante l'appello alla coscienza etica e alla deontologia professionale di ciascun magistrato che, apponendo la firma all'atto "sentenza", si appropria formalmente e definitivamente dei contenuti in essa espressi, anche laddove in realtà fossero prodotti da una chat di Intelligenza Artificiale. Coscienza etica e deontologia professionale che presuppongono competenze e educazione nell'impiego di questi strumenti.

---

<sup>(122)</sup> Una iniziativa che ha ricevuto particolare eco sulla stampa mondiale è stata la lettera-aperta appello lanciata dal *Future of Life Institute* per una «moratoria» di 6 mesi nello sviluppo di sistemi in Intelligenza Artificiale generativa successivi al modello *ChatGpt.4*; appello sottoscritto da alcuni tra i principali protagonisti del dibattito e della competizione mondiale sul tema (come i ricercatori di Deep Mind di proprietà Google o Elon Musk, proprietario di X) cfr. <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/> (attualmente sono oltre 34.000 le firme); ovvero le recenti dichiarazioni di Sam Altman, CEO di *OpenAI* – società che produce la stessa *ChatGpt* – in cui solleva dubbi fortissimi sul futuro dell'*AI* senza forme di regolazione e controllo (<https://edition.cnn.com/2023/10/31/tech/sam-altman-ai-risk-taker/index.html>);

Ancora una volta, ed è triste doverlo ripetere, si staglia sullo sfondo il grandissimo tema del “*digital divide*” di ordine culturale e educativo che tutt’ora affligge in particolare il nostro paese su questi temi. Essendo queste tecnologie potenti, ma “rischiose” è fondamentale che chiunque le usi le conosca per evitare che, anche solo per colpa, esse producano danni anche gravi.

In conclusione, di questo *excursus* sulla dimensione costituzionale della giustizia predittiva, è utile tornare al richiamo – solo accennato in apertura – alla nozione di esperienza giuridica, intesa come quell’atteggiamento metodologico che (ri)conosce il diritto e l’ordinamento giuridico, innanzitutto, come una forma di organizzazione “dell’attività pratica con cui gli individui esplicano i fini della loro vita” (123).

Se il diritto – e massimamente il diritto processuale (124) – appartiene costitutivamente al mondo dell’attività pratica degli individui e delle società, allora, è indubbio che questi nuovi artefatti tecnologici hanno già ora, e avranno sempre più in futuro, un impatto radicale e “costitutivo” non solo sulle nostre abitudini sociali, ma anche sulle forme stesse dell’esperienza giuridica.

Essi, come abbiamo detto, non sono più soltanto mezzi volti a realizzare i fini della vita, ma, in maniera sempre maggiore, sono essi stessi a porre gli obiettivi alla nostra vita, concorrendo, quantomeno, con gli agenti umani a determinare quel complesso di finalità pratiche da cui nasce un sistema giuridico.

Questa finale osservazione di metodo suggerisce che, al di là delle distinzioni in punta di diritto processuale o costituzionale, la forza pratica di questi sistemi tecnici sarà sempre più travolgente. Come è già accaduto sinora nell’esperienza comune, l’Intelligenza Artificiale si imporrà di fatto per la sua estrema convenienza pratica, prima che per altre considerazioni tecnico-scientifiche. Distinguere, allora, come abbiamo cercato di fare, tra valenze descrittive e prescrittive, tra uso degli algoritmi come elementi della decisione umana ovvero come sostituti della nostra deliberazione, sarà sempre più difficile e le linee di confine saranno sempre più confuse.

L’ibridazione tra uomo e macchina nella determinazione dei fini dell’agire pratico è un fenomeno ben più ampio e profondo della (sola) giustizia predittiva e se tale ibridazione si risolverà in un aiuto reciproco

---

(123) G. Capograssi, *L’esperienza giuridica vista prima della elaborazione della scienza*, Opere, a cura di G. Capograssi, II, Milano 1959, 418.

(124) Si vedano le mirabili considerazioni di Salvatore Satta sul pensiero di Giuseppe Capograssi in tema di diritto processuale, S. Satta, *Il giurista Capograssi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1960, 797-798.

ovvero in una sostituzione, è una scelta affidata alla responsabilità delle società umane e dei loro sistemi giuridici, non un destino già scritto.

Certo è che l'umanità si sta avvicinando, a passi sempre più rapidi, a questo bivio tra un futuro di collaborazione ovvero di competizione.

Proprio per questo occorre, comunque, tenere sempre nella "coda" dell'occhio, lo sguardo al fenomeno nel suo complesso, per evitare che l'attenzione al particolare, tipica del giurista, non lo distraiga dalle vere trasformazioni costituzionali.

SILVIA SIGNORATO (\*)

Professore associato nell'Università di Padova

## IL PROCESSO PENALE TELEMATICO: ALLA RICERCA DI UN PUNTO DI EQUILIBRIO TRA EFFICIENZA E SALVAGUARDIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Notificazioni. – 3. Partecipazione a distanza. – 4. Digitalizzazione degli atti. – 5. Videoregistrazione e fonoregistrazione quali forme documentative. – 6. Erosione delle invalidità. – 7. Verso una digitalizzazione al servizio del giurista. – 8. Sicurezza e *privacy*. – 9. Riflessioni conclusive.

1. – Nonostante tra gli inventori del calcolo della probabilità e di quello infinitesimale si annoverino due magistrati<sup>(1)</sup>, non è raro che i giuristi appaiano affetti da una sorta di idiosincrasia nei confronti della matematica e dell'informatica. Anche per questo motivo, forse, molti di loro mostrano una certa avversione nei confronti del processo penale telematico. A ciò si aggiunge la preoccupazione di rimanere irretiti in un labirinto di adempimenti digitali che, se non adeguatamente governati, rischiano di svilire la stessa funzione del giurista e di erodere o vanificare in seno al processo penale l'attuazione di diritti fondamentali.

Da un punto di vista terminologico, si può ricordare come i giuristi impieghino i vocaboli tecnici con accezioni non di rado differenti rispetto a quelle che esse assumono nelle rispettive scienze di riferimento. Ne è un esempio il termine telematica<sup>(2)</sup>, spesso impiegato alla stregua di sinonimo

---

(\*) Il presente lavoro rispecchia il contenuto, aggiornato al 23 febbraio 2024, della relazione tenuta in data 23 ottobre 2022, presso l'Università di Foggia al Convegno annuale dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale «G.D. Pisapia», dal titolo «*Il processo penale alla luce della Riforma Cartabia*». Inoltre, l'articolo si inserisce nell'ambito di progetto di ricerca (investigación realizada en el Proyecto PID2022-138770OB-I00 «Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica (II)», financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE).

<sup>(1)</sup> Il riferimento è a Pierre de Fermat e a Gottfried Wilhelm Leibniz.

<sup>(2)</sup> Verosimilmente, esso deriva dal vocabolo francese *télématique*, il quale ultimo rappresenta la crasi tra *télécommunications* e *informatique*. Per un approfondimento sul tema, volendo, si veda S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, pp. 19-21.

di digitale, mentre la telematica può prescindere dal digitale e basarsi su tecnologia analogica, come accadeva per i primi fax. Di per sé, infatti, la telematica mira a trasferire a distanza le informazioni. Per questo motivo, sarebbe stato forse più preciso definire il processo penale telematico come processo penale digitale.

Quanto al processo penale telematico, occorre ricordare come esso non nasca con la riforma Cartabia.

Invero, dopo la strage di Capaci, si avvertì con forza l'esigenza di tutelare la sicurezza di coloro che erano stati ammessi a programmi di protezione. Facendo eco a una simile istanza, l'art. 7, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, varato con inusuale tempestività, introdusse la possibilità di un loro esame a distanza mediante videocollegamento<sup>(3)</sup>.

Si trattò di una sorta di breccia di Porta Pia. Infatti, fu da quel momento che la digitalizzazione parve innestarsi nel processo penale, anche se a rilento e con molte resistenze e titubanze nei confronti della sua introduzione, con l'eccezione di una progressiva dilatazione dell'area di operatività del videocollegamento<sup>(4)</sup>.

Di conseguenza, mentre in ambito civile il processo civile telematico diveniva realtà a partire dal 2014, nel settore penale si arrancava, nella consapevolezza della diversità degli interessi in gioco. Tuttavia, anche nel processo penale, la tecnologia digitale ha finito per imporsi con la sua forza d'urto e la sua pervasività. Del resto, il digitale è una sorta di tsunami che, al più, può essere arginato ed incanalato<sup>(5)</sup>, ma non fermato.

In effetti, si delinearono ulteriori crepe nel 2012<sup>(6)</sup>, quando si introdusse nel processo penale la possibilità di notifiche telematiche a mezzo posta elettronica certificata. Si era però consapevoli del possibile *vulnus* sul piano delle garanzie. Per questo motivo, la possibilità di effettuare tali notifiche veniva circoscritta alle sole notificazioni che riguardassero persone diverse dall'imputato.

---

<sup>(3)</sup> Sul piano del diritto comparato, si può ricordare come la Germania abbia previsto degli innesti tecnologici a partire dalla legge di modifica della *Strafprozessordnung* del 30 aprile 1998. Al riguardo, si rinvia a T. Rafaraci, *I mezzi audiovisivi nel processo penale tedesco*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2000, p. 268.

<sup>(4)</sup> Per le modifiche introdotte dalla l. 7 gennaio 1998, n. 11 in tema di esame delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso, cfr. G. Voena, *Commento all'art. 3 l. 7.1.1998*, in *Leg. pen.* 1999, p. 890 ss.

<sup>(5)</sup> Si può rilevare come, nel contesto attuale, paia affievolirsi la distinzione tra *on line* ed *off line*, nella direzione dell'*onlife*, come evidenziato in *The Onlife Manifesto. Being Human in an Hyperconnected Era*, a cura di L. Floridi, Cham 2015.

<sup>(6)</sup> Cfr. art. 16, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.

Successivamente, nel 2016<sup>(7)</sup> si assisteva ad un'ulteriore apertura in quanto veniva estesa l'applicabilità delle norme del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) anche al processo penale, salvo che non fosse diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico. Ciò determinava però una asimmetria. Infatti, mentre il pubblico ministero e il giudice potevano avvalersi di notifiche telematiche, non vi era alcuna norma che prevedesse l'invio di atti tramite pec<sup>(8)</sup> da parte dei difensori. Di conseguenza, mancava una bidirezionalità del processo penale telematico, con lesione di diritti fondamentali, quali il diritto di difesa, a cui si aggiungeva il *vulnus* al principio di parità delle armi, oltretutto tutelato anche dall'art. 6.1 Cedu, dato che l'alterazione della simmetria dei poteri e delle facoltà delle parti non sembrava trovare un'adeguata *ratio* giustificatrice, come invece richiesto dalla Corte costituzionale<sup>(9)</sup>. Ancora, si scorgevano dei riverberi significativi anche in riferimento al diritto di accesso al giudice, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

Dal canto suo, la pandemia ha schiuso inediti orizzonti tecnologici<sup>(10)</sup>. È in questo scenario che interviene la riforma Cartabia, la quale prende atto dell'indifferibilità di tracciare una disciplina in materia di processo penale telematico<sup>(11)</sup>. Altro discorso è che, analogamente ad ogni riforma, essa celi inevitabilmente luci ed ombre.

In ogni caso, va apprezzato il fatto che al fine di addivenire alla riforma sia stato costituito un gruppo di lavoro sul processo penale telematico coordinato da un professore universitario<sup>(12)</sup> e di cui hanno fatto parte anche alcuni professori di diritto processuale penale<sup>(13)</sup>. Si tratta di

---

(8) Pec è l'acronimo di posta elettronica certificata.

(9) Per tutte, si veda Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 69.

(10) In tema, *ex multis*, si rinvia a C. Bonzano, *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all'efficientismo emergenziale*, in *Dir. pen. proc.* 2020, p. 1417; V. Bove, *Il processo penale telematico*, Milano 2021, p. 41 ss.; L. Giordano, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. e proc.* 2020, p. 920 ss.; A. Marandola, *Confermata la trasmissione telematica delle notizie di reato, degli atti difensivi ex art. 415-bis c.p.p. e regolato l'invio dell'impugnazione tramite P.E.C.*, in *Dir. pen. proc.* 2021, p. 149 ss.; O. Mazza, *Immediatezza e crisi sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2021, p. 461 ss.; A. Procaccino, *La faticosa «digitalizzazione» del processo penale tra fonti tradizionali e soft law*, in *Cass. pen.* 2021, p. 1432 ss.; F. Vergine, G. Micheli, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, efficienza e processo penale*, in *Il Processo* 2020, p. 843 ss.

(11) Al riguardo, cfr. G. Di Paolo, «Riforma Cartabia» e digitalizzazione del processo penale: verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2022, p. 87 ss.

(12) Si tratta del prof. Michele Caianiello.

(13) Nello specifico, le professoresse Serena Quattrocchio, Marilena Colamussi e Benedetta Galgani.

un aspetto positivo in quanto riconosce l'importanza del coinvolgimento degli accademici nell'elaborazione delle norme.

Come indicato nella relazione illustrativa<sup>(14)</sup>, la riforma Cartabia mira a realizzare un ecosistema digitale ed una transizione digitale<sup>(15)</sup>. Per realizzare questo obiettivo interviene su più fronti, tra cui le notificazioni, la partecipazione a distanza, gli atti, la videoregistrazione e fonoregistrazione quali forme documentative.

2. – Iniziando dalle notificazioni, si individua una sorta di regola aurea: se il destinatario è munito di un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato, tale indirizzo rappresenta il domicilio informatico. In questa prospettiva, l'art. 148 c.p.p. prevede che le notificazioni degli atti vengano effettuate con modalità telematiche, salvo che la legge disponga diversamente.

In linea con l'evoluzione tecnologica, la riforma fa leva sul concetto di domicilio digitale. Si tratta di un domicilio non tangibile e coincidente con «un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato (...) valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale»<sup>(16)</sup>.

Si apre dunque la via ad un ampio uso delle notifiche telematiche, con qualche difetto di coordinamento. In particolare, si può rilevare come nella relazione illustrativa si affermi testualmente che il domicilio digitale coincide con la pec, mentre nel testo normativo si effettua talora un generico riferimento alla posta elettronica<sup>(17)</sup>. Al riguardo, occorre chiedersi se si sia in presenza di un refuso o di una precisa *voluntas legis*,

<sup>(14)</sup> Il riferimento è alla Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», in *Gazz. Uff. Suppl. Str.* n. 5, 19 ottobre 2022, 182 e 185.

<sup>(15)</sup> Per una analisi critica dell'efficienza considerata alla stregua di «valore in sé» della giustizia penale, cfr. F. Siracusano, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della «Riforma Cartabia»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2023, p. 152 ss. Rileva come, secondo un'impostazione moderna, ma al tempo stesso di difficile attuazione, la riforma Cartabia miri ad attuare l'efficienza «attraverso una mentalità ingegneristica e meccanismi che non esiterei a definire "algoritmici", che hanno come tratto caratterizzante la volontà di governare l'accertamento giurisdizionale mediante criteri decisori e tempistiche procedurali di tipo "automatizzato", appositamente costruiti per ottenere determinati risultati», M. Daniele, *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in *Sist. pen.* 2023, p. 20.

<sup>(16)</sup> In questi termini, cfr. art. 1, comma 3, lett. n-ter, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. Codice dell'Amministrazione digitale).

<sup>(17)</sup> Si veda l'art. 149, comma 4, c.p.p.

trattandosi di notificazioni urgenti. Non si tratta, però, di un aspetto di poco conto, perché esso potrebbe fungere da grimaldello per l'insinuarsi di molte eccezioni difensive.

A fronte di un assetto basato sulle notifiche telematiche, la riforma Cartabia prevede però anche un baluardo garantista all'art. 157 c.p.p., stabilendo che la prima notificazione all'imputato continui ad avvenire mediante documento analogico (quindi, cartaceo).

Quanto alle notificazioni telematiche, è indubbio che esse si caratterizzano per rapidità non solo dell'inoltro, ma anche della ricezione. Tuttavia, non mancano dei profili di criticità, su cui pare opportuno soffermarsi.

Un primo aspetto attiene all'attribuzione di una sorta di «responsabilità oggettiva» in capo al titolare della pec, su cui grava l'onere della corretta gestione del mezzo informatico, essendo infatti responsabile di qualunque disguido tecnico, come il non avere ricevuto la notificazione perché la casella pec era «piena», anche nel caso in cui il titolare non avesse contezza di avere esaurito lo spazio massimo a disposizione<sup>(18)</sup>. Se un simile approccio può apparire condivisibile a fronte di notifiche effettuate nei confronti di coloro – si pensi agli avvocati o alle società – che sono tenuti per legge ad attivare una pec, non mancano invece le perplessità in rapporto ad altri soggetti, poco avvezzi a consultare un simile strumento.

Un secondo profilo su cui riflettere appare rappresentato dal rischio di una discriminazione fattuale in conseguenza dell'uso della pec, che si declina su più piani. Anzitutto, il *digital divide* si può riflettere in una discriminazione tra soggetti più tecnologici e persone che hanno una minore confidenza con l'uso della tecnologia, come gli anziani o le persone affette da determinate patologie. Inoltre, non bisogna dimenticare che la pec è in larga parte sconosciuta all'estero. Non è dunque escluso che si verifichi una discriminazione informativa nei confronti di taluni stranieri, che potrebbero essersi dotati di una pec quale mero strumento atto a sostituire una raccomandata, senza rendersi conto che essa è pure un domicilio digitale. Un aspetto, quest'ultimo, che si estende a tutti i soggetti meno informati da un punto di vista giuridico.

Inoltre, si possono delineare delle disfunzioni. Di per sé, la pec è uno strumento che consente di avere la prova della ricezione della missiva da parte del destinatario. Da un punto di vista tecnico, ciò avviene mediante

---

<sup>(18)</sup> Attualmente, la pec è un servizio soggetto a rinnovo. Di conseguenza, una pec potrebbe non essere consegnata al destinatario anche se il titolare si fosse dimenticato di effettuare il rinnovo per un solo giorno.

l'invio al mittente di una «ricevuta di accettazione» e di una «ricevuta di avvenuta consegna». Naturalmente, se a fronte della spedizione di una pec non seguisse la ricevuta di accettazione e/o di avvenuta consegna, l'*impasse* sarebbe agevolmente rilevabile. Al contrario, qualora pervenissero comunque tali ricevute, ma, in concreto, la pec non fosse stata consegnata, il destinatario si troverebbe dinanzi ad una sorta di *probatio* diabolica, con possibile *vulnus* sul piano difensivo. Certo, il verificarsi di una simile evenienza si caratterizza per una probabilità prossima allo zero. Tuttavia, essa non è zero. Invero, al di là dell'aura di infallibilità che connota la tecnologia, essa è intrinsecamente connotata da un margine di errore.

Ancora, ulteriori profili di criticità si ricollegano al fatto che la pec è idonea a garantire la mera conoscenza legale dell'atto, con possibili riverberi negativi in ordine alla conoscenza effettiva del processo, rispetto alla quale, come noto, non sono mancate le censure della Corte europea nei confronti dell'Italia, senza dimenticare le previsioni della direttiva 2016/343/UE.

3. – Oltre alle notificazioni, la riforma Cartabia sembra caratterizzarsi per una seconda linea di intervento che riguarda la partecipazione a distanza. Come noto, si tratta di un tema poliedrico, delicatissimo per i principi ed i diritti fondamentali coinvolti, su cui si scontrano impostazioni differenti, tra fautori dell'ampliamento di un simile istituto e oppositori dello stesso<sup>(19)</sup>.

---

(19) La dottrina sul tema è particolarmente ampia. *Ex multis*, cfr. M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino 2012, p. 19; M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sist. pen.* 15 febbraio 2021, p. 62 ss.; G. Di Chiara, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, in questa *Rivista* 2018, p. 1479; L. Kalb, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998 n. 11 (cd. legge sulla videoconferenza)*, coordinato da A.A. Dalia, M. Ferraioli, Milano 1998, p. 81; S. Lorusso, *Dibattimento a distanza vs. «autodifesa»*, in *Dir. pen. cont.* 17 maggio 2017, 217 ss.; O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.* 2020; D. Negri, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen.* 2018, p. 567 ss.; D. Negri, *Atti e udienze «a distanza»: risvolti inquisitori di una transazione maldestra alla giustizia digitale*, a cura di D. Castro-nuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano 2023, p. 449 ss.; C. Pansini, *Diritto di difesa*, in Associazione degli Studiosi del Processo Penale, *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale. Atti del XXXIV convegno nazionale, Salerno 25-27 ottobre 2018*, Milano 2018, p. 282; L. Scomparin, *Contenuti eterogenei per le novità in tema di partecipazione a distanza dell'imputato al procedimento*, in *Il decreto «antiscarcerazioni». Commento al D.L. 24 novembre 2000, n. 341, convertito dalla Legge 19 gennaio 2001, n. 4*, a cura di M. Bargis, Torino 2001, p. 146 ss.; nonché,

La riforma amplia il perimetro operativo dell'istituto, ammettendone il ricorso per gli atti del pubblico ministero o della polizia giudiziaria, sia pure subordinati alla condizione che vi sia il *placet* della parte; per gli accertamenti tecnici non ripetibili e per l'interrogatorio dell'indagato, anche delegato; per il videocollegamento di testimoni, imputati in procedimento connesso, periti e consulenti tecnici e parti private, ancora una volta con il consenso delle parti; per l'interrogatorio a distanza pure nell'ambito della procedura estradizionale; per l'esame degli operatori sotto copertura, sentite le parti. Ancora, nel procedimento camerale e nel procedimento di esecuzione si prevede la possibilità di audizione a distanza della persona che richiama di essere sentita e risulti detenuta o internata in un luogo fuori dalla circoscrizione del giudice. Inoltre, lo stesso interrogatorio di garanzia della persona sottoposta a misura cautelare può essere svolto a distanza, sul presupposto che una simile evenienza sarebbe preferibile perché l'interrogatorio verrebbe svolto dal giudice che ha studiato il fascicolo e non da uno che non ne ha avuto una precedente conoscenza. Dal canto loro, anche l'udienza di convalida dell'arresto e del fermo possono essere partecipate a distanza.

Si tratta di allargamenti significativi dell'impiego del videocollegamento che, in talune ipotesi, potranno contribuire al miglioramento del sistema.

Tuttavia, l'esperienza della pandemia e della didattica a distanza induce chi scrive a ritenere il videocollegamento un mero surrogato della partecipazione in presenza, in cui si annida il rischio di un *vulnus* sia difensivo sia dell'equo processo, mentre si stendono le ombre di una sorta di anestizzazione dell'udienza, ove la distanza fisica dell'imputato rispetto al giudice può sin anche rassicurare quest'ultimo, in qualche modo liberato del peso psicologico che la vicinanza dell'imputato può dare.

Se la presenza fisica in udienza appare il presupposto dell'effettività di diritti fondamentali, non va però sottaciuto come, non di rado, la realtà delle udienze sia ben lontana da quell'aurea di sacralità che la connota nell'immaginario collettivo. Si pensi all'architettura di certe aule che fa sì che imputato e testimoni si trovino ad una tale distanza dal giudicante da impedire a quest'ultimo di coglierne i tratti prosodici; alle situazioni caratterizzate dal mal funzionamento dei microfoni oppure ai casi in cui strutture posticce o colonne oscurino la vista. Ancora, l'andirivieni non solo vorticoso, ma anche assai rumoroso delle persone che escono ed

---

volendo, S. Signorato, *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in *Leg. pen.* 20 novembre 2017.

entrano dall'aula di udienza, il fatto che chi attende in aula è spesso incline a colloquiare con il vicino o a telefonare, tende a rendere l'aula un luogo tutt'altro che silenzioso, traducendosi in una sorta di *locus supplicii* per il mantenimento dell'attenzione da parte del giudicante, dei testimoni e dei difensori stessi. Difficile dire se, in questi casi di patologia del sistema, sarebbe addirittura più garantista ricorrere al videocollegamento<sup>(20)</sup>.

Dal canto suo, la riforma Cartabia subordina in molte ipotesi la partecipazione a distanza al consenso delle parti. Di primo acchito, una simile impostazione appare particolarmente garantista. Tuttavia, essa sembra celare un'insidia: la scelta potrebbe dipendere dalle condizioni economiche della parte. Nello specifico, la parte economicamente più debole potrebbe essere quella più incline ad acconsentire alla partecipazione a distanza, al fine di non sostenere i costi connessi alla trasferta del proprio consulente tecnico e del difensore. Luci ed ombre sembrano dunque caratterizzare il consenso delle parti.

4. – Venendo a un terzo ambito di intervento della riforma Cartabia, esso riguarda la disciplina degli atti. Si prevede, infatti, che gli atti che richiedono la forma scritta debbano essere redatti, sottoscritti, depositati<sup>(21)</sup>, conservati in forma digitale, intonando quindi il *de profundis* agli

---

<sup>(20)</sup> Come pure, laddove si tratti di esaminare dei consulenti tecnici su questioni non complesse, il ricorso al videocollegamento può rimediare a talune distorsioni. Si pensi ai casi in cui la polizia giudiziaria venga indicata come consulente tecnico in un processo che si svolge a chilometri di distanza dalla sede di servizio, per poi apprendere che l'udienza è rinviata, con sottrazione di risorse alle indagini in termini di persone e depauperamento economico legato alla inutile trasferta.

<sup>(21)</sup> Al riguardo, si precisa che il d.m. 4 luglio 2023 ha previsto che 103 atti debbano essere depositati dai difensori esclusivamente in via telematica, mediante il portale deposito atti penali (c.d. PDP). Tale decreto avrebbe dovuto entrare in vigore il quindicesimo giorno successivo al 5 luglio, data della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Tuttavia, il successivo d.m. 18 luglio 2023 di integrazione al decreto 4 luglio 2023 ha previsto che l'efficacia di quest'ultimo decreto ministeriale decorra dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 87, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. In materia, è poi intervenuto il d.m. 29 dicembre 2023, n. 217 che ha stabilito «le regole tecniche riguardanti il deposito, la comunicazione e la notificazione con modalità telematiche degli atti e documenti, nonché la consultazione e gestione dei fascicoli informatici nel procedimento penale e nel procedimento civile, assicurando la conformità al principio di idoneità del mezzo e a quello della certezza del compimento dell'atto». In particolare, l'art. 3, comma 5, d.m. 29 dicembre 2023, n. 217 ha espressamente previsto che, a partire dal 1° gennaio 2026, il deposito di atti, documenti, richieste e memorie avvenga esclusivamente in via telematica. Non solo in tema di deposito telematico, ma anche per un inquadramento sistematico sulla riforma Cartabia, cfr. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.* 2 novembre 2022, p. 6 ss.

atti cartacei, con l'obiettivo che essi vengano sostituiti da atti nativi digitali, vale a dire creati sin dall'origine in modalità digitale, nella direzione di un processo *paperless* <sup>(22)</sup>, dematerializzato.

La riforma apporta però dei correttivi. Si ammette che, qualora la natura o le specifiche esigenze processuali impediscano la redazione dell'atto in forma digitale, sia consentito il ricorso alle modalità tradizionali, come avviene nella ipotesi della memoria redatta da un imputato in stato di detenzione. Inoltre, realisticamente, viene prevista una disciplina *ad hoc* per i casi di malfunzionamento informatico che impediscano il deposito cartaceo. Tuttavia, il malfunzionamento può essere sia generale, e quindi certificato, ma anche del singolo ufficio. In quest'ultimo caso, potrebbero residuare dei margini di arbitrarietà e di differenziazione tra uffici, con conseguente disparità di trattamento tra utenti di uffici diversi, circa l'individuazione e la perimetrazione dei casi di malfunzionamento.

Negli altri casi, invece, la regola è il fascicolo telematico e l'attuazione del processo penale telematico.

Al riguardo, non mancano punti di forza e criticità.

Sotto il primo profilo, la creazione di un fascicolo telematico è anzitutto idonea a ridurre le prassi devianti. Ancora una volta, al di là dell'ortodossia, va evidenziato come vi siano Tribunali in cui, dopo le udienze, i fascicoli vengono abbandonati in aula e recuperati da chi di competenza soltanto molte ore dopo o il giorno successivo, divenendo nel frattempo facile preda di chiunque, anche ai meri fini della loro consultazione, con gravissima lesione di diritti fondamentali tra cui, se non altro, il diritto alla *privacy*. Almeno, il fascicolo telematico non corre il rischio di essere abbandonato in aula.

In secondo luogo, la creazione del fascicolo telematico dovrebbe consentirne una più agevole consultazione da parte dei difensori, purché lo stesso non venga frammentato al suo interno in plurime cartelle e *file*.

Quanto alle ulteriori criticità, esse si addensano sul fatto che un processo penale telematico rispettoso dei diritti fondamentali presuppone l'impiego di idonei applicativi, oltretutto in grado di comunicare agevolmente tra loro, e di interventi informatici tempestivi volti a eliminare i disservizi che dovessero insorgere. Ma un simile assetto implica disponi-

---

<sup>(22)</sup> Al riguardo, cfr. B. Galgani, *Il processo penale paperless: una realtà affascinante, ancora in divenire*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Torino 2019, p. 245 ss.; M. Gialuz, M. Della Torre, *D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla «giustizia virtuale» servono maggiore cura e consapevolezza*, in *Sist. pen.* 9 novembre 2020; nonché S. Lorusso, *Il cigno nero del processo penale*, in *Sist. pen.* 11 maggio 2020.

bilità di persone e di risorse. Dal canto suo, la riforma ha rimesso al decreto del Ministro della giustizia, sentito il Garante della *privacy*, le specifiche regole tecniche riguardanti il deposito, la comunicazione e la notificazione in modo tale da «assicurare la conformità al principio di idoneità del mezzo a quello della certezza del compimento dell'atto».

5. – Infine, un ulteriore campo di intervento della riforma Cartabia è volto ad ampliare il ricorso alla videoregistrazione e alla fonoregistrazione quali forme documentative degli atti. In particolare, in funzione euristica, viene prevista la videoregistrazione per le prove dichiarative e per gli interrogatori tenuti fuori dall'udienza (senza compresenza delle parti in contraddittorio). Inoltre, l'esame dei testimoni, periti e consulenti tecnici, delle parti private e delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. nonché gli atti di ricognizione e confronto sono documentati anche con mezzi di riproduzione audiovisiva, ad eccezione dei casi di contingente indisponibilità di strumentazione di riproduzione o di personale tecnico. Dal canto loro, le informazioni e le dichiarazioni che riguardino persona minorenni, inferma di mente o in condizione di particolare vulnerabilità vanno documentate con ripresa audiovisiva a pena di inutilizzabilità salvo, ancora una volta, che si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico e sussistano particolari ragioni di urgenza.

Se Cordero riteneva la videoregistrazione un «virtuosismo tecnico», con la riforma Cartabia essa sembra trasformarsi da «virtuosismo tecnico»<sup>(23)</sup> in virtuosa tecnica documentativa, a cui fa da *pendant* l'audioregistrazione prevista per le sommarie informazioni.

Il legislatore subordina però l'attuazione di una simile garanzia alla disponibilità di mezzi tecnici. Il che apre la via ad uno scarso impiego di tale forma documentativa, attesa la cronica mancanza di strumentazione in uso a procure e forze di polizia<sup>(24)</sup>. Non è poi da escludere che, a fronte della carenza di mezzi, gli operatori optino per effettuare le registrazioni utilizzando il proprio telefono cellulare personale (soprattutto nel caso in

---

(23) Così, F. Cordero, *Codice di procedura penale commentato da Franco Cordero*, Torino 1990, p. 345.

(24) Sotto altro profilo, occorre evidenziare come, non di rado, procure e forze di polizia non siano messe nelle condizioni di stare al passo con i tempi. Ne è un esempio il fatto che, anacronisticamente, esse siano di regola sprovviste di un account *Facebook* creato appositamente a fini investigativi. In concreto, il problema viene risolto grazie alla buona volontà degli operatori che usano il loro account *Facebook* personale, utilizzando oltretutto la propria connessione ad *internet*.

cui non dispongano di un telefono di servizio), con tutti i problemi che ne deriverebbero qualora i dati non venissero salvati sulla memoria del cellulare, ma su *Cloud* ancorati a server esteri.

6. – Sin qui, si sono esaminati i principali ambiti di intervento del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. Ciò premesso, pare opportuno soffermarsi ora sulle sfide, a cominciare dal regime delle invalidità.

Dal canto suo, il legislatore della riforma ha centellinato i casi di nullità, prevedendoli in rapporto alla partecipazione a distanza, nel caso in cui non garantisca il contraddittorio, l'effettiva partecipazione delle parti all'atto o all'udienza e la reciproca visibilità delle persone, nonché in riferimento alle notificazioni, laddove vengano effettuate con mezzi che non soddisfino i requisiti tecnici indicati all'art. 148, comma 1, c.p.p.

A fronte di altre situazioni patologiche, invece, si tace sul possibile vizio che potrebbe connotarle. Al riguardo, la Relazione illustrativa precisa di non aver voluto appesantire il sistema con ulteriori previsioni di invalidità per evitare le «tensioni e le pressioni» che la loro introduzione avrebbe potuto determinare<sup>(25)</sup>.

Residua però un dubbio. Il diritto processuale penale è una scienza pratica, secondo la classificazione aristotelica. Se questo è vero, ci si può chiedere se la mancanza di previsioni di nullità e di forme di invalidità sia una presa d'atto da parte del legislatore dell'erosione applicativa del sistema delle invalidità. Alcuni esempi potranno essere d'aiuto per meglio comprendere la problematica.

È un dato di fatto come sia rarissimo che un giudice di pace pronunci una declaratoria di nullità o sancisca un'inutilizzabilità. Eppure la competenza del giudice di pace ha subito una marcata dilatazione, al punto da ricomprendervi reati tutt'altro che bagatellari. Il punto è però il seguente. Acclarare una nullità significa riconoscere che è stato commesso un errore, in un'epoca in cui gli errori derivano spesso anche da un errato utilizzo della tecnologia. Basti pensare che i «copia e incolla» di parti di un provvedimento sono sempre più frequenti. Si pensi solo a un decreto di citazione in cui rimangano frasi di un diverso decreto di citazione riguardante un altro procedimento. In simili ipotesi, la legge non accorda la possibilità di correggere l'errore. L'unica via è la declaratoria di nullità. Tuttavia, il processo penale non vive solo di regole, ma anche di dinamiche umane, differenti da processo a processo. Inutile nascondere che, a livello strategico, taluni difensori siano restii a eccepire certe nullità innanzi al giudice

---

(25) Cfr. Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, cit., p. 185.

di pace, temendo che esse passino da causa di nullità ad atti di lesa maestà<sup>(26)</sup>.

Se, poi, si focalizza l'attenzione sull'inutilizzabilità, è possibile rilevare come la giurisprudenza abbia in larga parte eroso l'ambito applicativo di questo istituto. Si pensi solo alla disciplina prevista dall'art. 351 c.p.p., secondo la quale nell'assumere sommarie informazioni da persone minorenni il Pubblico Ministero si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, o all'art. 362 c.p.p., ove è pure prevista la presenza di un simile esperto. La giurisprudenza ha peraltro svuotato il contenuto prelettivo di questa norma, prevedendo costantemente che l'«assunzione di sommarie informazioni da un minore in un procedimento per i reati elencati dall'art. 351 comma 1 *ter* c.p.p. non richiede obbligatoriamente l'assistenza di un esperto in psicologia e psichiatria infantile, non essendo questa imposta dalla legge, né prevista a pena di inutilizzabilità»<sup>(27)</sup>.

Sulla base dei rilievi svolti ci si può chiedere se il fatto che la riforma Cartabia lesini nel prevedere forme di invalidità rappresenti una presa d'atto della crisi in cui versa il sistema delle invalidità oppure sia una rinuncia a dettare ulteriori garanzie. A fronte della difficoltà di trovare una risposta a una simile domanda, occorre interrogarsi sul ruolo del paradigma garantista e su quali siano gli argini oltre i quali esso non può essere eroso.

7. – Quanto ad una ulteriore sfida, essa appare rappresentata dalla strumentazione tecnica. È indubbio che ci siano delle criticità sia in termini di dotazione delle risorse, sia in riferimento agli stessi sistemi informatici in uso.

Quanto alle risorse, è un dato di fatto che procure e forze di polizia possono contare su una strumentazione spesso obsoleta e comunque insufficiente. Non mancano, poi, i casi in cui le pur moderne dotazioni informatiche appaiono inadeguate rispetto alle necessità, come potrebbe accadere se si rifornisse un ufficio di polizia di *computer* privi di lettore

---

<sup>(26)</sup> Dal canto loro, specie nei tribunali dal ridotto organico, i giudici di pace sono spesso a disagio nel dichiarare una nullità perché ciò potrebbe implicare di affermare, ad esempio, che il pubblico ministero, di regola togato, ha sbagliato. Sicché, psicologicamente, il giudice di pace può preferire che la decisione sulla declaratoria di nullità venga presa da altro giudice.

<sup>(27)</sup> Così, Cass. pen., sez. IV, 12 marzo 2013, n. 16981, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, p. 374, con nota di C. Gabrielli, *La partecipazione dell'esperto all'audizione del minore come cautela facoltativa: una discutibile lettura di una disciplina ancora inadeguata*, *ibidem*, p. 379 ss.

dvd, quando l'attività investigativa richiede invece di visualizzare il contenuto di tali dvd.

C'è poi il problema della strumentazione tecnica del collegamento a distanza. L'introduzione dell'art. 133-ter c.p.p. circa le modalità e le garanzie della partecipazione a distanza prevede oltretutto che un simile collegamento avvenga da ufficio giudiziario o da un ufficio di polizia giudiziaria individuato dall'autorità giudiziaria, previa verifica della disponibilità di dotazioni tecniche e condizioni logistiche idonee. In passato, il videocollegamento a distanza ha svelato molte criticità, tra difficoltà di tenuta della connessione, condizioni audio non soddisfacenti e disguidi tecnici vari. L'auspicio è che le nuove strumentazioni rendano sempre più ottimali simili collegamenti.

Quanto ai sistemi informatici in uso, resta in filigrana un problema che connota la digitalizzazione. Spesso, essa viene concepita come una mera trasposizione tecnologica, mentre il «non interrogarsi su come il formante tecnologico possa incidere sugli assetti morfologici del rito alimenta la tendenza, da parte del normatore, ad una certa passività nei riguardi della dimensione stipulativa della tecnica<sup>(28)</sup>».

Come noto, uno dei principi cardine della delega legislativa all'emanazione del vigente codice di procedura penale è rappresentato dalla «massima semplificazione con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale». Un simile principio ispiratore dovrebbe essere un faro anche in materia di piattaforme informatiche. Non va infatti sottaciuto che sistemi non adeguati possono determinare significative complicazioni, se non la paralisi. Sono necessari sistemi informatici di facile utilizzo.

Tuttavia, questi ultimi sono realizzati da persone che, di regola, non hanno una formazione giuridica e la cui priorità è rappresentata dal funzionamento e dalla sicurezza informatica e non sempre dalla semplicità di uso per l'utente.

Nella realtà operativa, si scorgono magistrati che, per riuscire a leggere gli allegati di un atto, si avvalgono di un secondo *device* sicché, al di là del sistema del doppio fascicolo, sembrano ricorrere pure a quello del «doppio computer». Dal canto loro, anche i difensori si trovano a confrontarsi con sistemi non sempre agevoli e che richiedono la conoscenza di informazioni tecniche, a partire dal formato e dalla dimensione del file, alla sottoscrizione digitale dello stesso mediante firma elettronica, e così via.

---

<sup>(28)</sup> In questi termini, B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale «virtuoso»*, Milano 2022, p. 156. Non va poi sottaciuto il rischio evidenziato da O. Mazza, *Immediatezza e crisi sanitaria*, cit., p. 462 che sotto l'ombrello della modernità telematica si attuino profonde revisioni del processo penale, corredate da scarse garanzie.

In materia sembra annidarsi il rischio che l'attenzione degli operatori del diritto si sposti dal contenuto dell'atto alla sua gestione digitale, risucchiando parte del tempo a disposizione in adempimenti prettamente tecnici con conseguente frustrazione del ruolo del giurista.

Per questo motivo, occorre che gli operatori del diritto richiedano la semplificazione ai tecnici. Nel mondo dell'informatica si fa spesso riferimento al concetto di architettura informatica. In effetti, in questo ambito vale ciò che potrebbe essere rivolto a taluni architetti. Se l'opera creata è destinata ad essere utilizzata, non basta ragionare in termini di bellezza o di innovazione, essendo parimenti necessario che, quantomeno, quell'opera non peggiori le condizioni di vita di chi ne fruisce.

In qualsiasi settore, il parametro di riferimento dovrebbe essere *primum non nocere*. Invece, certe opere inducono a pensare che un dantesco contrappasso potrebbe essere quello di infliggere agli architetti di dover abitare nei luoghi da loro ideati. Analogamente, le architetture informatiche devono essere create pensando a chi le utilizza, in modo da garantirne un agevole uso.

Se è possibile creare siti di *e-commerce* agevolmente fruibili per i consumatori, non si vede perché l'obiettivo della semplificazione e dell'agevole utilizzo non debba contraddistinguere anche le piattaforme che vengono in rilievo nel sistema giustizia. Certo, l'assetto è decisamente più complesso, ma è un obiettivo che deve essere perseguito tenacemente, garantendo anche che le piattaforme comunichino tra loro.

Naturalmente, allo stato, il processo penale telematico è ancora in divenire. Di conseguenza, un periodo di assestamento è del tutto fisiologico. L'auspicio, però, è che i giuristi non abdichino al proprio ruolo e che si oppongano con forza all'idea di un giurista al servizio dell'informatica, nella direzione di un'informatica al servizio del giurista, animati dalla consapevolezza che la digitalizzazione deve assolvere ad una funzione servente e non svilente. Non bisogna infatti mai dimenticare che «nel processo il fine non può essere la tecnica, ma deve rimanere il “giusto accertamento” *ex art. 111 Cost.*»<sup>(29)</sup>.

8. – Un'ulteriore sfida è rappresentata dalla sicurezza dei dati<sup>(30)</sup> e

---

<sup>(29)</sup> Così, R. Aprati, *Il distanziamento sociale. Un nuovo paradigma per il processo penale?*, in *Sist. pen.*, 23 febbraio 2021, p. 136.

<sup>(30)</sup> Il tema della sicurezza dei dati è aspetto di primaria importanza, al centro della riflessione anche europea. A livello italiano, si può ricordare il d.lgs. 3 agosto 2022, n. 123 recante Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Titolo III «Quadro di certificazione della cibersicurezza» del regolamento (UE) 2019/881 del Parla-

dalla necessità di garantirne la *privacy* <sup>(31)</sup>. Il che discende da vari fattori e si ricollega anche al luogo ove i dati sono conservati.

A titolo esemplificativo, si può ricordare come i dati immessi dagli utenti in un profilo *Facebook* o *Whatsapp* non si trovino fisicamente all'interno del telefono cellulare o del computer, ma in uno spazio virtuale, denominato *Cloud*, che si ricollega ad un *server*, tendenzialmente ubicato all'estero <sup>(32)</sup>.

Certo, i dati investigativi e processuali non vengono conservati su *Facebook* o *Whatsapp*. Tuttavia, da un punto di vista tecnico, potrebbero essere conservati su *server* esteri. Una simile collocazione porrebbe però una serie di problemi circa il rispetto di principi e diritti fondamentali. Si pensi ai dati dell'archivio delle intercettazioni. Si tratta di dati delicatissimi <sup>(33)</sup>. Già prima della riforma Cartabia, il legislatore ha condivisibilmente avvertito la necessità di porre dei limiti ben precisi, stabilendo che i dati dell'archivio delle intercettazioni debbano essere conservati in *server* all'interno delle procure. Ancora, un decreto legge <sup>(34)</sup> in materia di sem-

mento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 («regolamento sulla cibersicurezza»).

<sup>(31)</sup> Nella codificazione del 1988, il tema del rapporto tra sistema processuale penale e diritto alla *privacy* rimaneva assai in ombra, divenendo invece, successivamente, sempre più centrale a causa della mutata sensibilità in materia. Per più ampie riflessioni in materia, si rinvia a L. Lupária Donati, *Diritto alla privacy*, in Associazione degli Studiosi del Processo Penale, *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale. Atti del XXXIV convegno nazionale, Salerno 25-27 ottobre 2018*, Milano 2018, 97 ss.; L. Parlato, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali*, in Associazione degli Studiosi del Processo Penale, *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale. Atti del XXXIV convegno nazionale, Salerno 25-27 ottobre 2018*, Milano 2018, pp. 119-224; nonché, sul rapporto tra *privacy* e prova, C. Conti, *Riforma Orlando: riprese fraudolente, intercettazioni, archiviazione e impugnazioni. Le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, in *Giur. it.* 2018, p. 1754.

<sup>(32)</sup> Oltretutto, l'ubicazione dei dati all'interno del *Cloud* pone significative questioni giuridiche nei casi in cui tali dati debbano essere raccolti a fini probatori. Al riguardo, si rinvia a M. Daniele, *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 2019, p. 1277 ss.

<sup>(33)</sup> Il tema apre alla riflessione sui possibili sviluppi futuri, se è vero che negli Stati Uniti ci si avvale già dell'*automatic processing* dei dati al fine di valutare se dare avvio ad indagini federali. Al riguardo, cfr. E.M. Mancuso, *L'ingresso dei big data nel procedimento penale*, in Associazione degli Studiosi del Processo Penale, *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale. Atti del XXXIV convegno nazionale, Salerno 25-27 ottobre 2018*, Milano 2018, 171, con riferimento anche alla nota 3.

<sup>(34)</sup> Al riguardo, si veda l'art. 35, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, ove si prevede lo sviluppo di una infrastruttura sita

plificazione ha chiarito che i futuri *server* dovranno essere totalmente italiani. Su questo aspetto è intervenuto anche il garante della privacy<sup>(35)</sup>, sottolineando che la «delocalizzazione dei server in territori non soggetti alla giurisdizione nazionale costituisce (...) un evidente *vulnus* non soltanto per la tutela dei diritti degli interessati, ma anche per la stessa efficacia e segretezza dell'azione investigativa». Non bisogna inoltre dimenticare come i dati giudiziari possano contenere non solo dati personali, ma anche dati sensibili.

In aggiunta, la stessa Corte costituzionale ha chiarito sin dal 1973<sup>(36)</sup> che in materia di intercettazioni l'autorità giudiziaria deve poter esercitare anche «di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione». Dal che, ancora una volta, sembra derivare la necessità di utilizzo di *server* italiani.

Sotto altro profilo, occorre inoltre ricordare come la riforma Cartabia introduca in seno alle disposizioni di attuazioni al c.p.p. l'art. 64-ter, il quale sancisce sin dalla rubrica il diritto all'oblio degli imputati e delle persone sottoposte ad indagini. Al di là delle criticità che connotano tale normativa<sup>(37)</sup>, occorre però rilevare che in un sistema aperto come la rete l'effettivo esercizio del diritto all'oblio resti di difficile attuazione.

9. – Venendo a delle riflessioni conclusive, appare opportuno soffermarsi sulle possibili metamorfosi sistemiche e sull'impiego del linguaggio nell'ambito del processo penale telematico.

Quanto al primo profilo, uno studio di psicologia del Dartmouth College del 2016<sup>(38)</sup> schiude alcuni interrogativi. Secondo tale ricerca vi sarebbe una differenza tra leggere un testo cartaceo e uno in formato digitale. Nello specifico, la lettura da *computer* inciderebbe sul livello di attenzione del lettore, rendendolo frammentato; inoltre, vi sarebbe una

---

sul territorio nazionale al fine della razionalizzazione e del consolidamento dei centri per l'elaborazione delle informazioni (CED).

<sup>(35)</sup> Cfr. garante per la protezione dei dati personali, *Segnalazione al Parlamento e al Governo sulla disciplina delle intercettazioni mediante captatore informatico*, 30 aprile 2019 [doc-web 9107773], 3.

<sup>(36)</sup> Il riferimento è a Corte cost. 6 aprile 1973, n. 34.

<sup>(37)</sup> Per tutti, cfr. A. Procaccino, *L'oblio nella Riforma Cartabia: rose e spine*, in *Giur. it.* 2022, p. 1028.

<sup>(38)</sup> G.F. Kaufman, M. Flanagan, *High-Low Split: Divergent Cognitive Construal Levels Triggered by Digital and Non-digital Platforms*, in *CHI '16: Proceedings of the 2016 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, May 2016, p. 2773 ss.

maggiore focalizzazione dell'attenzione sui dati concreti rispetto a quelli astratti, con indebolimento della capacità di raccordarsi all'astrazione.

Qualora i risultati di questo studio fossero corretti, occorrerebbe sondarne le ricadute nel settore della giustizia penale, in particolare chiedendosi se il giudice che legga verbali ed atti dal computer corra il rischio di concentrarsi maggiormente sul fatto e di relegare in un ambito sempre più ristretto l'inquadramento sistematico e la riconduzione alla fattispecie astratta.

Ciò potrebbe riverberare i suoi riflessi anche sulla motivazione. In dottrina<sup>(39)</sup>, ci si è chiesti se la motivazione sia solo una garanzia oggettiva o anche soggettiva e se esista ancora un diritto alla motivazione. Con l'avvento del processo penale telematico, a tali domande sembra aggiungersi un ulteriore quesito, volto a comprendere se ci possa accontentare di una motivazione sbilanciata sul fatto.

Il rischio è lo svilimento della capacità di ragionamento sistematico e di un approccio sempre più casistico, *input/output*, il quale ultimo, poi, schiude a propria volta la via al tema dell'intelligenza artificiale sia a fini predittivi che decisori. Al riguardo appaiono interessanti i siti di intelligenza artificiale predittiva di alcune corti d'appello, liberamente consultabili da chiunque<sup>(40)</sup>. La loro modalità di funzionamento appare emblematica, perché poggia sullo schema *se/allora*<sup>(41)</sup>, giungendo ad una previsione di sentenza che si basa sulle analoghe e precedenti sentenze rese in materia.

Dinanzi a un simile assetto, però, il giudice che intenda emanare un provvedimento innovativo, non dovrebbe discostarsi solo dai precedenti non conformi, ma anche dalla predizione decisoria, che finirebbe per assurgere ad una sorta di «precedente rafforzato», con il rischio di una sua metamorfosi in quel vincolo del precedente<sup>(42)</sup> caro alla tradizione di *common law*<sup>(43)</sup>.

<sup>(39)</sup> Il riferimento è all'articolo di S. Lorusso, *Diritto alla motivazione*, in Associazione degli Studiosi del Processo Penale, *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale. Atti del XXXIV convegno nazionale, Salerno 25-27 ottobre 2018*, Milano 2018, 1303 ss.

<sup>(40)</sup> A titolo esemplificativo, per la corte d'appello di Brescia, si rinvia a <https://giustiziapredittiva.unibs.it/home>. Tale sito non riguarda l'ambito penale, ma il diritto del lavoro e il diritto delle imprese.

<sup>(41)</sup> *Se* si ha un determinato problema giuridico, *allora* la predizione della possibile decisione sarà la seguente.

<sup>(42)</sup> Sul tema del precedente, cfr. M. Deganello, *Diritto processuale penale inglese. Prime riflessioni*, Torino 2015, p. 19 s.

<sup>(43)</sup> Senza contare il rischio del determinismo giudiziario, come posto in luce in R.E. Kostoris, *Predizione decisoria, diversione processuale ed archiviazione*, in *Sist. pen.*, 23 luglio 2021. In argomento, si veda anche G. Di Paolo, L. Pressacco (a cura di), *Intelligenza*

Infine, pare opportuno effettuare una notazione sul linguaggio. Il processo penale implica di utilizzare sistemi informatici, che vengono solitamente denominati tramite acronimi, come TIAP o SICP. Al riguardo, occorre segnalare come il lessico utilizzato all'interno dei vari portali si caratterizzi non di rado per una involuzione lessicale, anche perché i vocaboli sono spesso la traduzione di termini inglesi. Sta di fatto che il lessico è di frequente agiuridico, cacofonico e pure inelegante<sup>(44)</sup>, come dimostrano i termini «cruscotto» o «vaschetta». Di primo acchito, si potrebbe pensare che si tratti di un aspetto del tutto marginale, di interesse per i soli cultori dell'eufonia.

A ben vedere, invece, si tratta di un fenomeno più pervasivo che andrebbe monitorato ed arginato. Heidegger riteneva che non fosse l'uomo a forgiare il linguaggio, ma il linguaggio a forgiare l'uomo. Se, poi, si accede all'impostazione di Wittgenstein<sup>(45)</sup>, secondo la quale «i confini del mio linguaggio sono i confini del mio mondo», dovrebbe fare riflettere la constatazione di essere limitati da una «vaschetta» o da un «cruscotto»<sup>(46)</sup>.

---

*artificiale e processo penale. Indagini, prove e giudizio*, Quaderni della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, Trento 2022; P.P. Paulesu, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Studi in onore di R.E. Kostoris*, a cura di P.P. Paulesu, M. Daniele, S. Signorato, M. Bolognari, A. Boldrin, Torino 2023, pp. 23-48; S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Milano 2020, nonché, volendo, S. Signorato, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in questa *Rivista* 2020, p. 605 ss.

<sup>(44)</sup> Come ricordato da F. Caprioli, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in Associazione degli Studiosi del Processo Penale, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà del processo e per le garanzie dei diritti*, Milano 2007, p. 133, «ogni parola è un mondo». Sicché sarebbe opportuno che il legislatore applicasse a sé stesso una regola di autodisciplina nell'individuare i termini. Inoltre, occorrerebbe un monitoraggio lessicale anche nell'impiego dei vocaboli impiegati nell'ambito dei sistemi informatici in uso ai giuristi. Sull'uso del linguaggio e sul relativo impatto sistemico, si veda anche E. Amodio, *Smettiamo di storpiare l'italiano con il lugubre «da remoto»*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2020.

<sup>(45)</sup> Cfr. L. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Londra 1922, par. 5.6.

<sup>(46)</sup> Per analoghi rilievi, sia consentito rinviare a S. Signorato, *L'archivio delle intercettazioni. La custodia del materiale e la marcia verso la digitalizzazione delle informazioni*, in *Leg. pen.* 24 novembre 2020, p. 97.

EDOARDO BORSELLI

Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze

## OBBLIGAZIONI SOLIDALI AD INTERESSE COMUNE, IMPUGNAZIONI DEI CONDEBITORI SOCCOMBENTI E DOMANDE «INCIDENTI»

SOMMARIO: 1. Impugnazione principale proposta da un solo coobbligato soccombente: quali problemi processuali? – 2. La soluzione della giurisprudenza: legittimazione a proporre l'impugnazione incidentale tardiva in capo ai condebitori solidali condannati. Critica. – 3. Il significato da attribuire all'art. 1306 c.c. in relazione alle problematiche trattate. – 4. La soluzione accolta dalla dottrina: la proposizione della domanda incidente di garanzia come mezzo per evitare il pregiudizio di fatto cui andrebbe altrimenti incontro il condebitore rimasto condannato. – 5. Necessità per i condebitori di vincolare il consorte alla statuizione sull'obbligazione solidale in vista della futura azione di regresso e strumenti a loro disposizione per ottenere tale risultato. – 6. Conclusioni.

1. – Tra le varie questioni che ancora faticano a trovare una soddisfacente sistemazione in tema di litisconsorzio in fase di gravame, ve n'è anche una che riguarda le obbligazioni solidali a causa comune, cioè quelle obbligazioni che trovano la loro fonte nel medesimo fatto e nelle quali, internamente, il peso si ripartisce tra tutti i condebitori<sup>(1)</sup>. Queste ultime, quando vengono portate nel processo, danno luogo a un giudizio cumulativo<sup>(2)</sup>. Nel passaggio da un grado all'altro, si verifica spesso nella prassi

---

<sup>(1)</sup> Sulla nozione di solidarietà e sui confini tra la solidarietà a causa comune e quella a interesse unisoggettivo cfr., nella dottrina civilistica, D. Rubino, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili. Artt. 1285-1320*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1968, 130 ss., spec. 139 ss.; G. Amorth, *L'obbligazione solidale*, Milano 1959, 7 ss., 217 ss.; F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano 1974, 39, 42, 45 ss., 53 ss.; Id., voce *Obbligazione*; IV) *Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma 1990, 1 ss., spec. 3; M. Giorgianni, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino 1965, 675 ss.; M. Orlandi, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano 1993, 22 ss., spec. 27 s.

<sup>(2)</sup> L'opinione preferibile è infatti quella che vede nell'obbligazione solidale a interesse comune non un rapporto uno e unico con pluralità di parti, ma un fascio di rapporti strettamente connessi fra sé. Il tema è stato affrontato da numerosi studiosi di diritto civile sostanziale e processuale. In questa sede ci si limita a richiamare l'autorevole opinione di F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 34 s., 41 ss., 89 ss., 161 ss., 313

il seguente caso: Tizio ottiene la condanna in solido di Caio e Sempronio, dopodiché solo Caio impugna la sentenza<sup>(3)</sup>. Da qui scaturiscono una serie di spinosi problemi processuali: con la proposizione del gravame è devoluto al giudice di grado superiore anche il rapporto che fa capo a Sempronio rimasto inerte? Se si ritiene che quest'ultimo non sia coinvolto nel giudizio d'impugnazione, beneficia dell'eventuale sentenza di riforma ottenuta dall'altro consorte? Una volta proposto il gravame principale da Caio, può Sempronio «aderire» all'impugnazione del cointeressato contro la comune controparte? E ancora: qualora Sempronio rimanga definitivamente fuori dal giudizio di secondo grado e dunque passi in giudicato il capo di condanna che lo riguarda, rischia di veder pregiudicata la futura azione di regresso nei confronti di Caio? E al contrario, se si ammette che un simile pregiudizio non si verifichi, quali strumenti ha Caio per trascinare Sempronio nel giudizio d'impugnazione, in modo tale da ottenere una pronuncia di «assoluzione», che lo liberi definitivamente anche dall'obbligo di corrispondere la quota di regresso? La soluzione di tali complesse questioni giuridiche è attualmente affidata agli artt. 331, 332, 334 c.p.c. e all'art. 1306 c.c. Nessuna di queste norme regola direttamente la fattispecie all'attenzione del presente studio, ma ciascuna fornisce una frazione di risposta ai problemi enunciati; di conseguenza l'interprete ha la sensazione di trovarsi di fronte a uno di quei complicati giochi a incastri, nei quali quando sembra che tutti i pezzi vadano a combaciare, ne salta fuori uno che non si riesce a inserire.

Per affrontare le problematiche menzionate, occorre giocoforza confrontarsi con alcune questioni relative al passaggio da un grado di giudizio al successivo. È necessario introdurle subito, per poi approfondirle singolarmente.

---

ss.; e per una sintesi, Id., voce *Obbligazione*, cit., 3 ss., sostenitore della tesi dell'unicità del rapporto. Tale opinione è stata criticata dalla dottrina civilistica maggioritaria e non è stata accolta in ambito processualistico. Per le critiche alla tesi di Busnelli e per ulteriori riferimenti di dottrina favorevole e contraria v. B. Gambineri, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune. Profili sostanziali e processuali*, Milano 2012, 71 ss.; L. Baccaglioni, *Il processo sulle obbligazioni solidali «paritarie» e l'azione di regresso*, Milano 2015, 121 ss.; S. Menchini, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, Milano 1993, I, 592 s., nt. 383; D. Buoncristiani, *Uno spunto per una rilettura dell'art. 1306 c.c.*, in *Giust. civ.* 1989, 657.

<sup>(3)</sup> Si indaga qui il profilo della solidarietà dal lato passivo, se non altro per la maggiore importanza che la fattispecie riveste in termini statistici; inoltre, si farà prevalente riferimento al caso della soccombenza dei condebitori e dell'impugnazione di uno di essi, richiamando l'ipotesi speculare, quella in cui i condebitori vincono e il comune creditore impugna solo verso uno di loro, solo laddove reso necessario dall'esigenza di confrontare le soluzioni individuate.

La prima attiene alla collocazione delle cause relative alle obbligazioni solidali ad interesse comune nell'ambito di applicazione dell'art. 331 (cause inscindibili o dipendenti) ovvero dell'art. 332 c.p.c. (cause scindibili). A tal proposito si registrano tre diverse opinioni: a) una prima, minoritaria, che afferma in generale l'applicabilità dell'art. 331 c.p.c. <sup>(4)</sup>; b) una seconda, rimasta altrettanto isolata, che propone di applicare quest'ultima norma quando l'impugnazione ha ad oggetto questioni relative all'obbligazione solidale e dunque comuni a tutti i coobbligati <sup>(5)</sup>; c) una terza, larga-

---

<sup>(4)</sup> Cfr. F.D. Busnelli, *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1974, 433 ss., spec. 437; Id., *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 413 ss., che giustifica la propria conclusione affermando che: a) in generale la disciplina del litisconsorzio necessario e dell'art. 331 c.p.c. in fase di gravame è la più confacente alla struttura unitaria che questo tipo di obbligazioni esibiscono sul piano sostanziale (su tale tesi v. *supra*, nt. 2); b) per quelle ipotesi in cui non si applica il litisconsorzio necessario in primo grado (per l'autore le sole azioni di condanna al pagamento del debito solidale) trova spazio quell'orientamento giurisprudenziale che in virtù della teorica del litisconsorzio necessario processuale (o unitario), quello formatosi una volta instaurato il giudizio, ritiene applicabile in fase di gravame l'art. 331 c.p.c.; B. Sassani, *Coobbligati solidali e giudizio d'appello*, in questa *Rivista* 1978, 768 ss., spec. 776, che afferma l'applicazione dell'art. 331 c.p.c. sotto il profilo della dipendenza di cause, intesa come incompatibilità fra esiti decisorii (criterio elaborato da G. Fabbri, *Note in tema di integrazione del contraddittorio nei giudizi di impugnazione*, in *Giur. it.* 1969, I, 571 e poi seguito dalla gran parte della dottrina), tenuto conto che il coobbligato non impugnante potrebbe perdere il diritto di regresso a causa della riforma della pronuncia di condanna emessa nei confronti del solo consorte; M. Bove, *Spunti problematici sul litisconsorzio in fase d'impugnazione*, in *Giusto proc. civ.* 2022, 950 ss., che afferma, fra l'altro, che se non si applicasse l'art. 331 c.p.c. in fase di gravame, «non si saprebbe come far operare l'art. 1306 c.c., in particolare non si saprebbe se vale l'effetto positivo, dato che il 1306 c.c. non dice che l'estensione favorevole non potrebbe operare in questi casi di passaggio tra primo e secondo grado»; C. Perago, *Cumulo soggettivo e processo d'impugnazione*, Napoli 2002, 300 s. che afferma l'applicazione dell'art. 331 c.p.c. sotto il profilo della dipendenza, accogliendo la concezione di quest'ultima come incompatibilità fra la riforma che auspica il condebitore impugnante e il capo di sentenza passato in giudicato. Tale incompatibilità deriverebbe, secondo l'autrice, dalla circostanza che il debitore rimasto condannato, che agisce in regresso, dovrebbe provare non solo che ha pagato ma anche che l'obbligazione solidale esisteva (fatti costitutivi del diritto al regresso). La prova di quest'ultimo fatto sarebbe impossibile per quel debitore, visto che nel giudizio che lo ha visto schierato insieme al consorte contro il comune creditore ha sostenuto l'esatto contrario, ossia l'inesistenza dell'obbligazione.

<sup>(5)</sup> Cfr. G.F. Ricci, *Il litisconsorzio nelle fasi d'impugnazione*, Milano 2005, 288 ss., il quale sostiene che tra le cause facenti capo ai diversi condebitori sussiste un rapporto di interdipendenza tale per cui ogni volta che l'impugnazione è «volta ad accertare l'insussistenza del debito per fatti oggettivi» si applica l'art. 331, mentre se l'impugnazione del singolo debitore si fonda su motivi strettamente personali si applica l'art. 332 c.p.c. e M.G. Civinini, *Note per uno studio sul litisconsorzio «unitario», con particolare riferimento al giudizio di primo grado*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 495 s. testo e nt. 183. È da notare che E. Merlin, *Note su obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo e litisconsorzio nelle impugnazioni*, in questa *Rivista* 2021, 1192 ss., spec. 1194 s., sostiene che una volta che si sia adottato il criterio della rilevanza dei motivi di impugnazione come parametro alla cui

mente diffusa in dottrina e seguita anche dalla giurisprudenza, che afferma in generale l'applicazione dell'art. 332 c.p.c.<sup>(6)</sup>, con alcune eccezioni e in particolare quella in cui tra le posizioni delle parti «sussiste una obiettiva relazione, nel senso che almeno una di esse chiede accertarsi l'esclusiva responsabilità dell'altra», che ricadrebbero sotto l'art. 331 c.p.c.<sup>(7)</sup>.

---

stregua individuare la norma applicabile tra l'art. 331 e l'art. 332 c.p.c. (criterio peraltro non pienamente condiviso dall'autrice), esso dovrebbe valere indifferentemente tanto per le obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo, quanto per quelle a interesse comune.

<sup>(6)</sup> Per la giurisprudenza si richiamano, limitandosi alle più recenti, Cass., sez. un., 28 marzo 2024, n. 8486 (reperibile sul sito della Corte di cassazione, sulla quale v. *infra*, nt. 20 s.); Cass. 3 agosto 2023, n. 23688, dove è riportata la massima ricorrente secondo cui «in tema di obbligazioni solidali, la solidarietà passiva non fa sorgere un rapporto unico e inscindibile, bensì rapporti giuridici distinti, anche se fra loro connessi, e non determina perciò – di regola – una situazione di litisconsorzio necessario, nemmeno in sede di impugnazione, né dà luogo, quindi, all'applicazione dell'art. 331 c.p.c., in quanto è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, potendo il creditore ripetersi da ciascuno dei condebitori l'intero suo credito», principio che viene applicato nel caso di specie in una causa di responsabilità solidale dei sindaci di una società per azioni; Cass. 13 febbraio 2023, n. 4303, in una causa risarcitoria promossa nei confronti di un minore e dei suoi genitori *ex artt.* 2043 e 2048 c.c. La Corte, non ravvisando profili di pregiudizialità-dipendenza fra le domande, ma una connessione per titolo e per oggetto come quella tipica delle solidali paritarie, ritiene applicabile l'art. 332 c.p.c.; Cass. 4 giugno 2020, n. 10596. In dottrina v. A. Attardi, *Sui limiti di efficacia dell'art. 1306 cod. civ.*, in questa *Rivista* 1953, II, 55; B. Gambineri, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune. Profili sostanziali e processuali*, cit., 118; Ead., *Le obbligazioni solidali ad interesse comune tra litisconsorzio facoltativo e litisconsorzio unitario*, in questa *Rivista* 2021, 1222 ss.; L. Baccaglioni, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 252 ss.; C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande. Il procedimento*, Padova 1985, II, 826, nt. 224; Id., *Condebito solidale fra artt. 332 e 334 c.p.c.: una collocazione sempre ardua (con tentazione di ritorno all'art. 471, comma 2, n. 3, c.p.c. 1865*, in *Corr. giur.* 2008, 12, 1714; S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, I, cit., 610; F. Carpi, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano 1974, 92, testo e nt. 9; R. Vaccarella, *Note in tema di litisconsorzio nelle fasi di gravame: il principio dell'unitarietà del termine d'impugnazione*, in questa *Rivista* 1972, 102, nt. 15, 108; D. Rubino, *Delle obbligazioni*, cit., 294 ss.; D. Buoncristiani, *Uno spunto per una rilettura*, cit., 658; U. Corea, *Processo civile e obbligazioni solidali*, Pisa 2018, 128 ss.

<sup>(7)</sup> Era il caso affrontato, ad esempio, da Cass. 6 dicembre 2019, n. 31893. V. anche Cass. 16 gennaio 2018, n. 832; Cass. 19 ottobre 2011, n. 21641 e Cass. 11 febbraio 2011, n. 3394, in *Foro it.* 2012, I, 2483 ss., con nota di B. Gambineri. Su questo fenomeno v. in dottrina B. Gambineri, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune tra litisconsorzio facoltativo e litisconsorzio unitario*, cit., 1224 ss., la quale approfondisce le ipotesi eccezionali nelle quali può trovare applicazione l'art. 331 c.p.c. In particolare, distingue fra il caso in cui l'obbligazione solidale scaturisca da un mero fatto, illecito (come ad esempio l'incidente stradale) oppure lecito (come ad esempio la gestione di affari), da quello in cui alle spalle dell'obbligazione solidale si ponga una figura di comunione, in particolare di un diritto c.d. personale (come ad esempio un contratto sinallagmatico, in cui almeno una delle parti sia complessa). Nel primo caso il litisconsorzio diviene unitario e, in fase di gravame, trova applicazione l'art. 331 c.p.c., quando il giudice è chiamato a risolvere la questione della «responsabilità esclusiva» di uno dei condebitori; nel secondo caso, qualora sia proposta dalla parte comune azione di adempimento nei confronti dei più soggetti obbligati in solido,

La seconda questione attiene ai limiti della legittimazione a proporre l'impugnazione incidentale tardiva. Il dato formale è chiaro: solo «le parti, contro le quali è stata proposta impugnazione e quelle chiamate ad integrare il contraddittorio a norma dell'articolo 331» – e dunque non le parti di cui fa menzione l'art. 332 c.p.c. – sono legittimate a proporre questa forma di gravame incidentale. Secondo la dottrina tale previsione si spiega alla luce della *ratio* dell'art. 334 c.p.c. di evitare la proposizione di gravami meramente cautelativi<sup>(8)</sup>. Più specificamente: l'art. 334 c.p.c. consente di impugnare anche fuori dai termini ordinari di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c. quando per effetto del gravame proposto da altra parte si prospetta un aggravamento della soccombenza in capo a chi non aveva originariamente impugnato, il quale era disposto ad accettare la sentenza così com'era (anche parzialmente sfavorevole), ma non è disposto ad accettarne una riformata *in peius*. Ciò significa che l'interesse a impugnare di quest'ultimo si è quantomeno intensificato per effetto dell'impugnazione altrui. La circostanza che il rimedio dell'art. 334 c.p.c. non sia a disposizione delle parti di cause scindibili porta a concludere che queste ultime non vedano mai sorgere o risorgere l'interesse a impugnare per effetto del gravame altrui<sup>(9)</sup>. Del resto, anche l'approdo all'attuale disciplina risultante dagli

---

il litisconsorzio diviene unitario e, in fase di gravame si applica l'art. 331 c.p.c., quando uno di questi ultimi solleva l'eccezione di nullità del contratto, nel qual caso, in base agli insegnamenti delle sezioni unite della Cassazione del 2014 (Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243), si rende necessario un accertamento della non nullità del contratto con autorità di cosa giudicata; v. anche U. Corea, *op. cit.*, 120 ss.

<sup>(8)</sup> V. a tal proposito, oltre agli autori citati nella successiva nota, A. Cerino Canova, *Fermenti di novità riguardo all'impugnazione incidentale tardiva*, in *Giur. it.* 1983, 295 ss., spec. 304 s.; E.T. Liebman, *Arbitrarie limitazioni all'impugnazione incidentale tardiva*, in questa *Rivista* 1965, 575.

<sup>(9)</sup> Cfr., sul punto, E. Grasso, *Le impugnazioni incidentali*, Milano 1973, 39 ss., 57 ss., 104 ss. e, soprattutto 157 ss.; V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, rist., Napoli 1960, II, 408; L. Baccaglini, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 259 s.; Ead., *Obbligazioni solidali ad interesse comune e impugnazione incidentale tardiva*, in questa *Rivista* 2022, 85 s.; G. Balena, *Cause scindibili e impugnazione incidentale tardiva*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 446 ss. Per questi autori, in sintesi, nelle ipotesi rientranti nell'ambito dell'art. 332 c.p.c. l'interesse a impugnare non può sorgere o risorgere a seguito dell'impugnazione altrui, che viene notificata al solo scopo di notificare gli altri litisconsorti. In termini simili v. anche N. Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili. Sistema delle impugnazioni*, Milano 1952, I, 239 ss., sebbene sulla base di una diversa argomentazione, probabilmente non più attuale dopo la caduta delle limitazioni oggettive dell'impugnazione incidentale tardiva (cfr. Cass., sez. un., 7 novembre 1989, n. 4640, in *Giur. it.* 1990, I, 1, 391 ss., con nota di A. Chizzini, *Ancora sui limiti di applicazione incidentale tardiva: la decisione delle sezioni unite*). Parzialmente in disaccordo pare invece F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4<sup>a</sup> ed., Roma 1951, II, 138, n. 531, il quale, in un inciso, nel commentare il disposto dell'art. 334, comma 2 c.p.c., afferma che «letteralmente invero essa [la disposizione di cui all'art.

artt. 331, 332 e 334 c.p.c., nonché le relazioni ai Progetti Solmi che hanno immediatamente preceduto il codice di rito del 1940 confermano che la *ratio* dell'istituto è quella di riaprire il potere d'impugnazione quando l'interesse a impugnare è sorto o risorto per effetto del gravame di un'altra parte<sup>(10)</sup>.

La terza questione attiene alla distinzione fra profili esterni e profili interni relativi all'obbligazione solidale a causa comune. In particolare, i problemi qui affrontati si intrecciano con quelli relativi all'efficacia del giudicato reso sull'obbligazione solidale rispetto al dipendente diritto di regresso che il debitore che ha pagato vanta nei confronti del proprio consorte. Il tutto è complicato dal fatto che, siccome l'art. 1306 c.c. presuppone che si possano formare diversi giudicati sull'obbligazione solidale rispetto ai differenti titolari del rapporto, si pone il rischio di un conflitto logico fra gli stessi. In una simile situazione, nella nostra dottrina e giurisprudenza, si avverte forte il timore che si possano generare delle profonde iniquità, una volta che si passi a regolare i rapporti interni fra i condebitori.

---

334, comma 1] si riferisce anzitutto all'impugnazione incidentale proposta da una parte in confronto della quale l'integrazione del procedimento (di impugnazione) è necessaria (...), mentre è identica la *ratio*, anche nell'ipotesi di integrazione facoltativa»; similmente v. anche G.F. Ricci, *Il litisconsorzio nelle fasi di impugnazione*, cit., 471 ss. che propone *de iure condendo*, l'allargamento delle maglie dell'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva, che sarebbe da concedersi anche alle parti di causa scindibile. Se le conclusioni di questi ultimi due autori (sussistenza di interesse a impugnare in via tardiva anche per i soggetti menzionati dall'art. 332 c.p.c.) sono opposte a quelle dei primi, tuttavia il punto di partenza è il medesimo: è il criterio dell'interesse che funge da guida per stabilire la correttezza di ciascuna limitazione soggettiva (anche dal lato attivo) imposta al gravame incidentale tardivo. Più specifica e (solo) parzialmente difforme la giustificazione fornita da B. Gambineri, *Orientamenti e disorientamenti giurisprudenziali in tema di limitazioni soggettive alla impugnazione incidentale tardiva*, in *Foro it.* 1996, 3, I, 944, la quale spiega i limiti di legittimazione attiva con la necessità di garantire alla parte necessaria di poter contribuire al convincimento del giudice che emanerà una sentenza ai cui effetti tale parte sarà soggetta.

<sup>(10)</sup> V. Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice di procedura civile. Progetto e relazione*, Roma 1937, 352-353, quando si dice che con l'attribuzione del potere di impugnazione in via incidentale anche tardiva «si soddisfa il giusto interesse delle parti che non devono essere pregiudicate dal decorso dei termini quando l'interesse all'impugnazione derivi dalla impugnazione proposta da altri». Nello stesso senso anche Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del guardasigilli On. Solmi*, Roma 1939, 86. Sul percorso che ha portato all'attuale formulazione dell'art. 334 c.p.c. sotto il profilo della disciplina della legittimazione attiva e in particolare sui suoi «antesignani» nei Progetti Solmi, si veda, se si vuole, E. Borselli, *Sulla legittimazione a proporre l'impugnazione incidentale tardiva nei processi litisconsortili*, in *Quaderni del dottorato in giurisprudenza dell'Università di Padova*, diretti da P. Lambrini, Milano 2021, 29 ss. (consultabile in *open access*), dove si evidenzia che l'introduzione delle limitazioni di legittimazione attiva all'impugnazione incidentale tardiva è avvenuta in maniera non del tutto consapevole da parte del legislatore.

2. – Seguendo il percorso argomentativo tracciato, si potrebbe pensare che, siccome generalmente le cause relative alle obbligazioni solidali a causa comune vengono ricondotte nell'ambito applicativo dell'art. 332 c.p.c., a fronte di una sentenza di condanna di due coobbligati e dell'impugnazione di uno solo di essi, l'art. 334 c.p.c. non consente all'altro di impugnare a sua volta tardivamente, perché – del tutto coerentemente<sup>(11)</sup> – il suo interesse a impugnare deriva direttamente dalla sentenza e non si è in alcun modo intensificato per effetto del gravame altrui.

Eppure, la giurisprudenza concede anche al coobbligato solidale rimasto originariamente inerte la facoltà di proporre l'incidentale tardiva, a seguito dell'impugnazione del proprio consorte. Il solo fatto che venga superata una disposizione normativa – quella dell'art. 334, comma 1, c.p.c. –, che sembra chiarissima nel disciplinare i limiti di legittimazione attiva, impone di interrogarsi sulle ragioni che stanno dietro una simile interpretazione<sup>(12)</sup>.

Alla base di questo orientamento si pone la considerazione per cui il gravame proposto da un solo coobbligato soccombente sembra essere in qualche modo in grado di alterare l'assetto di interessi delineato dalla sentenza impugnata. È per questo che si tende ad allargare il novero dei legittimati a proporre l'impugnazione incidentale tardiva facendovi rientrare anche i titolari di cause scindibili<sup>(13)</sup>, in quanto – si dice – «l'accoglimento dell'impugnazione principale in ordine all'*an* o anche solo al *quantum* dell'obbligazione solidale mette sempre in discussione l'assetto di interessi risultante dalla sentenza ed accettato dal coobbligato rimasto inerte *poiché ne resta conseguentemente pregiudicato, in tutto o in parte, l'esercizio del suo diritto di regresso che potrebbe restare escluso o determinato in misura inferiore* (corsivo aggiunto)». Questa affermazione è contenuta in una innovativa sentenza delle sezioni unite del 2007<sup>(14)</sup>, che,

(11) V. *supra*, § 1, testo e nt. 9 s.

(12) Come si vedrà nel prosieguo, quello che emerge dalla giurisprudenza è un quadro poco nitido e dal quale si ricava la fatica dell'operatore pratico a tenere insieme tutti i «pezzi del gioco».

(13) Secondo E. Merlin, *Inscindibilità dei giudizi e riproposizione di domande fra liti-consorti nelle fasi di gravame*, in questa *Rivista* 2013, 1317 s., testo e nota 76 l'operazione di riconduzione dell'obbligazione solidale «paritaria» nell'ambito di applicazione dell'art. 331 c.p.c., portata avanti da una parte della dottrina, sarebbe stata condotta pur sempre allo scopo di aprire la via all'applicazione dell'art. 334 c.p.c.

(14) Cass., sez. un., 27 novembre 2007, n. 24627, in *Corr. giur.* 2008, 12, 1701 ss. con nota di C. Consolo, *Condebito solidale*, cit.; in questa *Rivista* 2008, 1423 ss., con nota di C. Corrado, *Riflessioni a margine degli artt. 334 e 331 c.p.c.*; in *Giusto proc. civ.* 2008, 437 ss., con nota di G. Balena, *Cause scindibili*, cit. La fattispecie era la seguente: con ordinanza del presidente del tribunale veniva liquidata, in favore degli avvocati che avevano fatto parte di

seppur all'esito di un'argomentazione che non si conforma pienamente al principio di diritto alla fine enunciato<sup>(15)</sup>, ha di fatto sovvertito la regolamentazione dell'impugnazione incidentale tardiva, affermando che la legittimazione attiva spetta a qualsiasi parte abbia visto intensificare il proprio interesse a impugnare per effetto del gravame altrui. Tale soluzione ha avuto gran seguito nella giurisprudenza successiva<sup>(16)</sup> ed è stata

---

un collegio arbitrale nella controversia tra Sempronio e Caio, una somma di circa 100 milioni di lire a titolo di compenso. Contro l'ordinanza ricorreva per cassazione Sempronio che notificava spontaneamente il ricorso anche all'altro coobbligato Caio, oltretutto, naturalmente ai comuni creditori. Resistevano questi ultimi, mentre Caio notificava un controricorso contenente altresì un ricorso incidentale tardivo, aderendo alle doglianze dell'altro condebitore.

(15) Nella pronuncia citata sfuma la distinzione fra problematiche legate alla legittimazione attiva e problematiche legate alla legittimazione passiva, entrambe presenti nel caso che ci occupa, in quanto evidentemente, sul versante attivo, l'impugnazione incidentale tardiva viene proposta da una parte – il condebitore inizialmente inerte – che non è destinataria dell'impugnazione principale – il comune creditore – e, sul versante passivo tale condebitore inerte, rivolge il proprio gravame verso un soggetto – il comune creditore – diverso dall'impugnante principale – il debitore solerte. La confusione fra i due profili è dimostrata: a) dal tenore dell'ordinanza di rimessione della prima sezione civile che motiva la trasmissione degli atti alla prima presidente per l'eventuale assegnazione della questione alle sezioni unite «in considerazione del contrasto di giurisprudenza manifestatosi in ordine all'individuazione del termine da osservarsi per la notifica del ricorso incidentale per cassazione proposto da uno dei controricorrenti *nei confronti di soggetto diverso dal ricorrente principale* (corsivo aggiunto)»; b) dalla motivazione della sentenza stessa resa dalle sezioni unite e in particolare dal riferimento all'esempio della garanzia impropria, dove tipicamente si pone un problema di legittimazione passiva. Per quest'ultima considerazione v. B. Gambineri, *Appello*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Torino 2018, 306 ss., spec. 307. A ulteriore conferma di quanto affermato si noti che la sentenza delle sezioni unite è stata spesso richiamata dalla giurisprudenza laddove si presentano problematiche di legittimazione passiva: cfr., fra le altre, Cass. 24 ottobre 2022, n. 31378; Cass. 25 gennaio 2018, n. 1879; Cass. 12 dicembre 2014, n. 26154.

(16) Cfr. Cass. 21 dicembre 2021, n. 40999, sebbene in questa ipotesi ricorra un profilo di pregiudizialità-dipendenza che avrebbe probabilmente consentito di ricondurre la fattispecie nell'art. 331 c.p.c. (i due debitori condannati in solido sono cedente e cessionario di un credito); Cass. 11 novembre 2020, n. 25287, dove tuttavia risulta meno chiaro se l'assoluzione di uno dei condebitori abbia o meno effetti sul successivo rapporto di regresso («nel caso delle obbligazioni solidali l'interesse è dato dal possibile mutamento dell'ampiezza della propria responsabilità, a nulla valendo la circostanza che la decisione da impugnare abbia lasciato impregiudicato il profilo dei rapporti interni tra coobbligati ovvero che, astrattamente, l'intera responsabilità, in sede di rivalsa (trattandosi di titoli differenti) potrebbe essere impugnata da un solo soggetto: infatti proprio perché il profilo in parola è impregiudicato, e proprio perché il soggetto in questione potrebbe essere pregiudicato dalla rivalsa, è evidente che ha un interesse specifico che sorge dall'impugnazione del coobbligato, poiché quella vuole incidere sull'assetto regolato dalla decisione oggetto di censura e che lo coinvolge»); Cass. 11 novembre 2020, n. 25285, interessante in quanto si fa carico di giustificare tale soluzione alla luce del dato letterale dell'art. 334 c.p.c.: l'espressione «parte contro cui è proposta l'impugnazione» andrebbe intesa come «parte che potrebbe subire dalla riforma della sentenza effetti pregiudizievoli» (pronuncia richiamata anche da Cass.,

recentissimamente confermata dalle sezioni unite, che erano state chiamate di nuovo a intervenire<sup>(17)</sup> a causa della persistenza di un (minoritario) orientamento che continuava a escludere l'applicazione dell'art. 334 c.p.c. in caso di controversie su obbligazioni solidali a interesse comune, in ragione della scindibilità delle relative cause<sup>(18)</sup>. Il contrasto di giurisprudenza<sup>(19)</sup>, come accennato, è stato (forse) risolto dalle sezioni unite di fine

---

sez. un., 28 marzo 2024, n. 8486, su cui v. *infra*, ntt. 20 e 21, secondo cui il legislatore dell'art. 334, comma 1, c.p.c. «*minus dixit quam voluit*» e prima da Cass. 5 settembre 2022, n. 26139 e da Cass. n. 40999/2021, cit.). In Cass. n. 25285/2020 e in Cass. n. 25287/2020, appena citate, si intuì che è comunque la preoccupazione che si creino iniquità in sede di regolamentazione dei rapporti interni a spingere la Suprema Corte ad adottare l'interpretazione estensiva dell'art. 334 c.p.c. di cui si discute; Cass. 16 novembre 2015, n. 23396. Peraltro, si noti che secondo una lettura della dottrina (cfr. in particolare la nota di C. Consolo, *Condebito solidale*, cit., 1714-1715) la soluzione offerta dalle sezioni unite del 2007 sembrava in larga parte dipendere dalle peculiarità del caso concreto, dove cioè: a) vi era stata notifica spontanea dell'impugnazione da parte di un coobbligato all'altro; b) l'impugnazione incidentale tardiva di quest'ultimo aveva natura meramente adesiva e non adduceva altri motivi di doglianza. Nella giurisprudenza successiva citata, invece, non vi è traccia di tali requisiti di ammissibilità.

(17) Il riferimento è a Cass. 17 luglio 2023, n. 20588, ordinanza di rimessione della prima sezione.

(18) Cfr. Cass. 4 marzo 2022, n. 7186, dove di nuovo la fattispecie potrebbe essere ricondotta nell'ambito della dipendenza di cause, poiché si ha a che fare con obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo ma la Corte non fa cenno a tale tipo di ricostruzione e qualifica invece il litisconsorzio come facoltativo: il caso è quello di una condanna al risarcimento dei danni emessa nei confronti di un soggetto minorenni e dei genitori in quanto esercenti la vigilanza di cui all'art. 2048 c.c.; Cass. 3 novembre 2021, n. 31313; Cass., sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23903, dove peraltro il riferimento all'inammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva è sbrigativo e – sembrerebbe – non molto meditato. Anche in questo caso si presenta un profilo di alternatività (un debitore afferma la responsabilità esclusiva dell'altro) che avrebbe probabilmente legittimato la riconduzione della fattispecie nell'ambito dell'art. 331 c.p.c.

(19) Occorre anche segnalare che si rinvengono delle pronunce che si collocano in una sorta di via di mezzo fra l'orientamento inaugurato dalle sezioni unite del 2007 e quello «fedele» al dato letterale: così, ad esempio Cass. 24 agosto 2020, n. 17614; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24155; Cass. 21 gennaio 2014, n. 1120, le quali motivano l'inammissibilità del gravame *ex art.* 334 c.p.c. non sulla base della lettera della legge, bensì in considerazione del fatto che l'interesse a impugnare del coobbligato non è risorto a seguito dell'impugnazione principale altrui ma per effetto della emanazione della sentenza stessa. In sostanza, applicano lo stesso criterio di Cass., sez. un., n. 24672/2007, cit., ma giungono a risultati opposti. In queste sentenze resta in ombra il profilo dell'eventuale pregiudizio al diritto di regresso, oppure si afferma espressamente – come nella pronuncia più risalente fra quelle citate – che tale pregiudizio non rileva in quanto di mero fatto. Merita poi menzione anche Cass. 22 giugno 2022, n. 20176, dove la Corte di cassazione dichiara inammissibile l'impugnazione incidentale tardiva proposta in via condizionata al mancato accoglimento di quello principale in quanto, da un lato, non sorretta dal presupposto dell'aggravamento della soccombenza e, dall'altro lato in contrasto con l'orientamento delle sezioni unite del 2020, che avrebbe ormai superato il precedente del 2007.

marzo del 2024 a vantaggio della soluzione proposta nel 2007<sup>(20)</sup>. La decisione, non aggiunge particolari argomenti a sostegno della tesi in parola, e anzi ribadisce che è l'interesse a impugnare che legittima il coobbligato solidale (a cui venga notificata l'impugnazione principale) a proporre l'impugnazione incidentale tardiva, in quanto costui altrimenti correrebbe il rischio di perdere, in sede di regresso, la quota dovuta dal coobbligato, intanto assolto nel grado superiore<sup>(21)</sup>.

La soluzione giurisprudenziale, nonostante la sua recentissima riaffermazione da parte della Cassazione nella sua formazione più autorevole, continua a suscitare una serie di perplessità: la prima è proprio legata alla circostanza che si crea una forte frizione con il chiaro tenore letterale dell'art. 334 c.p.c., che – come più volte ricordato – prevede la legittimazione attiva solo per le parti delle cause inscindibili o dipendenti; in secondo luogo se lo scopo è quello di evitare le iniquità derivanti dall'impossibilità, o dalla maggiore difficoltà, per chi è stato condannato a pagare, di recuperare nel futuro giudizio di regresso una parte di quanto sborsato,

---

<sup>(20)</sup> Si tratta della già menzionata Cass., sez. un., 28 marzo 2024, n. 8486.

<sup>(21)</sup> Cfr. Cass., sez. un., n. 8486/2024, cit., § 8 (v. però anche quanto si dirà *infra*, nt. 23). Alla Suprema Corte, oltre ad essere stato riproposto il quesito già avanzato nel 2007 (di interesse in questa sede), era stato anche chiesto: «ii) se il principio fissato da Cass., sez. un., n. 24627/2007 ove confermato, possa essere applicato anche con riferimento all'interesse insorto a seguito di un'impugnazione incidentale tardiva (introdotta, peraltro, con autonomo atto di citazione); iii) se, una volta dichiarata inammissibile l'impugnazione incidentale tardiva proposta reagendo all'impugnazione principale, debba considerarsi inammissibile, per consumazione del diritto di impugnazione, una seconda impugnazione incidentale presentata dalla stessa parte in reazione all'impugnazione incidentale di un differente coobbligato solidale». I quesiti così sollevati derivano dalla peculiarità della fattispecie. Si tratta di una vicenda processuale che trae origine dalla condanna in solido degli amministratori delegati di una S.p.a. (Caio, Sempronio e Mevio). Caio impugnava in via principale e Sempronio in via incidentale (pare – dalla sentenza – tardiva); Mevio, a propria volta, da una parte proponeva, direttamente in udienza, impugnazione incidentale adesiva a quella di Caio e dall'altra notificava lo stesso giorno autonomo atto d'appello. L'impugnazione di Mevio, nonostante fosse stata proposta oltre il termine di cui all'art. 343, comma 1, c.p.c., era dichiarata ammissibile dalla Corte d'appello, ai sensi dell'art. 343, comma 2, c.p.c., in quanto era stato il gravame (non di Caio ma) di Sempronio ad aver fatto sorgere in capo a Mevio un nuovo e autonomo interesse a impugnare derivante dalla circostanza che questi rischiava di perdere il vantaggio della solidarietà e dunque di essere esposto al rischio di dover far fronte da solo e per intero alla condanna emessa dal tribunale. Proprio contro tale statuizione si rivolgono i motivi di ricorso per cassazione formulati dal creditore ed è da qui che sorgono gli ulteriori due quesiti posti alle sezioni unite. Nell'ordinanza di rimessione non pareva, ancora una volta, essere tenuta in debita considerazione la distinzione tra il profilo della legittimazione attiva e quello della legittimazione passiva, che continuavano ad essere confusamente legati. La sentenza delle sezioni unite invece dimostra di avere piena consapevolezza (cfr. §§ 5 e 5.3) della distinzione fra i due profili, quello della legittimazione passiva (su cui v. § 5.3.1) e quello della legittimazione attiva (su cui v. §§ 5.3.2, 6 e 8).

incentivando la sua partecipazione al giudizio d'impugnazione, la soluzione non è adeguata: infatti l'impiego dello strumento di cui all'art. 334 c.p.c. dipende dalla circostanza, del tutto eventuale, che l'impugnante principale abbia notificato il suo atto all'altro condebitore e che costui sia ancora titolare del potere di impugnare<sup>(22)</sup>; in terzo luogo la ricostruzione della giurisprudenza continua a basarsi sull'argomento per cui la sentenza di riforma passata in giudicato resa sull'obbligazione solidale (situazione giuridica pregiudiziale) pregiudica in qualche modo il rapporto di regresso (situazione dipendente); ciò tuttavia – va messo bene in chiaro – non può dipendere né dal fatto che con la notifica dell'impugnazione il condebitore sarebbe reso parte del processo d'impugnazione né dal fatto che il caso in esame rappresenterebbe un'ipotesi di efficacia (riflessa) *ultra partes* del giudicato<sup>(23)</sup>. Nessuna di queste due spiegazioni è infatti tecni-

---

(22) Su questo punto v. E. Merlin, *Note su obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo*, cit., 1179 s., la quale osserva anche che tale soluzione non risolve il problema speculare in cui il comune creditore, vincitore in primo grado, impugna solo nei confronti di uno o alcuni dei più condebitori convenuti (cfr. in particolare nt. 18); della stessa autrice v. già *Inscindibilità dei giudizi*, cit., 1323, la quale, nel proporre di risolvere il problema alla nostra attenzione, attraverso l'utilizzo (non dell'impugnazione ex art. 334 c.p.c., ma) dell'impugnazione incidentale condizionata, afferma: «la *denuntiatio litis* ex art. 332 si impone solo verso le parti in cause scindibili per le quali il termine per impugnare non sia ancora scaduto, di modo che, se l'interesse ad impugnare in via condizionata sia, a differenza che negli esempi fatti pocanzi, di un consorte in lite che non è destinatario dell'impugnazione, la tempestiva conoscenza dell'altrui gravame principale è di fatto lasciata alla casualità (tanto che, *de iure condendo*, sarebbe assai opportuno prevedere che dell'avvenuta impugnazione di una sentenza litisconsortile venga sempre data comunicazione, a cura dell'ufficio, a tutti i consorti)»; M. Bove, *Spunti problematici sul litisconsorzio*, cit., 954, nt. 51; M. De Cristofaro, *Il giudicato*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, *Le figure speciali*, a cura di S. Patti e L. Vacca, V, Padova 2010, 911 s.

(23) Nel primo caso si avrebbe una partecipazione del coobbligato non impugnante senza deduzione in giudizio del rapporto di cui è titolare (partendo sempre dal presupposto – sostanziale – che in ipotesi di obbligazioni solidali i rapporti dedotti in giudizio siano più d'uno). La partecipazione avrebbe dunque lo scopo di vincolarlo, nel futuro giudizio di regresso alla pronuncia (di riforma) resa sull'obbligazione solidale; nel secondo si avrebbe invece che nel successivo giudizio di regresso il giudice sarebbe vincolato al giudicato reso sull'obbligazione solidale in sede di riforma. A tal proposito si veda l'osservazione di G. Balena, *Cause scindibili*, cit., 442 con riferimento alla sentenza delle sezioni unite del 2007: «la Corte dà evidentemente per scontato che (...) l'eventuale accoglimento del gravame per un verso a) gioverebbe al solo impugnante, e per altro verso b) sarebbe opponibile anche agli altri soccombenti (essendo stata pronunciata anche nei loro confronti), escludendo conseguentemente la possibilità di una successiva azione di rivalsa contro il litisconsorte vittorioso». Non è ben chiaro, specie dopo l'ultimo arresto delle sezioni unite, se la Cassazione accolga una posizione così netta: se da una parte si è affermato che il giudicato di assoluzione reso nei confronti del condebitore impugnante non è opponibile a quello inerte in sede di giudizio di regresso (cfr. Cass., sez. un., n. 8486/2024, cit., § 5.2 in fondo), allo stesso tempo il pregiudizio subito da quest'ultimo è stato qualificato come «non di mero fatto ma giuridicamente rilevante» (così Cass., sez. un., n. 8486/2024, cit., § 8; al riguardo v.

camente sostenibile. Non lo è la prima in quanto la notifica prevista per i casi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 332 c.p.c. (sia essa spontanea ovvero disposta dal giudice) ha la mera funzione di *litis denunciatio* (24). Ma non lo è neppure la seconda; qui però il discorso si fa più complesso e perciò occorre aprire una parentesi sull'art. 1306 c.c. e sulle fattispecie che tale norma è in grado di regolare.

3. – Concentrandosi unicamente sulla solidarietà passiva, risulta nel primo comma dell'art. 1306 c.c. riaffermata per il caso di specie la regola generale dell'art. 2909 c.c. per cui il giudicato reso sull'obbligazione solidale non produce effetti nei confronti di coobbligati diversi da quello che lo ha ottenuto, mentre il secondo comma afferma che del giudicato favorevole reso nei confronti di un condebitore può avvantaggiarsi, se vuole, anche un altro consorte, a condizione, beninteso, che tale giudicato sia fondato su motivi comuni ai più coobbligati.

a) In primo luogo, occorre ribadire la corretta interpretazione dell'art. 1306 c.c. secondo cui il meccanismo dell'estensione dell'efficacia *in utilibus* può operare solo laddove i condebitori, che si vogliono avvantaggiare del giudicato reso nei confronti di un consorte, non siano già vincolati da uno precedente. In altre parole, il giudicato che si è formato rispetto a un coobbligato non è mai suscettibile di essere superato da uno successivo, reso nei confronti di un altro, neppure se il primo era sfavorevole e il secondo favorevole ai coobbligati. Ragionando diversamente – si è autorevolmente sostenuto – si attribuirebbe alla sentenza di riforma una forza smisurata, quella di invalidare un precedente giudicato (25).

---

*infra*, § 4, testo e ntt. 31 e 32; v. anche E. Merlin, *Note su obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo*, cit., 1175 ss., spec. nt. 9 sull'interpretazione, stavolta, del pregiudizio cui faceva riferimento Sassani nell'articolo sopra citato). Per indicazioni di dottrina favorevole alla riflessione degli effetti del giudicato relativo all'obbligazione solidale sul rapporto dipendente di regresso v. *infra*, § successivo, nt. 28; si tratta tuttavia, come si vedrà, di tesi ormai superate.

(24) È quanto si ricava dalla stessa disposizione dell'art. 332 c.p.c., da cui emerge chiaramente la sua *ratio*: in particolare dalla previsione per cui l'impugnazione principale va notificata solo alle parti nei cui confronti l'impugnazione non è preclusa o esclusa e dalle conseguenze della mancata notificazione, oltretutto dal fatto che l'integrazione della notifica può essere necessaria anche nei confronti di una parte soccombente, rispetto alla quale l'impugnante non ha interesse alla notifica: cfr. V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., 401 s., specie con l'argomento da ultimo enunciato; B. Gambineri, *Appello*, cit., 308 s.; C. Consolo, *Condebito solidale*, cit., 1716; G. Balena, *Cause scindibili*, cit., 447; G.F. Ricci, *Il litisconsorzio nelle fasi d'impugnazione*, cit., 82; L. Baccaglini, *Obbligazioni solidali*, cit., 85 s.

(25) In questo senso cfr. A. Attardi, *Sui limiti di efficacia*, cit., 58; B. Gambineri, *Appello*, 309, nt. 35; Ead., *Le obbligazioni solidali ad interesse comune. Profili sostanziali e*

b) Non solo, ma è anche da escludere che la disposizione in esame possa essere intesa come norma volta a impedire il passaggio in giudicato della statuizione relativa al rapporto di cui è titolare uno dei condebitori, quando un altro propone impugnazione su una questione comune<sup>(26)</sup>.

In altri termini, l'interpretazione esposta *sub a)* vale tanto nel caso in cui i due giudicati si siano formati in due processi autonomi, quanto nel caso in cui i due giudicati si siano formati progressivamente nel corso del medesimo processo (uno dei quali in base al meccanismo dell'art. 329, comma 2, c.p.c.)<sup>(27)</sup>.

---

*processuali*, cit., 122 s.; M. De Cristofaro, *Il giudicato*, cit., 892 ss., spec. 893-894; B. Sassani, *Coobbligati solidali*, cit., 773; D. Buoncristiani, *Uno spunto per una rilettura*, cit. 658 s.; la stessa posizione anche se non in termini altrettanto espliciti era assunta già da G. Amorth, *Possibile formazione di molteplici giudicati sulla stessa obbligazione solidale*, in *Giur. it.* 1966, I, 1, 1319 ss.

<sup>(26)</sup> Con l'avanzare degli ordinamenti processuali si è assistito a un sempre maggiore allontanamento dell'appello dal sistema reale a vantaggio di quello personale. Un residuo del primo era ancora rintracciabile nel codice di procedura italiano del 1865, anche con riferimento alle obbligazioni solidali. L'art. 471, comma 2, n. 3 prevedeva infatti l'estensione degli effetti della sentenza di grado superiore ai non impugnanti «che con la sentenza riformata o annullata sono stati condannati in solido con la persona che ottenne la riforma o l'annullamento», a condizione che la riforma non fosse fondata su motivi propri della posizione dell'impugnante. Sul punto v. R. Vaccarella, *Note in tema di litisconsorzio*, cit., 97 ss., 100 ss., testo e nt. 11; T. Carnacini, *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, Padova 1937, 3 ss., 19 ss., e, con specifico riferimento ai processi sulle obbligazioni soggettivamente complesse, 52 ss. Per quanto attiene al codice italiano del 1865, quest'ultimo autore osserva (p. 71) che con la disposizione dell'art. 471 c.p.c. il legislatore aveva perseguito l'uniformità delle decisioni non utilizzando meccanismi operanti all'interno del processo, bensì direttamente sul piano del giudicato. L'osservazione è di particolare interesse in quanto per Carnacini la più corretta alternativa al meccanismo del vecchio art. 471 sarebbe consistita nell'estensione del contraddittorio in fase di gravame alle parti non impugnanti (e dunque, per parlare con gli istituti attualmente vigenti, il meccanismo previsto dall'art. 331 c.p.c.; v. anche il commento al Progetto Mortara, p. 127). In realtà la riconduzione delle obbligazioni solidali nell'ambito dell'art. 332 c.p.c. dimostra come non sia stata poi effettivamente percorsa questa via. Con l'entrata in vigore degli attuali codici civile e di procedura civile, è risultato chiaro (dopo alcuni tentennamenti iniziali registratisi in giurisprudenza e in dottrina: cfr., in dottrina, E. Garbagnati, *Sull'estensione agli altri condebitori solidali degli effetti della riforma della sentenza di condanna ottenuta da un solo condebitore*, in *Foro pad.* 1956, 863 ss. e F. Bucolo, *Obbligazioni solidali e giudicato*, in *Giur. it.* 1963, I, 2, 47 s. L'opinione peraltro è stata rivista dallo stesso E. Garbagnati in uno scritto successivo: *Ancora in tema di opposizione da parte di un solo condebitore ad un decreto di ingiunzione pronunciato nei confronti di una pluralità di debitori solidali*, in *Giur. it.* 1964, I, 2, 755 ss., spec. 757 s.) che la soluzione prevista dall'art. 471, comma 2, n. 3 del codice previgente era stata abbandonata (al riguardo v. L. Baccaglioni, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 60 ss., 246 ss., R. Vaccarella, *Note in tema di litisconsorzio*, cit., 108 s., testo e nt. 28, G.F. Ricci, *Il litisconsorzio in fase di gravame*, cit., 382 ss., spec. 384; D. Rubino, *Delle Obbligazioni*, cit., 296 s.). In un certo senso «nostalgica» nei confronti della disposizione di cui all'art. 471, comma 2, n. 3, c.p.c. del 1865 si mostra Cass., sez. un., n. 8486/2024, cit., § 8.

<sup>(27)</sup> Rispetto ai due giudicati formati nell'ambito del medesimo giudizio si è espressa,

c) Un ultimo problema che incide profondamente sulle tematiche trattate in questa sede attiene all'applicabilità o meno dell'art. 1306, comma 2, c.c. anche ai rapporti interni: ci si chiede in particolare se il giudicato favorevole ottenuto da uno dei coobbligati può essere opposto da costui, oltre che al comune creditore, anche a un altro consorte, che lo abbia convenuto in regresso. Occorre distinguere: quando vi sia un solo giudicato reso fra il comune creditore e un debitore, la soluzione passa unicamente dalla questione dell'(eventuale) efficacia riflessa della sentenza relativa al rapporto pregiudiziale, pronunciata tra creditore e singolo condebitore, sul diritto giuridicamente dipendente di cui è titolare il terzo, un diverso condebitore<sup>(28)</sup>. A tal proposito basti ricordare che è ormai pressoché pacificamente escluso che possa formarsi un giudicato che produce effetti sfavorevoli nei confronti di una parte che non ha potuto adeguatamente difendersi (arg. ex art. 24, comma 2, Cost.)<sup>(29)</sup>. Anche quando i diversi condebitori sono soggetti a differenti giudicati, nessuno di questi, né quello di condanna né quello di assoluzione, può prevalere sull'altro: nel successivo giudizio di regresso la questione pregiudiziale dell'esistenza e modo d'essere dell'obbligazione solidale è impregiudicata e dunque deve essere ridiscussa in via incidentale<sup>(30)</sup>; ciò per le ragioni già esposte sopra,

---

nel senso indicato nel testo, anche la giurisprudenza: cfr. Cass. 26 ottobre 2021, n. 30003; Cass. 8 ottobre 2018, n. 24728; Cass. 30 settembre 2014, n. 20559.

<sup>(28)</sup> Sul punto, nel senso dell'applicabilità della regola dell'efficacia riflessa forte, v. E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, 236 s., sebbene prima dell'entrata in vigore dell'art. 1306 c.c.; S. Costa, *L'intervento in causa*, Torino 1953, 48 ss.; F.D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 423 s.; F. Bucolo, *op. ult. cit.*, 45 s.; A. Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria. Art. 404 1° comma c.p.c.*, Napoli 1965, 201 s., nt. 39. Quest'ultimo autore ha tuttavia rivisto la propria posizione negli scritti successivi (v. al riguardo, *infra*, nota successiva); in senso contrario la dottrina più recente: L. Baccaglioni, *op. ult. cit.*, 5, 213 ss.; S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, cit., 603 ss.; U. Corea, *Processo civile*, cit., 142 ss., 161 ss.; M. De Cristofaro, *Il giudicato*, cit., 880 s.; D. Buoncristiani, *Uno spunto per una rilettura*, cit., 659.

<sup>(29)</sup> Sul problema, in generale, dell'efficacia spiegata dal giudicato relativo al rapporto pregiudiziale sul terzo titolare del rapporto dipendente si veda la parabola di studi di A. Proto Pisani, raccolti ne *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile*, Milano 2015, e in particolare lo scritto del 2015, *La conclusione di una parabola: lo smantellamento della efficacia della sentenza (o della cosa giudicata) contro i terzi, ma la efficacia della prove e del precedente giurisprudenziale formati nel processo svoltosi inter alios*, 333 ss. e il commento di S. Menchini, *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile nel pensiero di Andrea Proto Pisani*, in questa *Rivista* 2017, 1125 ss., spec. 1141 ss., che presta piena adesione ai più recenti risultati raggiunti da Proto Pisani. Di S. Menchini si veda anche, in precedenza, la voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVI, Torino 1997, 453 ss. Per quanto attiene a questa problematica nello specifico caso delle obbligazioni solidali di cui si tratta v. gli autori citati *infra*, nt. 31.

<sup>(30)</sup> Al riguardo v., soprattutto, S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, cit., 603 ss., spec. 605 s. Per ulteriori riferimenti di dottrina, anche in senso contrario cfr. *infra*, nota

*sub a)* e *b)* e perché, da un punto di vista logico, il meccanismo dell'estensione dell'effetto favorevole non può operare nei rapporti interni, dal momento che la sentenza favorevole per l'uno è sfavorevole per l'altro (per il condebitore che ha pagato, attore in regresso, la sentenza di assoluzione non è favorevole, in quanto afferma la carenza di un elemento costitutivo del diritto che ha azionato).

4. – In base a quanto emerso nel paragrafo precedente si può affermare che quando il creditore Tizio ottiene una sentenza di condanna in solido nei confronti di Caio e Sempronio e soltanto il primo impugna, il capo che riguarda il secondo passa in giudicato. L'eventuale riforma della sentenza di grado precedente, ottenuta da Caio, non produce effetti nei confronti di Sempronio, che a questo punto vede regolata la propria posizione unicamente dal giudicato di condanna formatosi in precedenza, quando non ha impugnato a propria volta nei confronti di Tizio. Nel successivo giudizio relativo ai rapporti interni di regresso, la questione pregiudiziale dell'esistenza e modo d'essere dell'obbligazione solidale viene ridiscussa in via incidentale<sup>(31)</sup>.

Tale più condivisibile sistemazione rende ancor più manifesta la scarsa persuasività della ricostruzione proposta dalla giurisprudenza: a rigore, se

---

successiva, nell'ambito della quale la questione è affrontata non in generale, ma con riferimento al caso – che è poi quello che qui interessa – in cui i due giudicati si sono formati all'esito di due gradi diversi dello stesso processo.

<sup>(31)</sup> Questa la ricostruzione della dottrina preferibile: cfr. B. Gambineri, *Appello*, cit., 307 ss., testo e nt. 35; Ead., *Le obbligazioni solidali ad interesse comune. Profili sostanziali e processuali*, cit., 123 s.; S. Menchini, *op. ult. cit.*, 603 ss., spec. 605 s.; C. Consolo, *Condebito solidale*, cit., 1716, 1718; M. De Cristofaro, *Il giudicato*, cit., 899; L. Baccaglioni, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 224 ss., spec. 226 s.; Ead., *Obbligazioni solidali*, cit., 95; in senso contrario B. Sassani, *Coobbligati solidali*, cit., 776; C. Perago, *Cumulo soggettivo*, cit., 298, i quali, infatti, come visto *supra* (nt. 4), ritengono si applichi l'art. 331 c.p.c. in fase d'impugnazione proprio perché vi sarebbe incompatibilità fra l'eventuale riforma della sentenza che farebbe venir meno il diritto al regresso e la decisione non impugnata; G.F. Ricci, *Il litisconsorzio nelle fasi d'impugnazione*, cit., 390; G. Amorth, *Possibile formazione di giudicati contrastanti*, cit., 1324 s.; D. Rubino, *Delle Obbligazioni*, cit., 297; G. Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli 1979, 386. Questi ultimi tre autori escludono l'azione di regresso del debitore in forza del principio di autoreponsabilità, poiché questi non si è attivato per proporre impugnazione (non perché ritengano l'art. 1306 c.c. operante anche nei rapporti interni; v. infatti, ad esempio, G. Costantino, *op. cit.*, 516 s.). In risposta a tale argomentazione v., efficacemente, F.D. Busnelli, *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, cit., 435, nt. 127, il quale osserva che nel caso speculare, ma degno della medesima soluzione, in cui sia il creditore comune ad essere uscito sconfitto dal giudizio di primo grado e proponga impugnazione nei confronti di uno solo dei condebitori solidali, non si vede quale responsabilità possa essere attribuita a quest'ultimo per essere stato l'unico soggetto coinvolto nel giudizio di gravame.

l'assoluzione ottenuta dal condebitore impugnate non è in grado di alterare sul piano giuridico la regolamentazione dei rapporti interni, l'impugnazione altrui non può determinare un aggravamento della soccombenza tale, da legittimare il condebitore rimasto inerte ad attivarsi solo in questo momento, proponendo impugnazione incidentale tardiva<sup>(32)</sup>. È per questo motivo che, nonostante il nuovo conforme intervento delle sezioni unite, occorre continuare a riflettere su soluzioni alternative.

La dottrina che critica la ricostruzione giurisprudenziale, ne comprende però gli intenti. Infatti, pur affermando la tesi dell'inefficacia reciproca dei giudicati relativi all'obbligazione solidale comune, è consapevole delle potenziali iniquità e diseconomie processuali che possono derivarne<sup>(33)</sup>: se il *vulnus* all'economia processuale è evidente (la necessità di un nuovo accertamento incidentale sull'obbligazione solidale), l'ingiustizia dal canto suo risiede nella circostanza che il coobbligato condannato a pagare al creditore è poi costretto, nel successivo giudizio di regresso, a dover dimostrare l'esistenza e il modo d'essere dell'obbligazione solidale, con l'ulteriore complicazione che le difese che hanno permesso al consorte di ottenere l'assoluzione dal debito principale, verranno riproposte da costui nel processo sul regresso, dove potranno avere una forte capacità persuasiva sul giudice<sup>(34)</sup>. Questa dottrina, tuttavia, rinviene il rimedio contro tale pregiudizio di fatto non nell'allargamento anche ai titolari di cause scindibili della legittimazione a proporre l'impugnazione incidentale tardiva, bensì nella facoltà dei coobbligati di dedurre in primo grado in via condizionata il rapporto di regresso tramite domanda incidente di garan-

---

(32) Tale debolezza è sottolineata dagli autori che hanno commentato la sentenza delle sezioni unite del 2007. In particolare, si soffermano sul punto L. Baccaglioni, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 256 ss., spec. 259 s.; M. De Cristofaro, *Il giudicato*, cit., 907 ss.; C. Consolo, *op. ult. cit.*, 1716; G. Balena, *Cause scindibili*, cit., 442 ss.; U. Corea, *Processo civile*, cit., 155. Costoro – come subito si dirà nel testo – riconoscono che possa comunque verificarsi un pregiudizio di fatto per il condebitore che rimane condannato. Un monito a non allargare troppo il concetto di rischio di aggravamento della soccombenza (che è poi alla base dell'intensificazione dell'interesse che legittima l'impugnazione *ex art.* 334 c.p.c.) è giunto di recente da E. Merlin, *Note su obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo*, cit., 1179, nt. 17.

(33) Cfr. C. Consolo, *Condebito solidale*, cit., 1718: «Certo questo genera gravi diseconomie di attività e notevoli rischi di contrasti (anche se la decisione sul "riparto interno" e sui regressi, libera da vincoli, raramente non sarà allineata almeno con una di quelle – fra loro *in thesi* divergenti – sui rapporti esterni)», 1716; G. Gambineri, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune. Profili sostanziali e processuali*, cit., 124.

(34) Sul pregiudizio di fatto cui va incontro il condebitore rimasto definitivamente condannato quando il suo consorte ha impugnato e ottenuto la riforma della sentenza cfr. L. Baccaglioni, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 244, 254, 261; M. De Cristofaro, *Il giudicato*, cit., 907.

zia. Se questa viene avanzata, tra il capo di sentenza che accoglie la domanda di pagamento dell'obbligazione solidale e quello che accoglie la domanda di pagamento del regresso si crea un vincolo di dipendenza ai sensi dell'art. 331 c.p.c.; la conseguenza è che con la proposizione dell'impugnazione del capo relativo all'obbligazione principale viene trascinato nel giudizio di grado superiore anche il capo relativo al diritto dipendente<sup>(35)</sup>. È evidente che a questo punto anche il debitore rimasto originariamente inerte matura l'interesse – e anche la legittimazione, visto che è un contraddittore necessario ai sensi dell'art. 331 c.p.c. – a proporre l'impugnazione incidentale tardiva, per evitare di rimanere doppiamente soccombente: sulla domanda di regresso e sulla domanda principale.

5. – Prima di proseguire il discorso, occorre aprire una breve parentesi e analizzare le posizioni dei vari coobbligati. Accanto a quella del condebitore che non ha proposto il gravame e che rischia di non poter più ottenere il regresso<sup>(36)</sup>, bisogna considerare anche quella del consorte impugnante, il quale ha interesse a liberarsi definitivamente dall'obbligo di corrispondere il regresso, subendo altrimenti un pregiudizio di fatto da moltiplicazione delle liti. Tale condebitore, soggetto di una causa scindibile, nonostante la proposizione del gravame volto a ottenere l'assoluzione, resterebbe esposto al rischio di venire convenuto in un futuro giudizio per

---

<sup>(35)</sup> Sulla proposizione della domanda di regresso in primo grado come mezzo per assicurare il coordinamento delle decisioni e dunque evitare le ingiustizie a svantaggio del debitore definitivamente condannato che rischia di perdere il regresso v. C. Consolo, *Il cumulo condizionale*, II, cit., 826 ss., spec. 827-828 in nota; Id.; *Condebito solidale*, cit., 1717; S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, cit., 607 ss.; M. De Cristofaro, *op. cit.*, 904 ss.; L. Baccaglini, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 264 ss., anche per una precisa e dettagliata analisi casistica dei possibili sviluppi impugnatori; Ead., *Obbligazioni solidali ad interesse comune*, cit., 95 s.; D. Buoncristiani, *Uno spunto per una rilettura*, cit., 659; S. Turatto, *Condebito solidale e «interesse all'impugnazione»: le Sezioni unite verso la caduta dell'ultimo limite all'impugnazione incidentale tardiva*, in questa *Rivista* 2009, 703 ss.; sul passaggio della causa in fase di gravame quando è dedotto in giudizio il rapporto di regresso v., di recente, anche F. Godio, *Diritto di regresso e giudizi di impugnazione*, in questa *Rivista* 2022, 497 ss. Anche la giurisprudenza afferma la riconducibilità nell'ambito di applicazione dell'art. 331 c.p.c. del cumulo della domanda principale e di quella incidente di garanzia: cfr. Cass. 28 novembre 2022, n. 34899; Cass. 13 maggio 2021, n. 12957.

<sup>(36)</sup> L'attenzione della dottrina è infatti prevalentemente concentrata sulla posizione di costui: cfr. L. Baccaglini, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 264: «la possibilità che si formino giudicati diversi sul versante c.d. esterno dell'obbligazione renderà possibile ridiscutere del modo di essere del *debitum* solidale nel giudizio relativo ai c.d. rapporti interni tra condebitori, con il rischio che il condebitore attore in regresso veda rideterminata per un ammontare minore l'obbligazione pagata, e così non riesca effettivamente a ripetere pro quota il dovuto dai consorti».

il pagamento della quota di regresso, senza avere quindi strumenti diretti a coinvolgere il proprio consorte nel giudizio d'impugnazione.

Per entrambi i creditori, quello solerte nel proporre impugnazione e quello inerte, sembrerebbe a prima vista che i pregiudizi (di fatto) rispetto alla futura azione di regresso si concretizzassero solo al momento della scissione delle cause nel passaggio al grado superiore, in quanto in quello precedente ciascun condebitore potrebbe contare sul fatto che la decisione sull'obbligazione solidale, se resa nei confronti di tutti i consorti<sup>(37)</sup>, vincola questi ultimi anche nelle future azioni di regresso; diversamente, nel passaggio alla fase d'impugnazione, la scissione delle cause potrebbe condurre alla formazione di due sentenze contraddittorie, non reciprocamente vincolanti nei futuri giudizi di regresso. Si mostrerebbe dunque in tutta la sua gravità l'insensibilità dell'attuale sistema codicistico agli interessi di cui sono portatrici le parti, proprio nel momento del passaggio del litisconsorzio alla fase dell'impugnazione<sup>(38)</sup>.

Il problema può essere posto in questi termini solo se si parte dalla premessa che la sentenza sull'obbligazione solidale, resa all'esito di un processo (o di un grado di processo) a cui hanno partecipato tutti i condebitori, spieghi piena efficacia (positiva) nei successivi giudizi di regresso. In realtà tale conclusione, data per scontata in Italia o quantomeno non sufficientemente meditata<sup>(39)</sup>, è respinta da una parte della letteratura e della giurisprudenza tedesche, secondo cui se anche due condebitori sono condannati in solido, il giudice del regresso può negare l'esistenza dell'obbligazione solidale<sup>(40)</sup>. In altre parole, non è sufficiente che i due

---

<sup>(37)</sup> Cfr. S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, cit., 196 s., testo e nt. 178, 288 s., 348 s. per la disciplina del litisconsorzio facoltativo in fase decisoria.

<sup>(38)</sup> Diversa invece la regolamentazione del precedente codice di rito italiano che mostrava maggior sensibilità sotto questo profilo: basti pensare che la disciplina del passaggio del litisconsorzio in fase di gravame era tutta incentrata sulla distinzione fra il caso della pluralità dei soccombenti e quello della pluralità dei vincitori e quindi di soggetti che avevano comune interesse alla riforma o alla conferma della decisione gravata.

<sup>(39)</sup> Che sia così è dimostrato dal fatto che le iniquità di cui si è detto vengono rilevate solo quando il processo si scinde. Ed è dimostrato anche dalla soluzione offerta dalla giurisprudenza, quando allarga la legittimazione attiva dell'impugnazione ex art. 334 c.p.c.: lo scopo di tale operazione è infatti quello di far partecipare il litisconsorte al grado di processo successivo, nella convinzione che in questo modo la sentenza uniforme che tutti i condebitori otterranno sarà vincolante anche nella futura regolamentazione dei rapporti interni.

<sup>(40)</sup> Cfr. P. Gottwald, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6<sup>a</sup> ed., a cura di W. Krüger, T. Rauscher, München 2020, I, sub § 325, Rnn. 14, 92 («Werden beide Gesamtschuldner verurteilt, steht die Schuld für den Innenausgleich nicht fest»); B. Krefse, in *Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB*, diretto da B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz, K. Reymann, München 2023, sub § 425, Rnn. 61 ss., spec. Rn. 61 («wenn zwei einfache

coobbligati siano entrambi parti di un giudizio (o, per quel che qui interessa, di un grado di giudizio) perché sia assicurata l'efficacia conformativa del giudicato relativo all'obbligazione principale nell'ambito del futuro giudizio sul diritto di regresso. Il giudice di quest'ultimo potrebbe comunque rigettare la domanda, rimettendo in discussione l'esistenza del debito stesso o il vincolo di solidarietà. La spiegazione risiede nei limiti soggettivi del giudicato e in particolare nel fatto che un accertamento sull'esistenza dell'obbligazione solidale spiega efficacia ad ogni effetto solo rispetto al rapporto che lega il primo condebitore condannato (D1) al comune creditore (C) e non anche rispetto al rapporto tra quest'ultimo e l'altro condebitore (D2). La causa fra C e D1 è infatti distinta, sebbene abbinata<sup>(41)</sup>, da quella fra C e D2 e così come quest'ultimo non è parte della causa fra C e D1, così D1 non è parte della causa tra C e D2.

---

Streitgenossen rechtskräftig zur Zahlung von Schadensersatz als Gesamtschuldner verurteilt worden sind, kann der Regressrichter die im Vorprozess bejahte Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber und damit auch das Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses in Frage stellen»; meno chiaramente, ma probabilmente dello stesso avviso, anche C. Althammer, in *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 23<sup>a</sup> ed., fondato da F. Stein e M. Jonas, Tübingen 2018, IV, sub § 325, Rn. 104, testo e nt. 246; per una più ampia trattazione del tema, anche per ulteriori riferimenti di giurisprudenza e dottrina, v. M.K. Thelen, *Metamorphosen einer Gesamtschuld*, in *VersR* 2019, 1192 ss., spec. 1193, 1195 (dove si dice anche «Die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen besteht also unabhängig davon, ob alle Schädiger Bekl. im Haftpflichtprozess sind und wie das Erstgericht über das Gesamtschuldverhältnis entscheidet»; così anche la giurisprudenza del Bundesgerichtshof: cfr. BGH, 20 novembre 2018 – VI ZR 394/17, con nota adesiva di segnalazione di G. Toussaint, in *FD-ZVR* 2019, 413571, reperibile su [beck-online.beck.de](http://beck-online.beck.de) (la sentenza è pubblicata anche in *NJW* 2019, 1751 s.) e con nota adesiva di H. Schmidt, *Von Ferienfreizeiten und anderen (prozessualen) Katastrophen*, in *JA* 2019, 464 ss. Nella massima e nel testo della sentenza si legge: «Werden zwei einfache Streitgenossen rechtskräftig zur Zahlung von Schadensersatz als Gesamtschuldner verurteilt, so steht ihre Haftung zwar im Verhältnis zum Gläubiger, nicht aber im Verhältnis zwischen den Streitgenossen selbst rechtskräftig fest». Né pare potersi ritenere che la sentenza intenda riferirsi al fatto che nel giudizio di regresso si può ridiscutere non dell'esistenza del credito principale ma (solo) della misura della responsabilità dei condannati: la sentenza (anche per come interpretata dagli autori sopra citati) afferma in generale che l'accertamento stesso dell'obbligo solidale non è vincolante per il successivo giudice del regresso e la ragione è tutta processuale: i litisconsorti (semplici) sono titolari di cause distinte, sebbene cumulate e dunque la statuizione resa nei confronti di uno non può spiegare effetti, neppure riflessi, rispetto all'altro; in termini simili si era già espressa OLG Düsseldorf, 5 febbraio 1991 – 4 U 68/90 (anch'essa reperibile su [beck-online.beck.de](http://beck-online.beck.de)). In senso contrario, in forza dell'applicazione anche al caso di specie della teoria dell'estensione dell'efficacia della sentenza relativa al rapporto pregiudiziale sul diritto dipendente, v. M. Vollkommer, in *Zivilprozessordnung*, 30<sup>a</sup> ed., commentario fondato da R. Zöller, Köln 2014, sub § 325, Rn. 34.

<sup>(41)</sup> È questa la terminologia utilizzata da G. Fabbrini, *Note in tema di integrazione del contraddittorio*, cit., 566 ss.

Il ragionamento appena svolto può rimanere valido anche all'interno del nostro sistema: a) se si aderisce a una concezione particolarmente restrittiva in punto di limiti soggettivi del giudicato<sup>(42)</sup>. Infatti, poiché i rapporti che legano C a D1 e D2 restano distinti, seppur connessi, non si potrebbe affermare che il capo di sentenza che ha condannato D1 è vincolante per il giudice adito da costui per ottenere la condanna al pagamento del regresso nei confronti di D2; altrimenti si avrebbe l'estensione dell'efficacia di una decisione resa sul rapporto pregiudiziale (C – D1) al terzo titolare di un diritto dipendente (D2), decisione sfavorevole a quest'ultimo, posto che l'accertamento dell'esistenza dell'obbligazione solidale è fatto costitutivo del diritto di regresso azionato contro di lui; b) se si considera che la differente formulazione del § 425, comma 2 BGB, rispetto al nostro art. 1306 c.c. non impatta sulla soluzione enunciata. La disposizione del codice tedesco, infatti, prevede, tra l'altro, che la sentenza passata in giudicato, *favorevole o sfavorevole* che sia, ha efficacia limitata al debitore nei cui confronti è stata resa. Tuttavia, a parte il fatto che si è escluso che l'art. 1306 c.c. sia destinato a regolare i rapporti interni, ma, se anche così fosse, in ogni caso quello di cui stiamo discutendo – come appena detto – è un effetto sfavorevole, regolato dunque allo stesso modo sia dalla norma italiana che da quella tedesca.

In ogni caso, anche a non voler accogliere una posizione tanto netta, questa ricostruzione consente di compiere un notevole passo in avanti nella soluzione dei problemi che ci occupano, in quanto ci permette di mettere meglio a fuoco il rapporto fra statuizione sull'obbligazione solidale e future azioni di regresso. In particolare, richiama l'attenzione sulla necessità di rendere la statuizione sul rapporto pregiudiziale vincolante nel futuro giudizio di regresso e di conseguenza stimola l'interrogativo circa gli strumenti che consentono alle parti di ottenere questo tipo di risultato.

Sicuramente la deduzione del rapporto di regresso tramite domanda incidente di garanzia è uno di questi: una volta portato nel processo sull'obbligazione solidale il diritto dipendente, non si pongono evidentemente problemi di efficacia della decisione resa sul rapporto pregiudiziale. Pertanto, risulta confermata l'esattezza della teoria dottrinale sopra richiamata<sup>(43)</sup>.

Resta però da chiedersi se questo strumento sia sufficiente o se non sia invece opportuno ricercarne altri. Del resto, sono particolarmente pres-

---

<sup>(42)</sup> Portando alle estreme conseguenze la posizione ormai dominante in Italia, su cui v. *supra*, § 3, testo e nt. 29.

<sup>(43)</sup> V. *supra*, § precedente.

santi le esigenze di economia processuale ed equità che spingono a perseguire il coordinamento delle decisioni. Il dubbio circa l'insufficienza del primo strumento, poi, si fa estremamente serio a fronte di quelle ipotesi in cui ai condebitori è preclusa la possibilità di proporre l'azione di regresso nel medesimo processo, data la sussistenza di limiti derivanti dal rito applicabile o dalla giurisdizione coinvolta<sup>(44)</sup>.

Per capire quali altri strumenti ha a disposizione il condebitore, oltre alla domanda incidente di garanzia, occorre considerare l'ipotesi in cui il comune creditore citi in giudizio un solo debitore. In tal caso, come noto, quest'ultimo può, in primo grado, o chiamare in causa il proprio consorte per esercitare l'azione di regresso nei suoi confronti, oppure chiamarlo senza deduzione di tale rapporto, al solo scopo di estendergli l'efficacia della decisione resa sull'obbligazione principale (art. 106 c.p.c.; c.d. chiamata «non innovativa»)<sup>(45)</sup>. Di questa stessa duplice facoltà deve poter usufruire anche il debitore nell'ipotesi in cui sia citato dalla controparte comune insieme al proprio consorte<sup>(46)</sup>. Mentre la volontà di proporre la

<sup>(44)</sup> È quanto era accaduto, ad esempio, nella fattispecie all'attenzione di Cass., sez. un., n. 24627/2007, cit., dove nell'ambito del procedimento previsto dall'art. 814, comma 2 c.p.c., non era possibile proporre le domande di regresso. Ancora si pensi ai giudizi di competenza dell'autorità giudiziaria tributaria, davanti alla quale non è possibile portare il diritto di regresso. Sul punto v. anche L. Baccaglioni, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 262 s.; M. De Cristofaro, *Il giudicato*, cit., 914 s.

<sup>(45)</sup> V. S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, cit., 588, nt. 377, lett. C, dove sono reperibili anche ulteriori riferimenti di dottrina. V., sul punto, anche la nota successiva.

<sup>(46)</sup> Un'indicazione, seppure indiretta, in questa direzione pare possa trarsi da M. De Cristofaro, *Il giudicato*, cit., 905: «Il meccanismo processuale che consente di ottenere una soluzione soddisfacente nel caso di condebito solidale è dato dunque dalla possibilità di cumulare sin dal primo grado le "interne" domande di regresso: e ciò sia nell'ipotesi in cui siano stati convenuti in giudizio più condebitori solidali, tramite "riconzenzionali" tra convenuti, sia nell'ipotesi in cui l'unico condebitore solidale citato dall'attore abbia chiamato in giudizio gli altri, a titolo di comunanza o proponendo nei loro confronti una vera e propria domanda di garanzia». Il caso è invece direttamente previsto dalla dottrina tedesca la quale afferma che la c.d. *Streitverkündung*, che produce un vincolo relativamente agli accertamenti sulla causa principale nei confronti del terzo, può essere proposta anche quando il soggetto che si vuole vincolare è già presente nel processo in quanto citato dall'attore, ad esempio come coobbligato (v. al riguardo M.K. Thelen, *Metamorphosen einer Gesamtschuld*, cit., 1198: «Die Streitverkündung darf auch dann erfolgen, wenn der andere Schädiger in demselben Prozess wie der streitverkündende Schädiger als einfacher Streitgenosse vom Kl. verklagt wird. Denn die einfache Streitgenossenschaft führt nur zu einer organisatorischen Verknüpfung der Prozesse. Prozessrechtlich sind die Streitgenossen zu behandeln, als ob sie einzeln verklagt werden»; B. Kreße, in *Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB*, sub § 425, cit., Rn. 61 e anche BGH, 20 novembre 2018 – VI ZR 394/17, cit., spec. Rn 12, che nel ribadire la regola generale pone proprio l'eccezione del caso in cui sia proposta la *Streitverkündung*, evidentemente rispetto a un soggetto che è già parte del processo «*Nimmt der Kläger mehrere Beklagte im Wege subjektiver Klagehäufung in Anspruch und sind die Beklagten einfache Streitgenossen, so ist dabei auf die einzelnen Prozessrechtsverhältnisse*

domanda incidente di garanzia si manifesta in maniera ben chiara anche in quest'ultima ipotesi, l'intenzione di estendere l'efficacia della decisione sull'obbligazione principale è ben evidente quando, per ottenerla, il debitore convenuto è costretto a chiamare in causa l'altro coobbligato, mentre può esserlo molto meno quando quest'ultimo è già presente nel processo. Tuttavia, stante il fatto che la proposizione di domande incidentali di accertamento non richiede forme sacramentali<sup>(47)</sup> e considerato l'interesse di ciascuno dei condebitori a vincolare il consorte alla statuizione relativa al proprio rapporto nella causa principale, il giudice deve esaminare con attenzione le difese dei coobbligati, rintracciando nelle stesse ogni elemento da cui si ricavi, anche per implicito, la richiesta di estensione dell'efficacia della sentenza all'altro consorte<sup>(48)</sup>. In quest'ottica, la proposizione

---

*abzustellen. Zwischen den Streitgenossen entfaltet das Urteil – von den Fällen der Streitverkündung zwischen den Streitgenossen im Rahmen ihrer Wirkung abgesehen – mithin keine Rechtskraftwirkung*; corsivo aggiunto). L'accostamento della chiamata non innovativa italiana alla denuncia di lite tedesca (*Streitverkündung*) disciplinata nei §§ 72-74 ZPO, al netto delle grosse differenze fra i due istituti (la prima e non la seconda fa acquisire al terzo la qualità di parte), è giustificato dalla identità di effetti dei due istituti sotto il profilo qui rilevante: ossia l'attitudine anche della denuncia di lite tedesca a costituire per il destinatario un vincolo agli accertamenti compiuti nella causa principale (sulla *Streitverkündung* e sull'effetto prodotto dalla stessa – il medesimo dalla *Nebenintervention*, ossia l'*Interventionswirkung* – si rinvia alla poderosa analisi di A. Chizzini, *L'intervento adesivo. Premesse generali*, I, Padova 1991, 291 ss. e, soprattutto, 436 ss. dove si dà anche conto delle diverse tesi tedesche circa il modo di intendere il vincolo in questione: se come effetto riflesso del giudicato o come effetto di altro tipo; sempre sul medesimo istituto tedesco e sui suoi effetti v. anche B. Gambineri, *Garanzia e processo. Fattispecie e struttura*, Milano 2002, I, 291 ss., la quale inserisce l'analisi di quell'istituto all'interno di una più ampia indagine che parte dall'interrogativo relativo al se la denuncia di lite operi anche nel nostro ordinamento e che giunge ad affermare, in senso negativo, che le figure di denuncia di lite che si è creduto di intravedere in alcune fattispecie – quelle di cui agli artt. 1485, 1586 e 1777 c.c. – sono in realtà ipotesi di chiamata in causa del terzo per comunanza di causa *ex art. 106 c.p.c.*: cfr. Ead., *op. ult. cit.*, 261 ss., spec. 275 ss., 295 ss., nonché Ead., *La denuncia di lite nelle fattispecie di possesso in nome altrui*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 521 ss.).

<sup>(47)</sup> Cfr. S. Menchini, voce *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1995, 11 e già G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1928, 1175.

<sup>(48)</sup> Alcuni di questi esempi potrebbero forse già ricavarsi dalla lettura di alcune pronunce della Suprema Corte; di particolare interesse è Cass. 10 ottobre 2019, n. 25403, in cui si afferma come dalla formulazione della domanda o delle difese delle parti possa desumersi la richiesta di accertamento con efficacia di giudicato dell'obbligazione solidale: nel caso di specie in particolare era stato chiesto l'accertamento della sussistenza dell'obbligazione solidale «e/o» (e proprio da questa locuzione la Corte ricava l'alternatività del *petitum*) delle rispettive responsabilità. Nel porre questi esempi la Cassazione precisa che simili richieste possono «essere funzional[i] all'eventuale successiva futura azione di regresso oppure [possono] contemporaneamente essere post[e] a base dell'azione di regresso immediatamente cumulata con il chiesto accertamento». Altri esempi di implicita domanda di accertamento con efficacia vincolante dell'esistenza dell'obbligazione principale o dell'esistenza o inesistenza del vincolo di solidarietà (sui quali v. anche le sentenze citate

dell'impugnazione sia nei confronti del comune condebitore che nei confronti del proprio consorte dovrebbe essere letta come la riaffermazione, nel passaggio da un grado di giudizio all'altro, della volontà di estendere anche a quest'ultimo l'efficacia della sentenza sulla causa principale. Nei casi poi in cui l'azione di regresso non sia esercitabile nell'ambito del giudizio aperto dal creditore, è necessario che l'esame del giudice si faccia particolarmente scrupoloso, ricercando con attenzione gli elementi da cui si ricavi che i condebitori abbiano inteso richiedere la vincolatività dell'accertamento nella prospettiva delle future azioni di regresso.

In tutte queste ipotesi, con la richiesta di estensione dell'efficacia della sentenza resa sul rapporto fra il comune creditore (C) e uno dei condebitori (D1) all'altro consorte (D2), quest'ultimo acquista la qualità di parte accessoria del rapporto dell'altro coobbligato con il creditore (posizione analoga a quella dell'interventore adesivo dipendente). La partecipazione accessoria è peraltro reciproca, poiché quanto appena detto vale per D2 rispetto al rapporto C – D1 e, specularmente, per D1 rispetto al rapporto C – D2. Nel passaggio dal primo al secondo grado di giudizio si applica, di conseguenza, l'art. 331 c.p.c. sotto il profilo della inscindibilità<sup>(49)</sup>. È il caso di ribadire ancora una volta che tale ragionamento si basa sulla premessa per cui, quando si deducono in giudizio i rapporti fra più condebitori e il comune creditore, non si ha un processo con oggetto unitario, bensì un processo cumulativo, composto di tante cause quanti sono i debitori coinvolti.

6. – In sintesi nei casi appena menzionati trova applicazione, nel passaggio del litisconsorzio in fase di gravame, l'art. 331 c.p.c.: sotto il profilo della dipendenza, se in primo grado è stata proposta domanda

---

*supra*, nt. 6) potrebbero forse sussistere nelle ipotesi in cui un condebitore chieda l'accertamento della responsabilità esclusiva dell'altro o, all'opposto, quando domandi l'accertamento della responsabilità comune oppure quando chieda l'accertamento del proprio e dell'altrui grado di responsabilità. Per ulteriori possibili esempi si vedano le puntuali ipotesi che B. Gambineri, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune tra litisconsorzio facoltativo e litisconsorzio unitario*, cit., 1224 ss. fa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 331 c.p.c., riportate *supra*, nt. 7.

<sup>(49)</sup> Sull'applicabilità dell'art. 331 c.p.c. rispetto alla parte accessoria (su cui N. Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, I, cit., 201 ss.), v. G. Fabbrini, *Note in tema di integrazione del contraddittorio*, cit., 565 s.; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, 12<sup>a</sup> ed., Milano 2022, II, 324 s.; C. Consolo, *Il cumulo condizionale*, II, cit., 828 ss., spec. 829 in nota, sebbene indirettamente e nell'ambito di una diversa ricostruzione (quella della c.d. scindibilità temperata, ripresa da una teoria tedesca avanzata da K. Larenz); in giurisprudenza Cass. 27 novembre 2018, n. 30601. Sul punto v. anche le considerazioni di E. Merlin, *Note su obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo*, cit., 1177, nt. 11.

incidente di garanzia, oppure sotto il profilo dell'inscindibilità, se dalle difese dei due condebitori risulta la richiesta di vincolare il consorte alla statuizione sull'obbligazione principale. Anche in quest'ultimo caso le conseguenze dell'applicazione dell'art. 331 c.p.c. sono quelle già note: il coobbligato non impugnante in via principale è parte del giudizio di gravame e dunque soggetto all'efficacia della sentenza che sarà emessa. Siccome però – si ribadisce – l'impugnazione proposta da un coobbligato devolve al giudice dell'impugnazione unicamente il rapporto che lo riguarda, mentre l'altro consorte è contraddittore *ex art. 331 c.p.c.* solo in qualità di parte accessoria, se costui intende portare in giudizio il proprio rapporto con il comune creditore, deve proporre impugnazione; lo potrà fare, a questo punto, anche tardivamente, in quanto legittimato dall'art. 334 c.p.c. La lettera e la *ratio* di tale norma – quella di accordare lo strumento dell'impugnazione incidentale tardiva a chi vede intensificato il proprio interesse a impugnare per effetto del gravame altrui – è perfettamente rispettata, posto che la proposizione dell'impugnazione del proprio consorte rischia – stavolta davvero – di pregiudicare la sua possibilità di ottenere il regresso, dal momento che la sentenza di assoluzione ottenuta dall'altro condebitore gli sarà opponibile.

## DIBATTITI

---

CESARE CAVALLINI

### COSA GIUDICATA VS RES JUDICATA

Gli scritti pubblicati nella presente sezione «Dibattiti» sono la rielaborazione del testo degli interventi al Simposio tenutosi il 16 novembre 2023 presso l'Università Bocconi sul tema: «Oggetto del giudicato e tendenze evolutive tra semplificazione ed efficienza».

SOMMARIO: 1. Introduzione. Verso la *res judicata*. – 2. Gli *omologhi opposti*: estensione dell'oggetto del giudicato e... – 3. ... tendenza alla definitività nel sistema anglosassone. – 4. La giurisprudenza creativa e la riforma del 2022 in Italia. – 5. Conclusione.

1. – Il titolo di questo scritto introduttivo del simposio vuole significare, innanzi tutto, il richiamo di attenzione alla valenza della terminologia utilizzata, non di rado approssimativamente, nell'elaborazione delle categorie concettuali, cui si è soliti assegnare un contenuto e una portata applicativa consequenziale e financo automatica. Se, poi, vi è una categoria che rappresenta un profilo fondante ogni sistema della giustizia civile, pubblica o privata, senza distinzioni tra confini geografici e di «famiglia» legale, per così dire, questo è dato, senza dubbio, dall'istituto del «giudicato». Utilizzo le virgolette, proprio per evidenziare come le diverse declinazioni semantiche del termine, seppur facilmente sovrapponibili, nondimeno rivelano differenze contenutistiche sol che le si raffronti in un contesto più ampio, forse meno solito ma sicuramente di crescente attualità, qual è quello internazionale. Il discorso non è fine a sé stesso, ed anzi può palesare una curiosa attualità sol che si raffronti storia e comparazione, giurisprudenza ed evoluzione normativa, già e proprio con riferimento alla nozione, valenza e portata del «giudicato» nazionale.

Di qui, già la nota distinzione concettuale tra giudicato formale e giudicato sostanziale, rispettivamente regolato nel Codice di procedura civile, il primo e nel Codice civile, il secondo, ha da sempre determinato una prevalenza di studi (e dunque una prioritaria attenzione) al profilo dell'oggetto del giudicato, visto per lo più dall'angolatura dei suoi «limiti»<sup>(1)</sup>. Sebbene l'argomentare in tema di «limiti» abbia comportato il

---

<sup>(1)</sup> In realtà, con la locuzione «limiti», si è in qualche misura voluto affrontare i limiti dell'estensione del giudicato rispetto al segmento del diritto fatto valere con la domanda

tentativo di giustificarne un ampliamento, almeno rispetto all'originaria formulazione dell'identità tra l'oggetto della domanda – il diritto fatto valere – e l'oggetto sostanziale del giudicato, per molto tempo nella letteratura il tema del «giudicato», del suo «oggetto» e dei suoi più o meno ampi «limiti» scontava l'idea per cui il giudicato dovesse essere ineludibile, essenziale, caratterizzante l'epilogo dovuto del processo ordinario di cognizione. Sì che simili effetti – per l'appunto *pro iudicato* – vengono prospettati<sup>(2)</sup>, con riferimento precipuo all'oggetto, e dunque a quel «fare stato ad ogni effetto» anche epiloghi diversi dal processo ordinario, come il decreto ingiuntivo non opposto. Per converso, il giudicato formale, come disposto dall'art. 324 c.p.c., rappresenta una sorta di «regoletta», ancorata allo sviluppo delle impugnazioni, pur sempre nel quadro di un naturale e completo svolgimento del processo ordinario di cognizione, nella cui disciplina si colloca la norma: essa, dunque, presuppone un primo accertamento con sentenza, secondo l'*iter* decisionale della controversia, per l'appunto, ordinario. E non solo. La prevalenza del profilo *sostanziale* del giudicato, al cospetto della disciplina formale dell'incontrovertibilità, fu alla base dell'«epico duello» tra E.T. Liebman ed E. Allorio, prima, ed A. Attardi in seguito, a proposito dell'efficacia della sentenza (o necessariamente del giudicato) verso i terzi titolari di diritti dipendenti da quello accertato<sup>(3)</sup>.

Se dunque con la locazione «giudicato» o «cosa giudicata» si era e forse si è tuttora soliti fare naturale riferimento al giudicato sostanziale, anche per le fasciose derivazioni speculative di matrice germanica, l'effetto indiretto è stato quello di involontariamente non pensare quanto

giudiziale, a cominciare dalla teorica inerente al giudicato sul c.d. rapporto giuridico fondamentale. V., innanzi tutto, S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano 1987, e l'ampia voce *Regiudicata civile*, *Dig. disc. priv.*, IV, Torino 1997, 404.

<sup>(2)</sup> Come non ricordare a tal proposito E. Garbagnati, *Preclusione «pro iudicato» e titolo ingiuntivo*, *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano 1951, I, 467, il quale, tra altri argomenti, considera che la sentenza conclusiva del processo ordinario di cognizione, cui farebbe riferimento come *id quod plerumque accidit* (anche allora) di per sé non può escludere che altri provvedimenti (decreto, ordinanza) una volta definitivi del giudizio promosso, possano comunque acquisire autorità di cosa giudicata, con gli stessi effetti del «fare stato» sul rapporto giuridico dedotto.

<sup>(3)</sup> «Epico duello» consumato innanzi tutto nel confronto monografico coevo nel tempo tra E.T. Liebman, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano 1935, ed E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935; v. una possibile reimpostazione in C. Cavallini, *L'efficacia (riflessa) della sentenza nel pensiero di E.T. Liebman*, in questa *Rivista* 2007, 1221. Per i «duellanti», il punto in comune comunque c'era, ed era dato proprio dalla fonte autoritativa ed imperativa del comando contenuto nel *decisum*, il giudice, organo a cui è demandata la funzione attuativa della legge, come funzione attuativa di un potere dello Stato, nel quadro di una concezione fortemente pubblicistica del processo civile, indirizzata dallo stesso Francesco Carnelutti pur con la locuzione suggestiva per i tempi (ma forse oggi di più, come vedremo) della composizione della lite.

questo profilo, proprio di una cosa giudicata che in definitiva c'è ed arriverà, potesse risultare distante dal crescente bisogno di ancorare la definizione del giudizio con l'efficienza dei tempi del medesimo.

Di per sé, anche la riforma processuale del 1990 era o sarebbe stata volta ad accelerare i tempi di formazione della cosa giudicata, ma ancora muovendo da una prospettiva schiettamente endo-procedimentale, vale a dire intervenendo su vari fronti per abbreviare l'iter di arrivo, ancora in definitiva ritenuto l'iter classico per un epilogo scontato: la sentenza idonea ad acquisire autorità di cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909 c.c. e previa definitività ai sensi dell'art. 324 c.p.c. Ed infatti, la stessa reintroduzione di un rigido sistema di preclusioni, le ordinanze anticipatorie di condanna, la provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, la chiusura progressiva dell'appello civile furono coniate come misure acceleratorie della sentenza finale, tanto che molte delle riforme successive, con l'introduzione delle soglie di accesso alle impugnazioni e financo l'affrettato svuotamento della motivazione della sentenza si leggono in ultimo come un percorso in quel solco tracciato, il cui punto di arrivo nondimeno non ha dato i sperati risultati, insieme con il sostanziale fallimento dell'istituto della mediazione preventiva come originariamente pensato.

Come verrà approfondito, anche e soprattutto dai coautori del simposio di cui questo scritto offre una pagina di apertura, l'originaria idea di coltivare l'aspirazione della riduzione dei tempi del processo, da puro fenomeno acceleratorio della formazione del giudicato, nel senso prima visto, viene man mano abbandonata – o, meglio, affiancata – da quella ben diversa di non considerare, per definizione, il giudicato come un momento imprescindibile e unico epilogo dell'accesso alla tutela giurisdizionale civile. La riforma del 2022, in questo senso, rappresenta un primo e neppur timido tentativo in questa direzione; dalla rivisitazione della mediazione preventiva, all'introduzione di provvedimenti provvisoriamente definitivi e quindi anticipatori della decisione senza giudicato, nonché al rinnovato *favor* verso la conciliazione della lite come compito del giudice in ogni momento della pendenza della medesima, l'aspirazione all'accelerazione dei tempi di formazione del giudicato si sposta verso l'aspirazione ad un *decisum* «purchessia». Purché, in qualche misura, *final*.

Varie considerazioni possono e debbono trarsi da questo rinnovato *mainstream*, a cominciare dalla consapevolezza del cambiamento. Il proposito di questo scritto è quindi quello di giustificarne seppur *ex post* un inquadramento più ampio, tramite un'indagine anche orientata sulle (mutevoli) *policies* nella prospettiva dell'ordinamento processuale – quello U.S. – che maggiormente si presta, per storia, natura e funzione, a valutarne una ragionata comparazione in questi termini. Non senza disgiungere un

certo qual percorso della giurisprudenza, che nell'ultima decade, sia pur indirettamente, sembra voler esser interprete di questa diversa rotta.

Dal *giudicato* alla *res judicata*, per l'appunto.

2. – Non è probabilmente casuale che nella letteratura processuale americana si usi il termine *res judicata*<sup>(4)</sup>, e non solo per una questione linguistica vetero-latinista. E, anticipo, il termine non è semplicemente la traduzione del nostro «cosa giudicata» (semmai il contrario), ma in realtà vedremo essere un idioma capace di includere una ben diversa nozione non tanto di irretrattabilità degli effetti del *decisum*, quanto di definitività di essi e di differenti percorsi per ottenerla.

Innanzitutto, è opportuno premettere che ogniquale volta si appropria una *doctrine* del sistema (processuale) americano, anche se di pura matrice giudiziale, come quella della *res judicata*, è doveroso iniziare con la prospettazione chiara delle *policies* sottostanti. In altri termini, è opportuno appropriaire la *doctrine*, per comprenderla, iniziando col chiedersi del perché della sua utilità, al punto da ritenerla *non-optional*, e, in altri semplici termini, *a cosa serve* per il sistema della giustizia civile.

Così ragionando, il risultato può apparire nondimeno quasi sorprendente, pur nella sua semplicità. Le *policies* che informano la *res judicata* paiono infatti coincidere con l'oggetto del giudicato, almeno come inteso tradizionalmente nel sistema di *civil law* e in particolare nell'ambito della nostra letteratura scientifica. Questo aspetto non è una casualità, ma vedremo che costituirà un significativo parametro interpretativo della stessa evoluzione dell'oggetto del giudicato domestico verso la *res judicata*.

Innanzitutto, anche solo soffermandosi sulla terminologia utilizzata dalla miglior «manualistica» del diritto processuale civile americano, è interessante notare che se vi è stata una classificazione concettuale ascrivibile al sistema della giustizia civile fin dalle origini del *common law*, questa è data dalla c.d. *doctrine of former adjudication*, che da sempre aveva annoverato la distinzione tra *res judicata* ed *estoppel by judgment*<sup>(5)</sup>,

---

(4) La terminologia *res judicata*, intesa come specifica *doctrine* di esclusiva matrice giudiziale, compare ufficialmente nel sistema americano in occasione del Restatement (Second) of Judgments (1982), per merito di Allan Vestal, autore dei saggi più importanti in materia, che possiamo definirli «the modern approach to *res judicata* in the United States» (così espressamente R. C. Casad & K.M. Clermont, *Res Judicata*, Carolina Academic Press 2001, p. 6). Si tratta, in particolare, di *Res Judicata/Preclusion variables: Nature of the Controversy 1965 Wash. Univ. Law Quarterly*, 158 (1965), e *Developments in the Law – Res Judicata*, 65 *Harv. Law Rev.*, 818 (1952).

(5) E. Cleary, *Res Judicata Reexamined*, 57 *Yale L. J.*, 339, 342-44 (1948). È oltremodo interessante notare come il ponderosa capitolo dedicato al «giudicato» da quello che può

comprendendo nel principio del *ne bis in idem* sia la c.d. *claim preclusion* che il *direct* o *collateral estoppel*, che atteneva al «giudicato» interno ed esterno su *issues* (questioni di fatto o di diritto) già decise in un precedente processo.

Come detto, il *Restatement (Second) of Judgment*, abilmente coordinato da Vestal<sup>(6)</sup>, supera la storica distinzione del *common law*, e propone di ricomprendere nell'alveo di unica *doctrine*, la *res judicata* appunto, sia la c.d. *claim preclusion*, sia la *issue preclusion*, così definendo un concetto di decisione *finale* che estende la *policy* del *ne bis in idem* (l'obbiettivo dichiarato di evitare la *re-litigation*) non solo al *claim* o *cause of action* (quella che noi chiameremmo la *res in iudicium deducta*), ma anche alle questioni di fatto (o fatto-diritto, secondo la nostra tradizionale terminologia) discusse ed essenziali per la decisione della controversia (si pensi alle questioni pregiudiziali *ex art. 34 c.p.c.*, ma non solo).

Si viene così a conformare nell'area anglosassone un concetto di *res judicata* decisamente esteso, se raffrontato con quello tradizionalmente acquisito nell'area continentale di *civil law*: l'aspetto maggiormente significativo è dato dal fatto che nell'alveo del principio del *ne bis in idem* – che assicura il divieto della c.d. *re-litigaton* – convivono tre fenomeni tecnicamente diversi. Il primo è dato dal nocciolo originario, per così dire del *claim preclusion*, che impedisce di riproporre la *stessa* domanda già giudicata.

Il secondo aspetto è dato dalla definizione di *stessa* domanda: è alquanto interessante notare come il concetto di *stessa* domanda comprenda tutti i «rimedi» che sulla base del nucleo fattuale lesivo originario e speso nella prima domanda, avrebbero potuto e dovuto essere fatti valere fin dall'inizio nell'originario e «unico» *complaint*<sup>(7)</sup>. In buona sostanza, si assiste ad una estesa versione del principio del dedotto e del deducibile, visto più dal punto di vista dell'oggetto del giudicato che dagli effetti del giudicato nel tempo; e ciò trova conferma ancor più nel diritto inglese, ancor oggi più ancorato alla regola dello *stare decisis*, nel quale vige da due

considerarsi il più accreditato «manuale della nostra materia in Usa» (Friedenthal, Kane, Miller & Steinman, *Civil Procedure*, West Academic 2022) titola ancora *Former Adjudication* il capitolo 14 dedicato alle varie questioni inerenti alla *res judicata*.

<sup>(6)</sup> V., *supra*, nota 5.

<sup>(7)</sup> Jack H. Friedenthal et Al., *Civil Procedure* 616, 621 (6th Ed. 2021). V. anche *Lucky Brand Dungarees, Inc. v. Marcel Fashions Group, Inc.*, 590 U.S., 140 S. Ct., 1589, 1595, 206 L. Ed. 2d 893 (2020). See *Restatement (Second) Of Judgments* §§ 17 cmt. b, 19 (1982), e prim'ancora *Organization for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415, 423 (1971), nota anche per l'icastica espressione «*one bite at the apple*».

secoli il medesimo principio denominato financo con il nome del caso nel quale venne coniato<sup>(8)</sup>.

Il terzo aspetto è costituito dalla c.d. *issue preclusion doctrine*, vale a dire il vincolo del secondo giudice adito su domanda diversa, ma collegata alla precedente già giudicata, di decidere senza dover e poter ridiscutere su questioni (di fatto e/o diritto) già affrontate ed effettivamente discusse tra le parti nel primo (e pur diverso) processo, purché allora ritenute decisive per la decisione (*actually litigated and essential*)<sup>(9)</sup>.

È nondimeno interessante evidenziare (anche alla luce di quanto sostrerò in questo scritto) come la stessa letteratura scientifica di area anglosassone, ha riconosciuto (e dunque, in qualche misura, favorito) una storica contrapposizione, tra l'oggetto della *res judicata* di origine di *common law* e l'oggetto del giudicato di matrice continentale: il «distinguo» tra il *broader scope* (dei sistemi anglosassoni) e il *narrow scope* dei sistemi di origine di *civil law* ha rappresentato uno dei tratti significativi di diversità e quasi di irriducibilità dei «due mondi»<sup>(10)</sup>, proliferata anche sulla tanto sopravvalutata quanto erronea dicotomia tra *rights vs. remedy law* come archetipo strutturale e funzionale dell'organizzazione giurisdizionale come esplicazione del principio della separazione dei poteri<sup>(11)</sup>. In realtà, se per un verso gli studi, soprattutto d'oltreoceano, sui profili di comparazione processuale tra le due tradizioni legali si sono concentrati per lo più con (esplicito) riferimento al modello germanico, per ragioni contingenti alla formazione culturale di origine degli studiosi stessi (per tutti, ad esempio, di Langbein e prim'ancora di Kaplan)<sup>(12)</sup>, per altro verso si rende dove-

<sup>(8)</sup> Henderson vs. Henderson, 1843) 3 Hare 100, 115, Wigram V.C. Il principio è stato riformulato nel 2002: Taylor v. Lawrence (2002) EWCA Civ. 90 QB 528, at 6, per Lord Wolff; v. anche Johnson v. Gore Wood & Co (2002) 2 AC 1, 31 HL, per Lord Bingham. V. N. Andrews, *On Civil Process, Court Proceedings*, (2013), 463, 468, 474. V, *infra*, in conclusione, un possibile raffronto con l'orientamento giurisprudenziale delle c.d. domande «complanari», soprattutto con riferimento alla (non ancora prevista) regolamentazione degli effetti del giudicato sulla domanda originaria allorché venga riproposta, a seguito del suo rigetto, la domanda complanare non proposta nel primo giudizio.

<sup>(9)</sup> La *issue preclusion doctrine* appartiene all'area anglosassone nel suo complesso (sia U.S. che UK, ma non solo): v. A. Vestal, *Res judicata/Preclusion/Expansion*, 47 *So. Cal. L. Rev.* 357, 359 (1974); Friedenthal et Al., *Civil Procedure* cit., 617; Andrews, *On Civil Process, Court Proceedings*, cit., 477.

<sup>(10)</sup> V., di recente, Y. Sinai, *Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective*, 21 *Duke J. Comp. & Int'l L.*, (2011).

<sup>(11)</sup> V., con riferimento proprio alla *res judicata*, C. Cavallini & M. Gaboardi, *Rights Vs. Remedies: Towards a Global Model*, 28 *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y* 171 (2022).

<sup>(12)</sup> Si rinvia, *et pour cause*, ai noti saggi di J. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 *U. Chi. L. Rev.* 823 (1985). E di B. Kaplan, Arthur T. von Mehren, & Rudolf Schaefer, *Phases of German Civil Procedure II*, 71 *Harv. L. Rev.* 1443, 1443-72 (1958).

roso oggi rivedere completamente l'approccio finora seguito – e non solo con riferimento al tema qui in oggetto – da una prospettiva più ampia e soprattutto aggiornata dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale non solo del sistema «continentale», ma anche dello stesso sistema anglosassone, e in particolare americano<sup>(13)</sup>.

Il profilo maggiormente significativo della *res judicata* anglosassone – nella prospettiva di comparazione – è senza dubbio rappresentato dalle ragioni che determinarono (e tuttora determinano) il surriferito *broader scope*. Se non può pretermettersi che – almeno storicamente – il riferimento al sistema c.d. rimediale, pur non negando l'esistenza di diritti dei *citizens*, non obbliga(va) alla «individuazione» dei medesimi nella domanda giudiziale (*pleading*)<sup>(14)</sup> –, nondimeno la determinazione della *res judicata* e del suo oggetto vincolante nei successivi giudizi ebbe il percorso

---

<sup>(13)</sup> In altri termini, non solo con riguardo all'estensione della *res judicata*, ma anche con riferimento alla struttura del procedimento, al ruolo del giudice pur nel diverso contesto del modello *pretrial* e ai rapporti tra deduzioni istruttorie e raccolta della prova (*fact-finding* ed *evidence rules*), si assiste oggi ad un sostanziale avvicinamento dei due sistemi legali, tradizionalmente tramandati come insanabilmente divisi tra modelli *adversarial* e modelli *inquisitorial*. Al punto che si può ragionevolmente argomentare per un condiviso modello *semi-adversarial*, e di coniare una reale base comune di principi processuali conformanti una vera e propria *Global Civil Justice*. V. se vuoi, C. Cavallini & S. Cirillo, *Reducing Disparities in Civil Procedure Systems: towards a Global Semi-Adversarial Model*, 34 *Florida. Int'l. L. J.*, 100 ss., (2024).

<sup>(14)</sup> V., se vuoi, C. Cavallini, *Diritti, rimedi e res judicata*, in questa *Rivista* 2020, 204 ss. È opportuno aggiungere, in questa sede, come la dicotomia tra «diritti e rimedi» come elemento distintivo tra *civil law* e *common law* ha trovato alimento (soprattutto dal versante US) nel momento storico (sociale ed economico) di superamento della grande crisi degli anni 20 e nel *new deal* rooseveltiano, che diede occasione ai conditores delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938 di avallare il c.d. *notice-pleading* come minimale atto introduttivo e di accesso alla giustizia civile volto a consentire a tutte le classi sociali di accedere al servizio giustizia, salvo poi, nel corso del tempo, di evidenziare come una maggiore individuazione del «diritto» oggetto del claim o cause of action si rendesse necessaria per evitare che il modello dell'*adversarial discovery* venisse abusato dalla parte «forte» nel corso del *pretrial* e rendesse nella sostanza poco usufruibile e discriminatorio il modello processuale. Di qui il ritorno, per così dire, al *fact-pleading* agli albori del terzo millennio (seppur adeguato alle FRCP), per tradizionale via giurisprudenziale; ritorno che così ha in parte reso sterile quella dicotomia, come lo stesso fondatore di *Harvard Law Review* ebbe a stigmatizzare nel primo fascicolo della rivista. V, infatti, C. Langdell, *Brief Survey of Equity Jurisdiction*, 1 *Harv. L. Rev.* 55, 111 (1887-1888): «*Equity jurisdiction is a branch of the law of remedies; (...) all remedies are founded upon rights and have for their objects the enforcement and protection of rights, it is impossible to obtain an intelligent view of remedies as a whole, without first considering the rights upon which they are founded (...). It is because rights exist and because they are sometimes violated that remedies are necessary. The object of all remedies is the protection of rights. Rights are protected by means of actions or suits. The term "remedy" is applied either to the action or suit by means of which a right is protected, or to the protection which the action or suit affords*».

dianzi delineato come evoluzione naturale di *policies* ben precise (e variegata) che i sistemi legali anglosassoni ritennero (e ritengono) di dover perseguire. Se infatti il comune denominatore del divieto della *relitigation* era ed è l'obbiettivo finale, per così dire, della *res judicata* come concetto e principio «naturale» dell'*adjudication system* (starei per dire, universalmente), l'estensione del vincolo scaturente da essa doveva (e deve) rispondere ad ulteriori e «mediati» obbiettivi, che in qualche misura contribuiscano a qualificare un sistema di tutela giurisdizionale in cui gli obbiettivi, per l'appunto, prevalgono sulla stretta e formalistica dogmatica (di cui il sistema continentale «diritto-centrico» ne rappresenta(va) un dovuto epilogo) (15).

Non è opportuno, né è questo l'intento, naturalmente, di porre un giudizio di valore sui diversi approcci tra le due famiglie legali; ma senza dubbio, vorrei dire, anche questa tramandata diversità di approcci appare in realtà lacunosa o parziale, soprattutto se vista dalla stessa prospettiva anglosassone (e, in specie americana, dove il culto della *civil procedure* è manifesto, al di là di ogni diversa apparenza). Lo si nota chiaramente nel come, al contrario, il *narrow-scope* della *res judicata* nella tradizione continentale viene riportato proprio dal punto di vista delle (presunte, aggiungo) *policies* sottostanti. A prescindere dal non secondario aspetto che il riferimento da parte della dottrina americana alla «tradizione continentale» è in realtà il riferimento alla tradizione germanica – per i motivi contingenti surriferiti –, mi pare che l'individuazione delle *policies* essenzialmente nella funzione della giustizia civile di «*implementation of government policy*» (16), intesa financo come poca considerazione nella stessa stabilità del provvedimento giurisdizionale finale e, al contrario, della possibilità di revisione in caso di errori di giudizio, sia un classico caso di *wrong reporting* (17). La parzialità, per non dire l'errore nella valutazione

---

(15) V. N. Andrews, *Principles of Civil Procedure* 501-12, 511, Cambridge Univ. Press., 1994: «*the "principle of finality" is rooted in several inter-related policies. If a decision were not treated as final, many inconveniences would result: the dispute would continue to drag on; greater legal expense and delay would result; scarce "judge-time" would be spent re-hearing the matter; inconsistent decisions might follow; litigation would cease to be a credible means of settling disputes; finally, it would be a hardship on the victorious party if the first case were to be re-opened; the victor is entitled to assume that at the first action he was not merely attending a dress rehearsal for further performances*».

(16) M. Damaska, *The Faces of Justice, and State Authority* 178-179(1986).

(17) Se il riferimento era quello al giudicato come *mera opportunità pratica*, risalente al Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1847, VI, 259) e alle prime elaborazioni sistematiche dello stesso Chiovenda (G. Chiovenda, *Sulla cosa giudicata*, in *Riv. it. sc. giur.* 1907, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano 1993, II, 399 ss.), esso fu poi abbandonato (dallo stesso Chiovenda) a favore di una concezione che si foca-

comparativa, per come prospettata dalla dottrina americana, è ancor più evidente se si considera che il *narrow-scope* verrebbe anche giustificato dal regime di operatività dell'eccezione di *res judicata*<sup>(18)</sup>, ritenuto erroneamente diverso nei due sistemi: nel senso che sarebbe rilevabile *ex officio* solo in quelli di *civil law*, e non in quelli di *common law*: il che non è così, e la possibilità che il giudice possa porre a fondamento del rigetto della domanda l'eccezione di *res judicata* rilevata *sua sponte* è comune ad entrambi gli ordinamenti, e se almeno guardiamo al nostro sistema, a partire dagli stessi anni<sup>(19)</sup>.

In realtà, visto il tutto dalla nostra prospettiva, il *narrow-scope*, per utilizzare questa terminologia, non poteva avere una vera e propria *policy* di fondo, se non quella di «limitare» al «diritto fatto valere», o alle «questioni decise con efficacia di giudicato», l'oggetto del vincolo sui successivi identici o dipendenti giudizi: il «bene della vita» è quello attribuito dal diritto, che costituisce la *res in iudicium deducta* con la domanda e che dalla domanda viene individuato: un approccio concettuale, tradizionale, lecito, del tutto «normale», starei per dire, emerso in un contesto temporale, sociale ed economico ove i problemi attuali di distribuzione di risorse e proliferazione di giudizi (quindi economico-temporali) certamente nemmeno si ponevano.

Le considerazioni appena svolte saranno riprese nel quarto paragrafo, non prima tuttavia di aver delineato e argomentato un diverso, e quasi opposto, fenomeno emerso da tempo nell'area anglosassone, quale la *provisoria* definitività di provvedimenti decisori diversi dalla *final adjudication*.

---

lizzava sulla «attribuzione del bene della vita» come un'aspirazione di garanzia di quel processo che non potesse ridiscutersi in un secondo e altro processo (*Istituzioni di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., I, Napoli 1935, 342, 374). Il punto in questione è rilevante, soprattutto alla luce della recente riforma processuale (v. par. 4 di questo scritto) e probabilmente non può dirsi del tutto chiuso, per così dire, alla luce di un approccio diverso e maggiormente valorizzante le *policies* anche da parte del nostro sistema.

<sup>(18)</sup> V., R. Millar, *The Premises of Judgment as Res Judicata in Continental and Anglo-American Law*, 39 *Mich. L. Rev.* 1, 8 (1940); Synai, *Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective*, cit., 385.

<sup>(19)</sup> V. *Arizona v. California*, 530 US 392 (2000) e già *Studio Art Theatre of Evansville, Inc. v. City of Evansville, Ind.*, 76 F.3d 128, 130 (7th Cir. 1996), per le quali «*The benefits of precluding relitigation of issues finally decided run not only to the litigants, but also to the judicial system*». La rilevanza *ex officio* del giudicato esterno, da intendersi come questione di ordine pubblico che attiene non solo ad un interesse delle parti in causa, si fa strada nella giurisprudenza italiana a partire Cass., sez. un., 25.5.2001, n. 226, sostanzialmente con le stesse motivazioni.

3. – Se vi è un aspetto del processo civile americano caratterizzante, e non da ora, esso è dovuto sì alla peculiare struttura del medesimo nelle due fasi distinte del *pretrial* e del *trial by jury* <sup>(20)</sup>, ma lo è in particolare per la progressiva trasformazione della prima fase nel luogo maggiormente deputato alla definizione della lite senza necessità di attivare la seconda fase.

Questo peculiare ma interessantissimo aspetto del processo americano è assai articolato, e dunque valga qui un ragionato tratteggio ai soli fini della rilevanza possibile per questo scritto.

Fin dalla promulgazione delle *Federal Rules of Civil Procedure*, il sistema americano prevede una serie di strumenti di pronta definizione della lite già nella fase del *pretrial*: in particolare, per entrambe le parti, due specifiche *motions* di rigetto o accoglimento del *claim* come conseguenza dell'inconsistenza del *pleading* attoreo e/o dell'*answer* del convenuto, ed anche degli eventuali *amendments* degli atti introduttivi <sup>(21)</sup>, per un verso, e, per altro verso, la *motion* (per entrambe le parti) per il *summary judgment*, allorché i fatti allegati, con la *documentary discovery*, appaiono in-controversi <sup>(22)</sup>.

L'impostazione generale è assai interessante, anche come viene prospettata dalla stessa manualistica, e questo approccio si rivela a mio avviso di interesse anche per la rinnovata struttura del procedimento di primo grado dopo la riforma del 2022 e le implicazioni che possano derivarne in tema di cosa giudicata o *res judicata*. Tale impostazione riflette un'opzione del legislatore di consentire più forme di «*challenges to the pleadings*» <sup>(23)</sup>, anche sulla scorta di una tradizione risalente ancor prima della promulgazione delle FRCP (mediante le figura del *general* o *special demurrer*) <sup>(24)</sup>. In

<sup>(20)</sup> Seppur, come si è detto, tale formale separazione sia divenuta più astratta che concreta, vista la percentuale inferiore all'uno per cento di controversie che vengono decise dalla giuria. Il che ha reso nel tempo sempre più «centrale» la fase del *pretrial*, nella sostanza trasformando il processo americano in un'unica fase, quella del *pretrial* appunto, anche mediante una marcata trasformazione del ruolo del giudice, decisamente più attivo e della stessa *preliminary conference*, che da momento di passaggio alla fase del *trial* diviene un momento di potenziale conclusione del giudizio (se non avvenuta prim'ancora, come vedremo) anche mediante forme di *judicially-led settlement*. In proposito, si consenta per brevità il rinvio a C. Cavallini, S. Cirillo, *In Praise of Reconciliation: The In-Court Settlement as a Global Outreach for Appropriate Dispute Resolution*, 2023 *J. Disp. Resol.* 52 (2023); Id., *The Americanization of the Italian Civil Proceeding?* 57 *N. Y. U. J. Int.'l L. & Pol.*, (2024) in corso di pubblicazione.

<sup>(21)</sup> Art. 12 (b) (6); art. 12 (c) e art. 12 (f) FRCP.

<sup>(22)</sup> Art. 56 (a)(b) FRCP.

<sup>(23)</sup> Testualmente il titolo del capitolo dedicato al tema da M.K. Kane, *Civil Procedure*, 109 (2013).

<sup>(24)</sup> J.H. Friedenthal et al., *Civil Procedure*, 310 (6<sup>a</sup> ed., 2021).

buona sostanza, le parti hanno la possibilità di instare per un rigetto *immediato* della domanda attorea o un accoglimento immediato della medesima lamentando una sostanziale insufficienza delle allegazioni a concretare l'interesse «*to state a claim*» o «*to strike an insufficient answer*». Parimenti, a seguito dello sviluppo della fase *pretrial*, e dei vari *amendments* ai *pleadings* introduttivi, le parti possono instare per un *judgments on pleadings*, che sostanzialmente ricalca la precedente *motion to dismiss*, con l'unica differenza che può essere proposta durante la fase avanzata del *pretrial*, quando emergono questioni che potremmo definire assorbenti anche i risultati della *discovery*.

Con una *nuance* diversa, l'istanza per il *summary judgment* costituisce oggi una delle modalità di definizione delle controversie alternative al *trial* e alla classica *adjudication* mediante il ricorso alla giuria maggiormente utilizzate, anche in termini di conversione delle precedenti istanze, ogni qual volta, nel rispondere alle già menzionate istanze, la controparte allegi nuovo materiale (*affidavit*, interrogatori) o più ancora «*outside evidence*»<sup>(25)</sup>. I presupposti per il *summary judgment* sono molto chiari: l'istante deve provare che non vi sono elementi di fatto controversi, il resistente per opporsi deve introdurre prove contrarie che contraddicano i fatti come presentati dall'istante e quindi che il giudizio possa essere deciso solo come *matter of law*, non essendoci materiale di fatto da sottoporre alla giuria per il verdetto nel *trial*.

Ciò che rileva in questa sede è la valutazione del *vincolo* scaturente dall'accoglimento di queste specifiche istanze che potremmo definire in qualche misura anticipatorie (del *trial* e dell'*adjudication* tradizionale). Qui si può notare come gli effetti di vincolatività della *res judicata* (nell'estensione vista) sono stati ritenuti *applicabili* anche alle definizioni delle liti con tale tipologia di provvedimenti, per così dire, anticipatori<sup>(26)</sup>, al punto da coniare un modello di procedimento civile distinto ed autonomo rispetto al classico schema del *pretrial/trial by jury*, tanto da far gridare al «*vanishing trial*» da parte della dottrina più ancorata al disegno tradizionale della giustizia civile americana<sup>(27)</sup>.

(25) M.K. Kane, *Civil Procedure*, cit., 171.

(26) J.H. Friedenthal et al., *Civil Procedure*, cit., 549.

(27) Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 *J. Empirical Leg. Stud.* 459 (2004), 459; Judith Resnik, *Symposium on Litigation Management: Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, 53 *U. Chi. L. Rev.* 494, 552 (1986), 783; Stephen C. Yeazell, *Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial*, 1 *J. Empirical Leg. Stud.* 949 (2004); John H. Langbein, *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, 122 *Yale L. J.*, 524 (2012); Arthur R. Miller, *Simplified Pleading, Meaningful*

Se è pur vero che l'utilizzo, nel caso concreto della formula del *with or without prejudice* consentirebbe al giudice di determinare la successiva riproposizione della stesso *claim*, in qualche misura disponendo della vincolatività degli effetti del *decisum* e dunque della stessa *res judicata*, la giurisprudenza e la dottrina riconoscono a tali forme di giudizi anticipatori la natura di giudizi *on the merits* (soprattutto nel frequente caso di trasformazione delle *motions to dismiss in summary judgment* previa possibilità di *amendments* – che ricorda la trattazione pre-udienza del nuovo procedimento civile di primo grado del nostro codice), così disponendo pressoché costantemente con la formula vincolante del *with prejudice* <sup>(28)</sup>.

Una prima conclusione è dunque nel senso che con il concetto di *res judicata* si è progressivamente insinuato nel sistema (finora di area anglosassone) un modello di regolazione dello scopo del processo che assicura la *finality rule* non solo oggettivamente ma ragionevolmente *estesa* rispetto al tradizione nocciolo della *claim preclusion* (che riflette il giudicato sulla domanda di tradizione anche continentale), ma anche applicabile a forme semplificate e accelerate del procedimento civile, financo, nel caso americano, dispositive della stessa struttura base (e garantita dalla stessa Costituzione) del *trial by jury*, che tanto ha contribuito a formare il mito dell'*exceptionalism* del processo civile americano rispetto ai modelli di *civil law* (e anche di UK).

Diviene così interessante e fors'anche rilevante affrontare ora, con questa visione allargata (e verrebbe da dire, globale), l'evoluzione soprattutto giurisprudenziale che in Italia ha contraddistinto quello che mi piace definire una progressiva attrazione della cosa giudicata verso la *res judicata*.

4. – Con una certa (e non sorprendente) consonanza di iniziative giurisprudenziali, in un primo momento, e legislative, in un secondo, la nozione «contenutistica» della cosa giudicata viene ad assumere anche nel nostro sistema una diversa connotazione, da almeno una duplice prospettiva. Che, in qualche misura e forse pur senza un esplicito o esplicitato proposito in tal senso, avvicina la cosa giudicata al «*broader scope*» della *res judicata* in quadro di sempre più palpabile riduzione dello scarto tra *common law* e *civil law* almeno con riferimento agli snodi fondamentali della giustizia civile (eccettuando, per l'appunto specificità e tecnicismi

---

*Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure*, 88 N.Y.U L. Rev., (2013).

<sup>(28)</sup> J. H. Friedenthal Et Al., *Civil Procedure*, cit., 658.

propri della intrinseca valenza domestica di siffatta regolamentazione). Valga qui un ragionato tratteggio di questo percorso, che verrà sviluppato successivamente in altri lavori di questo seminario scientifico.

La prima prospettiva è data proprio dall'effetto vincolante (e quindi di giudicato sostanziale) che ormai da un decennio la Cassazione annette non solo alla decisione «sul bene della vita» di chiovendiana accezione, ma anche (e forse, come si è detto, con eccessiva larghezza) anche sulle questioni *essenziali* risolte nel processo (e determinanti la decisione) e financo sull'implicito non discusso e risolto<sup>(29)</sup>. L'estensione «creativa» dell'oggetto del giudicato, là dove l'accertamento che «fa stato ad ogni effetto» si realizza come epilogo dell'ordinario processo di cognizione, anche e nonostante le varie tipologie di forme alternative previste dalla riforma recente, riposa proprio su un ragionamento che non appartiene più al formalismo concettuale, ma semmai alla ormai riconosciuta prevalenza di principi e valori che costituiscono una vera e propria *policy* funzionale per giustificare il mutamento giurisprudenziale, ed anzi l'innovazione vera e propria. Si può forse dissentire sul metodo perseguito, ma non credo onestamente sui risultati raggiunti: l'avvicinamento alla *res judicata*, innanzi tutto per via della giurisprudenza «creativa» o «innovativa» era già avvenuto (si pensi alla fine all'annoso dibattito dopo la pronuncia delle Sezioni Unite sulla rilevabilità del difetto di giurisdizione, poi tramutatasi in legge ben quindici anni più tardi) e non solo nel campo del processo civile (si pensi a quello «vicino», della legislazione sull'insolvenza da sempre – e senza troppe proteste – ascritta come materia di creazione pretoria): ed anzi, tale *modus operandi* non è nemmeno troppo italiano, sia in Europa (o nei modelli di *civil law*, si pensi al percorso della *res judicata* in Francia<sup>(30)</sup>) e soprattutto (ma per più consolidate ragioni) in contesti di *common law*, particolarmente negli Stati Uniti<sup>(31)</sup>. L'avvicinamento della cosa

---

<sup>(29)</sup> Per non tediare il lettore, si consenta il rinvio a *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione» verso una nuova iurisprudentia?*, in questa *Rivista* 2016, 302; Id., *Perpetua ad excipiendum variazioni in tema di giudicato e motivazione*, *ivi* 2018, 621, testi e note di riferimento, in particolare dottrinali, che segnano un ampio dibattito nella nostra comunità.

<sup>(30)</sup> V. L. Cadet, E. Jeuland, *Droit Judiciaire Privé* 2017, 623-624, che spiegano come l'autorità di cosa giudicata si estende ai *motifs decisifs* e alle questioni che hanno supportato la decisione sulle domande proposte (*antécédent logique nécessaire de la decision*), cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali.

<sup>(31)</sup> È molto interessante il dibattito nella dottrina americana a proposito del progressivo mutamento dell'interpretazione (e non delle norme) delle *Federal Rules of Civil Procedure* rispetto all'originario significato e *policy* del disegno di Clark e Kaplan, dovuta anche alla felice esperienza del metodo *Restatement*, ma soprattutto dagli *overruling* della Suprema Corte, che hanno adeguato progressivamente la funzionalità del sistema all'evoluzione della

giudicata alla *res judicata* non si apprezza quindi solo ed esclusivamente per una progressiva estensione dell'oggetto del primo concetto, ma innanzi tutto per le ragioni che lo giustificano, di cui quell'estensione è un mero effetto. Il «valore» del giudicato, quindi, si delinea anche e innanzi tutto come strumento di attuazione dell'economia processuale, realizzando sì il principio costituzionale della ragionevole durata del processo, ma anche ulteriori e in questo momento divenuti primari effetti, vale a dire un giusto bilanciamento tra efficienza ed effettività del diritto di azione nel quadro di una concezione della giustizia (civile) come servizio e non solo funzione dello Stato.

Da una seconda prospettiva, una sorta di parziale e indiretta conferma può intravedersi nelle nuove previsioni della riforma del 2022, soprattutto nel possibile (*cum grano salis*, s'intende) raffronto tra le nuove ordinanze di anticipazione della decisione e i modelli anglosassoni di decisione immediata nella fase *pretrial* in luogo del *trial by jury*, di cui una breve *survey* nel paragrafo precedente. In questo caso il discorso è più complesso e meno evidente, per così dire, ma a mio avviso (se a questo si unisce il rinnovato *favor* per la conciliazione giudiziale) foriero di spunto di interesse. Se è *per tabulas* che, nonostante l'assonanza almeno funzionale ad un *judgments on pleadings* delle due ordinanze, il legislatore non abbia voluto (e potuto) conferire effetti di vero e proprio giudicato sostanziale a questa tipologia di provvedimenti, riservata all'epilogo dello schema strutturale decisorio «tradizionale», per quanto anticipabile dal giudice a seguito della prima udienza a norma dell'art. 80-*bis* disp. att. c.p.c.<sup>(32)</sup>, non è men vero che l'obbiettivo del legislatore riposa sul regime della *provisoria definitività* di tali provvedimenti. Al di là della concreta utilità di tali ordinanze, come si diceva ampiamente surrogabili dall'esercizio del potere giudiziale di rimessione anticipata in decisione con effetti di vero e proprio accertamento, non si può non notare che sia lo stesso legislatore a incrinare l'aspirazione al giudicato delle parti e su istanze delle stesse<sup>(33)</sup>. In altri termini, se è il giudice che rimette in decisione la causa già alla (nuova) prima udienza di compari-

---

società e agli obbiettivi che una giustizia civile efficiente ed effettiva ha richiesto nel divenire. La *res judicata doctrine*, come si è visto, non ha avuto meno, per così dire, accompagnandosi alla profonda trasformazione dei fondamenti del processo civile, in particolare della fase di *pretrial*, a cominciare dall'oggetto della domanda introduttiva, e quindi al correlato effetto preclusivo (di *claim* e *issue*, oltre che di «dedotto e deducibile») che contribuisce ad individuare una connotazione dell'istituto con un fondamento e una portata globalmente condivisa.

<sup>(32)</sup> V. F. Auletta, *Diritto giudiziario civile*, Bologna 2023, 89.

<sup>(33)</sup> Id., 159.

zione delle parti e trattazione (oggi peraltro giunta a termine in quella sede), la decisione assicura comunque efficacia di accertamento ai sensi dell'art. 2909 c.c., sia pur con gli effetti più larghi ormai acquisiti in giurisprudenza; se, al contrario, sono le parti a chiedere la decisione immediata (un vero e proprio *judgment on pleadings*), il giudicato diventa disponibile dalle stesse in nome di una *finality rule* che nondimeno assicura effetti provvisoriamente *minori* (non ai sensi dell'art. 2909) ma ritenuti di maggiore utilità dalle stesse parti. E ciò senza escludere per definizione che l'efficacia maggiore di accertamento possa attuarsi, per via della consueta via impugnatoria, sia pur in tempi più dilatati.

Certo è che dal raffronto con il sistema anglosassone emerge attualmente una distanza, dovuta al parametro normativo, peraltro assente *overseas* e dunque lasciato come tradizione, per così dire, ufficiale, all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (e neppur necessariamente della Suprema Corte, ma anche delle *Court of Appeals*); detto questo, appare comunque avviata la via per una rivisitazione della funzione della cosa giudicata verso una nozione di *res judicata*, maggiormente indicata a temperare una *finality rule* a prescindere dalla tipologia di procedimento civile preordinato a conseguirla e con una maggiore ampiezza di oggetto rispetto alla tradizionale impostazione continentale.

5. – Diversi fattori di riduzione del (ritenuto) divario tra i due sistemi sono ormai un patrimonio acquisito nella letteratura comparatistica sia di area privatistica che pubblicistica, e non da ora. Financo ragionare solo in termini di raffronto comincia ad apparire riduttivo, quasi a testimoniare una non consapevolezza di tale avvicinamento. E se questo approccio è ormai consolidato in quella letteratura, anche per l'area (giustamente) ritenuta più legata al dato normativo domestico, la giustizia e il processo civile, la *cross-comparison* quasi naturalmente emerge come fattore di interpretazione di entrambi i sistemi, non disgiunta dall'indagine storica sull'evoluzione nel tempo dei sistemi medesimi.

L'avvicinamento della cosa giudicata alla *res judicata* appare pertanto uno di questi fattori, non saprei nemmeno se quello decisivo, ma sicuramente quello finale o conclusivo: la vincolatività degli effetti del *decisum* lo è di per sé e tale progressivo avvicinamento risponde comunque alle esigenze di bilanciamento tra le garanzie del *due process of law* e le *policies*, o, se si vuole, i valori che coniugano efficienza ed effettività dell'azione giurisdizionale nel contesto di una funzione della giustizia come servizio e pilastro dello Stato. Se poi si vuole scorgere il profilo più marcato, in quanto in definitiva coinvolgente uno dei tratti più distintivi della *res judicata*, è quello derivante dalla riconosciuta e ribadita ammissibilità delle

c.d. domande «complanari»<sup>(34)</sup>. Le *rationes* sottostanti alla nuova interpretazione dell'*emendatio libelli*, più o meno esplicitate, sono calzanti con le *policies* richiamate di economia ed efficienza della giustizia civile e di salvaguardia del convenuto dalla *multiple litigation* in ordine allo stesso «bene della vita»: ed anzi, le sezioni unite sostanzialmente interpretano il codice di rito, nella sostanza trasformando un (presunto) diverso diritto in un diritto alternativo e sostitutivo di quello originariamente dedotto (con utilizzo di terminologia «antica»), in questo motivando in termini di *policies* funzionali (inevitabilmente e necessariamente) a determinare *quell'*interpretazione, oggi più di ieri. Vari passaggi della motivazione della sentenza ribadiscono consapevolmente come un diverso approccio interpretativo – può piacere o meno, «quasi» anglosassone – determina in definitiva una soluzione interpretativa condivisa e condivisibile, che soprattutto condivide la svolta verso la *res judicata*, nella parte in cui richiama il «*one bit at the apple*»<sup>(35)</sup>, allorché si verta sul medesimo nucleo fattuale della vicenda litigiosa.

*Res judicata*, in conclusione, significa spostare l'attenzione del vincolo del *ne bis in idem* dal piano *identificativo* del diritto-domanda<sup>(36)</sup> al piano *effettuale* del *rimedio* apprestato dal sistema giurisdizionale per «quella» vicenda fattuale asseritamente violata dal convenuto in giudizio: nel perseguimento dei principi e valori costituzionali e «naturali» che funzionano da *policies* legittimanti l'interpretazione data dalle Sezioni Unite, il rigetto della «prima domanda» esaurisce le postulazioni successive del medesimo bene della vita su domande «alternative» che ben avrebbero potuto essere proposte nell'unico processo (*one bit*): senza che questo sia un malinteso fraintendimento del principio della domanda, che non verrebbe giammai violato sol che l'attore l'avesse proposte *ab origine*.

---

<sup>(34)</sup> A partire da Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, che si legge, *ex multis*, in questa *Rivista* 2016, 807, con nota di E. Merlin.

<sup>(35)</sup> V., *supra*, nota 9.

<sup>(36)</sup> Come, pur mirabilmente giungendo allo stesso risultato, con riferimento a casi di concorso tra responsabilità contrattuale e aquiliana, era giunto E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano 1957, 89, il quale muovendo da un concetto estensivo della domanda, riteneva che la prospettazione di un'unica e definita vicenda di fatto conduce alla «contemporanea ed alternativa deduzione in giudizio di tutti i *diritti* che la legge fa scaturire da quell'unico fatto». (enfasi mia).

FERRUCCIO AULETTA

Professore ordinario nell'Università L.U.I.S.S. «Guido Carli»

## GLI ULTIMI CINQUANT'ANNI DEL «FA[RE] STATO»

SOMMARIO: 1. Giurisdizione, potere, autorità. – 2. La complessità dell'«accertamento» e il primato del giudice. – 3. Costi e rischi della qualità dell'accertamento e natura delle situazioni regolate. – 4. La regiudicata e la ritenuta ammissibilità di ulteriormente «decidere della sua autorità»: la forza del comando come oggetto essa stessa di una prestazione di servizio. – 5. Dalla logica del potere (unitario) a quella del servizio, dall'immunità di fare del bianco il nero alla responsabilità per l'errore. – 6. La formazione della regiudicata come fatto storico e l'ossimoro del «giudicato ingiusto». – 7. La giurisdizione in funzione di rimedio nelle liti B2C e la preclusione asimmetrica. – 8. La progressiva affermazione della logica rimediaria nella tutela euro-unitaria dei diritti del consumatore: il disallineamento di giudizio e processo. – 9. La regiudicata *on demand* nelle liti B2B e l'esigenza di mantenere nell'ambito dell'autonomia privata frazioni del rapporto altrimenti coperte da preclusione, ma senza giudizio. – 10. L'espansione attuale della tendenza verso una piena e costante natura opzionale della regiudicata (con qualche limite). – 11. La *endless relitigation* nel circolo giurisdizionale multilivello (Corte Giust. UE – Corte EDU): in prospettiva, la revocazione per incostituzionalità della cosa giudicata. – 12. Il giudicato non è più il diamante dell'ordinamento giuridico.

1. – Mi occuperò delle tendenze del giudicato a far tempo – volendo quest'ultimo segnare in maniera tanto stipulativa quanto emblematica – dalla pubblicazione di Enrico Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi* (Giuffrè, 1957).

Lì, notoriamente, per la definizione della «funzione giurisdizionale» (art. 102 Cost.) si comincia a tener presente il relativo dato strutturale, che – con la nota scettica che è nelle parole di Giovanni Verde – «sarebbe rappresentato dal fatto che i giudici parlano con provvedimenti contrassegnati da un particolare regime, che si riassume con il termine di cosa giudicata». Sennonché, se «quella giurisdizionale è una funzione», come vuole la *Charta*, la stessa «non è espressione di un potere, ma della necessità di svolgere un servizio»<sup>(1)</sup>, un servizio all'erogazione del quale lo Stato è allora tenuto nella stretta misura in cui gliene sia manifestato bisogno.

---

(1) *Diritto processuale civile*, 6<sup>a</sup> ed., I, Bologna 2023, 24.

Dunque, la regiudicata non sembra oltremodo concepibile, nello Stato costituzionale, come dato invariabile del «potere» giurisdizionale, destinato cioè a imporsi incondizionatamente; ma allora – se il giudicato «non connota tutti gli atti giurisdizionali»<sup>(2)</sup>, mentre sempre «è giurisdizione l'attività [comunque] esercitata dai giudici» – deve ammettersi, nella diversa prospettiva del «servizio» offerto alla comunità, che la misura del giudicato anzitutto corrisponda all'emergenza del suo effettivo bisogno, e poi che della prestazione di tale particolare servizio l'Autorità di erogazione (sop-)porti – non tanto il potere, quanto e semmai – la «responsabilità».

Coerentemente (quasi per reciprocità logica), la stessa «autorità», trasferita in un atto giurisdizionale, può essere scissa dalla cosa giudicata, rimanere altro da questa e, soprattutto, giocare un ruolo né privo di alternative né sottratto a variabili, come mai potrebbe darsi di un potere vero e proprio: «l'autorità di una sentenza» (art. 337 cpv. c.p.c.), allora, più «non è [...] quella della sentenza passata in giudicato, [ma] è quella di qualsiasi sentenza, soggetta anche ai mezzi di impugnazione ordinari. Prima ancora del passaggio in giudicato, qualsiasi pronuncia giurisdizionale è infatti dotata di propria autorità, dato che la sentenza esplica un'efficacia di accertamento al di fuori del processo. La stabilità della sentenza impugnata, anche se provvisoria, costituisce naturale proprietà dell'atto giurisdizionale, che esprime la volontà della legge nel caso concreto, e con questa l'esigenza di una sua immediata, anche se provvisoria, attuazione, nell'attesa del formarsi del giudicato ed indipendentemente da questo»<sup>(3)</sup>.

Il che, nel definire l'alterità tra efficacia di accertamento e autorità della cosa giudicata, riduce obiettivamente l'«efficacia di accertamento» quasi all'«efficacia dell'atto pubblico» (art. 2700 c.c.), e in tal modo all'efficacia che in genere procede da un qualsiasi impegno di Autorità, senza riguardo cioè per le qualità intrinseche dell'accertamento stesso, tant'è che qualsiasi accertamento imputabile all'ordine giudiziario appare in grado di produrne, anche quando tale accertamento – quindi – non sia assistito dalla speciale qualità di regiudicata<sup>(4)</sup>. E, se è vero che «qualsiasi

---

<sup>(2)</sup> G. Verde, *op. cit.*, 30.

<sup>(3)</sup> Cass., sez. un., 26 luglio 2004, n. 14060.

<sup>(4)</sup> Come noto, M. Fornaciari, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino 2002, *passim*, (spec. p. 226), ha già sostenuto che «l'unico tipo di effetto conosciuto dall'ordinamento è di tipo costitutivo», e nessuna autonomia avrebbero gli effetti dichiarativo e preclusivo. Tutti gli atti di accertamento, allora, si caratterizzerebbero per la circostanza di esplicitare i loro effetti diretti sul piano processuale, vincolando il giudice «a non discostarsi, nella valutazione della realtà accertata, dalla configurazione fornita nell'accertamento», secondo un vincolo variabile, da un minimo (fino a prova contraria) a un

pronuncia giurisdizionale è [...] dotata di propria autorità»<sup>(5)</sup>, il legislatore può prendere a largire la relativa proprietà finanche a risultati estremamente precari della cognizione sommaria, come accade riconoscendo l'«autorità del provvedimento cautelare» (art. 669-*octies* c.p.c.) e – per finire – una «sua autorità» all'ordinanza tanto di accoglimento quanto di rigetto della domanda (artt. 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c.).

2. – Una siffatta svalutazione dei modi dell'accertamento, e conseguentemente di quello che consiste nel passaggio in giudicato della sentenza che lo contiene, ha, a mio avviso, scaturigine in fattori ben lungi dal contesto intimamente processuale: soltanto per esemplificare le cause prossime, mi pare di poter elencare per prima la progressiva complessità tecnico-scientifica del fatto controverso con la corrispondente recessività del presidio cognitivo del giudice in favore di quei contributi e ingredienti del giudizio che lo rendono sempre meno autore dell'accertamento e sempre più destinatario, ad altri non più che equi-ordinato, dell'opera di terzi, fino a farne ... *servus peritorum*<sup>(6)</sup>.

Mi era già capitato di osservare, più in generale, che «la qualità dell'accertamento non può essere mai un portato dell'elezione della giurisdizione in sé e per sé, tanto meno di un modello di processo piuttosto che di un altro, con la conseguenza che l'esito della misurazione della qualità di un accertamento dipende in concreto dalle variabili da considerare»; per concluderne nel senso che «nessun elemento ordinamentale o processuale consente di affermare in via di principio la superiorità dell'accertamento giurisdizionale e, dunque, la sub-valenza di uno di tipo diverso che, ferme altre caratteristiche oggettive e di metodo, difetti in realtà di quella sola che è il farsi “davanti a giudice” (ma, per giunta, mediatamente)»<sup>(7)</sup>.

3. – Fuori del processo, mi pare rilevante pure la notazione che muove dal rapporto diretto tra utilità dell'accertamento e durevolezza della situazione che ne è oggetto e sopra la quale si proietta l'efficacia della pronuncia, rendendosi evidente come la qualità dell'accertamento e le energie che una sua migliore qualità è destinata ad assorbire possano risolversi in

---

massimo, *i.e.* la «fissazione definitiva e non più contestabile, con alcun mezzo e in alcuna sede, della realtà accertata».

<sup>(5)</sup> Cass., sez. un., 26 luglio 2004, n. 14060, cit.

<sup>(6)</sup> A.M. Tedoldi, *Iudex servus peritorum: la consulenza tecnica psicologica*, in questa *Rivista* 2022, 1164.

<sup>(7)</sup> Cfr. il mio *I conflitti economici e la giurisdizione. Atti del XXXIII Convegno nazionale dell' AISPC – Milano, 17-18 giugno 2022*, Bologna 2023, 275.

inefficienza nell'ambito di relazioni giuridiche di rapido dissolvimento. Al fondo, la tendenziale mobilitazione dei valori contendibili nella società dei consumi e la veloce riduzione delle situazioni reali quali fulcro di controversia possono rivelare la sconvenienza di modi dell'accertamento eccessivamente energivori o duraturi in rapporto alla proiezione della pronuncia o alla consistenza del valore in gioco. Sembra, insomma, potersi instaurare una relazione di meritevolezza per la quale «l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato», e quindi l'accertamento più costoso tra quelli concepiti dall'ordinamento, vale la pena di procurare sempre che la regola che se ne ricavi abbia un valore commisurabile tanto da non rendere esuberante il mezzo sullo scopo. Di converso, qualunque decisione *zur Zeit* si fa più desiderabile della regola (in sé) di cui (pure) costituisca applicazione se il costo da sostenere per portare a definitività quella regola nemmeno toglie la probabilità (e il rischio) che maturino nel tempo occorrente più alternative della stessa, dato che i continui sussulti dell'ordinamento fanno ormai temere che manchi in ogni caso *one right answer*.

4. – Che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato valga sempre meno, e così la rejudicata in sé, è del resto riscontrato dal bisogno avvertito in giurisprudenza di rispondere – finanche in senso positivo, per giunta – all'interrogativo sollevato in sede di esecuzione: «se, per intendere il significato e l'estensione dell'accertamento compiuto dal giudice con la sentenza ed in genere per decidere della sua autorità, sia dato integrare il pensiero del giudice consegnato alla sentenza con quanto risulta dagli atti delle parti, dai documenti da esse prodotti, dalle relazioni degli ausiliari del giudice, se ne siano stati introdotti nel processo in cui la sentenza che ha definito quel giudizio è stata pronunciata»<sup>(8)</sup>. E non può mancare di rilevarsi qui come il coefficiente del «potere» (*i.e.* autorità) impegnato nella sentenza appaia largamente sub-valente, tant'è che la Corte di cassazione non usa perifrasi nell'impiantare «la risposta così data all'interrogativo» in soli «termini di efficacia della funzione giurisdizionale». Insomma, «la "forza" del provvedimento giurisdizionale sempre più ci appare non più come frutto di un [*già*] esercitato potere, ma per essere l'"in sé" del [*nuovo*] servizio richiesto»<sup>(9)</sup>.

Vien fatto di dire, seguendo la parabola della cosa giudicata descritta da Calamandrei, che la relativa teoria, dopo essere stata «purifica[ta] da

---

<sup>(8)</sup> Cass., sez. un., 2 luglio 2012, n. 11067.

<sup>(9)</sup> Cass., sez. un., 2 luglio 2012, n. 11067, cit.

tutte le contaminazioni di carattere probatorio» per riuscire attratta al «comando, che è il fondamento della teoria moderna della cosa giudicata»<sup>(10)</sup>, in quest'ultima categoria ha tuttavia finito per trovare un radicamento fattosi esso stesso precario.

In breve, si afferma un'idea di una «funzione giurisdizionale» progressivamente liberata delle componenti dell'autorità e del potere intesi come quel tutt'uno capace di produrre norme irrevocabili, e ciò in favore di un servizio somministrabile al bisogno, in cui la qualità dell'accertamento e la prospettiva applicativa della regola che ne viene secreta *una semper* (altrimenti detta, effetto conformativo) tendono a diminuire in favore di interventi via via soddisfatti di esigenze episodiche, e il loro autore a farsi responsabile di un servizio giudiziario nel complesso ricostruibile in termini prevalentemente rimediali. La dimensione prospettica della regola (dove viene il nucleo vitale della regiudicata, «potenza» pre-destinata a coprire tutto «con la sua ombra») cede il passo a quella puntuale e propria della soddisfazione di un bisogno.

5. – Lo Stato in persona del giudice non presidia oltremodo con la propria autorità la terminazione della lite e il ristabilimento imperativo dell'ordine sociale da quest'ultima alterato, ove meglio si rivela(va) il «processo come complesso degli atti coordinati allo scopo dell'attuazione della volontà concreta della legge» (secondo la fortunata formula di Chiovena<sup>(11)</sup>); né la decisione più pare vocata ad attuare una volontà sovrana, quella che costantemente tende al mantenimento dell'ordinamento: Giuseppe Chiovena aveva pure scritto che «la difesa contro il torto è assunta dallo Stato come una sua funzione, determinata da finalità oggettive e generali»<sup>(12)</sup>.

Invece, «il “potere” va perdendo il carattere intrinsecamente autoritario per evolversi in “servizio”; nel quale, pertanto, anche la giurisdizione da funzione sovrana esercitata in regime di monopolio (in nome del Sovrano, come voleva lo Statuto albertino) si trasforma in servizio (reso in nome del popolo, come si legge nella Costituzione) che può essere esercitato in concorrenza con altri soggetti (ossia è sempre meno “potere” e sempre più “ordine”, adoperando le parole dell'art. 101 Cost.)»<sup>(13)</sup>.

(10) Cfr. P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in questa *Rivista* 1939, 105 ss.

(11) Cfr. G. Chiovena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I (1935), Napoli 1957 (rist.), 30 s.

(12) G. Chiovena, *op. cit.*, 32.

(13) G. Verde, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, in *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti*, Torino 2023, 8.

Quando si assiste, però, all'erogazione di un servizio la sua qualità viene allora misurata dai singoli sulla sola soddisfazione delle esigenze dell'utente, e la mancanza della qualità esigibile si risolve in causa di responsabilità, nella specie dello Stato. Ed è l'introduzione di un'idea siffatta a minare ulteriormente la cosa giudicata, non potendo naturalmente rimanere senza conseguenze nemmeno l'aver il giudice «colpevolmente» cambiato in nero il bianco, ciò che una volta manifestava invece l'immunità assoluta e ultima del potere giudiziario o sovrano senz'altro, siccome *in nuce* unitario. Benito Mussolini, ai magistrati d'Italia riuniti il 30 ottobre 1939 nella Sala delle battaglie di Palazzo Venezia, avrebbe non a caso indirizzata l'affermazione per la quale «non esiste una divisione di poteri nell'ambito dello Stato. [...]. Ma nella nostra concezione il potere è unitario: non c'è più divisione di poteri, c'è divisione di funzioni»<sup>(14)</sup>.

Senonché, in ragione del sovvertimento della prospettiva superindividuale della giurisdizione e del privilegio infine accordato al punto di vista del singolo utente, la Corte di giustizia dell'UE passa a imporre il primato del principio per cui «nell'ipotesi in cui la responsabilità dello Stato fosse esclusa in maniera assoluta, a seguito delle valutazioni operate su determinati fatti da un organo giurisdizionale, tali singoli non beneficerebbero di alcuna protezione giurisdizionale ove un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado commettesse un errore manifesto nel controllo delle summenzionate operazioni di qualificazione giuridica dei fatti»<sup>(15)</sup>. Sicché, si consolida per tale via l'esposizione necessaria quanto universale della funzione giurisdizionale al sindacato di responsabilità dell'autore del relativo servizio onde la regiudicata finisce per perdere la stessa capacità di farsi (quando non fonte stessa, almeno) parametro di legittimità. «La sostituzione del "potere" con il "servizio" comporta che l'intera categoria del "pubblico" va ripensata, depurandola delle scorie insite nell'autoritarismo ed eliminando l'idea di un prevalere dell'autorità per il solo fatto di essere tale»<sup>(16)</sup>.

6. – Tale trasformazione (in senso dissolutivo della capacità modificativa dell'ordinamento in sé) avviene non soltanto nella dimensione, si direbbe, verticale, cioè tra lo Stato erogatore del servizio e il cittadino utente, ma finanche in dimensione orizzontale, nella relazione equi-ordi-

---

<sup>(14)</sup> Le opere, i discorsi e gli scritti di Benito Mussolini (1914-1942) sono consultabili in [www.adamoli.org](http://www.adamoli.org).

<sup>(15)</sup> Corte Giust. UE, Grande Sezione, 13 giugno 2006, n. C-173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.A. in liquidazione.

<sup>(16)</sup> G. Verde, *op. ult. cit.*, 9.

nata tra i litiganti, al punto di pervenire ad affermare, in generale, che «il danneggiato da una sentenza ingiusta perché frutto di corruzione del giudice può esercitare un'autonoma azione risarcitoria [...] senza che a ciò sia di ostacolo l'omesso esperimento della revocazione in rescindente della sentenza "corrotta"», sì da realizzare il capovolgimento copernicano di un «giudicato (...) ormai intangibile [con] una sua doppia e simmetrica valenza, di reudicata e di fatto storico (nella dimensione aquiliana del "qualunque fatto doloso o colposo" ex art. 2043 c.c.)» ovvero, detto con un ossimoro, del «giudicato (...) "ingiusto"»<sup>(17)</sup>.

Non soltanto viene disperso il valore della cosa giudicata consistente nella capacità novativa dell'ordinamento e di genesi normativa, sin qui prevalentemente indagato, ma corrispondentemente la stessa consistenza di preclusione della regiudicata appare diminuita, pur volendo riconnettere l'effetto preclusivo a una matrice già diversa della teoria del giudicato. È tornato di recente a osservarlo Verde, mettendo al confronto le figure di coloro dei quali più direttamente andava riconoscendo il riflesso dell'insegnamento ricevuto, vale a dire Virgilio Andrioli e Corrado Vocino. Scrive infatti Verde: «Egli (V. Andrioli) riconduceva l'autorità della sentenza alla volontà del giudice, ossia all'esercizio dell'*imperium*, essendo fedele all'idea che la giurisdizione costituisce esercizio di un potere. È ovvio che, ravvisando nell'esercizio della giurisdizione la (necessaria) prestazione di un servizio (oltre tutto non in regime di necessario monopolio), mi accosti di più alle idee di C. Vocino (v. in particolare *Considerazioni sul giudicato*, Milano 1963), che ricollegava il giudicato alla preclusione»<sup>(18)</sup>. Sta di fatto che l'ordinamento può talvolta rimanere quello che è, con o senza regiudicata, tant'è che il relativo accadimento e il mantenimento della sua vigenza neppure impediscono l'ulteriore esercizio di diritti già stimati incompatibili, come accade abilitando l'uso del giudicato quale fatto costitutivo della domanda di risarcimento del danno.

7. – Tra l'ultimo del vecchio e il primo decennio del nuovo millennio, poi, si afferma normativamente il prototipo del soggetto in cerca di rimedi a situazioni di svantaggio relazionale regolarmente episodiche, affrancate da situazioni reali o immanenti a rapporti di durata e, all'inverso, normalmente intime a contatti sociali di consunzione istantanea: si tratta della figura del consumatore di conio eurounitario, destinatario di uno statuto di protezione nei confronti del professionista, quale altro soggetto col

---

<sup>(17)</sup> Cass. 17 settembre 2013, n. 21255.

<sup>(18)</sup> G. Verde, *op. ult. cit.*, 9 s. (nt. 22).

quale intercorre la crisi cooperativa bisognosa dell'intervento giudiziario (liti c.d. *B2C*).

Ora, conviene premettere che la tutela c.d. rimediabile e quella tradizionalmente dichiarativa di pre-esistenti diritti di marca legislativa possono conoscere significative coincidenze negli esiti, ma è indubbio che la dottrina della *regiudicata* abbia in ciascuno dei contesti di origine, rispettivamente anglo-sassone o continentale, una differente tenuta in ragione degli scopi che la ispirano.

Spiega Cavallini: «come la logica dei "diritti" presuppone un potere formativo astratto dei medesimi solo in capo al legislatore, così la posposizione dell'origine della posizione giuridica preminente in capo ad un soggetto dell'ordinamento alla concessione del rimedio non può non prevedere anche un potere formante in capo al giudice, che si consolida anche con la tradizionale regola dello *stare decisis*»<sup>(19)</sup>. Perciò, «la delimitazione e attribuzione di un rimedio, nella sua propria funzione di tutelare un interesse giuridicamente protetto dall'ordinamento "creando" il diritto con il provvedimento giurisdizionale non può non sostanziare lo stesso rimedio di una portata la più ampia possibile, la più definitiva possibile, in altre parole la più rimediabile possibile». «Il conio dell'*issue preclusion doctrine* assolve alla funzione di rendere certo e stabile un diritto creato dalla sentenza "rimediabile" da successive contestazioni basate sì su un diverso *claim*, ma fondate su un postulato ribaltamento dell'antecedente logico fattuale e giuridico del rimedio già concesso. Il rimedio concesso dal giudice è così tanto più efficace ed effettivo (*efficiency*), quanto idoneo a realizzare una *economic fairness*, scoraggiando la parte a riproporre successivi processi nei quali quella *issue*, già preclusa, venga invero nuovamente (e necessariamente) postulata di un esito diverso ai fini dell'accoglimento della pur diversa pretesa azionata»<sup>(20)</sup>.

In un'accezione del genere si rende più chiaro come lo stesso elemento preclusivo, finanche quel minimo nocciolo duro e non scalfibile della *res iudicata*, possa assumere un andamento – verrebbe fatto di dire – a senso unico, dove il riconoscimento di pre-valenza quasi assoluta di uno degli interessi in conflitto (sempre e comunque «più») meritevole non può andare esposto all'astratto quanto isonomico divieto di *bis in idem*, sopportando la proibizione di un'altra domanda *de eadem re* in quanto tale, ma soltanto esige la preclusione di ogni iniziativa destinata ad attenuare la virtuale definitività del primato già meditatamente assegnato a quello stes-

<sup>(19)</sup> Cfr. C. Cavallini, *Diritto, rimedio e res iudicata*, in questa *Rivista* 2020, 211.

<sup>(20)</sup> C. Cavallini, *op. cit.*, 215.

so interesse (un tempo oggetto di disputa). In altre parole, mentre il «processo» dichiarativo «sopra» un diritto pre-esistente è sempre in grado di generare per la stessa *machinery* dell'allegazione, comunque fattane dalla parte, un esaurimento isometrico di ogni altra *chance* di affermazione degli interessi ricadenti nel raggio della posizione soggettiva dedottavi, è piuttosto il vero e proprio «giudizio» sulla meritevolezza o meno del rimedio a provocare, in funzione della preservazione dei suoi concreti esiti aggiudicativi, un divieto di *re litigation*, e però di ampiezza variabile in dipendenza della capacità effettivamente presa dal dibattito in ordine al rimedio infine richiesto.

8. – La progressiva affermazione della logica rimediabile nella tecnica di tutela giurisdizionale dei diritti del consumatore procura l'esperienza dell'affievolimento della forza preclusiva altrimenti riconoscibile, per la diversa tradizione a noi più vicina, nella sola deducibilità (virtuale) di una questione entro il processo definito (pur) senza la sua (effettiva) spendita. Di tale esperienza mi pare di poter offrire in sequenza cronologicamente significativa alcune vicende, riunite dalla comune scaturigine nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, il che dà conferma del fondamentale ruolo causale dell'ordinamento euro-unitario nella realizzazione della massima ibridazione delle tecniche di protezione degli interessi giuridicamente rilevanti, e in ultimo della fenomenologia contemporanea della regiudicata.

Con la Sentenza della Corte di giustizia dell'UE (Prima Sezione), 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro* [A. Tizzano, Avv. gen.], la Direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, viene interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale e annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo.

Con la Sentenza della Corte di giustizia dell'UE (Prima Sezione), 6 ottobre 2009, *Asturcom* [A. Tizzano, rel.], la stessa Direttiva viene ancora interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto inoppugnabile, ma emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, si possa procedere a tale valutazione

nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

Sono recenti, infine, le sentenze della Corte di giustizia dell'UE emesse il 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19), sempre in applicazione della disciplina prevista dalla Direttiva 93/13/CEE a tutela dei consumatori, le quali hanno ritenuto superabile la definitività del decreto ingiuntivo non opposto rispetto al diritto in esso accertato in presenza di clausole abusive, disponendo che tutti gli Stati membri debbano assicurare le misure idonee al fine di garantire la (più) piena tutela riconosciuta dalla direttiva in questione. Ciò che, come noto, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno provveduto, con la sentenza n. 9479 del 6 aprile 2023, decidendo che la clausola del contratto rimane abusiva – e l'abusività ulteriormente rilevabile – anche se il consumatore non si sia opposto all'ingiunzione, spettando ancora al giudice dell'esecuzione accertare se la clausola abbia natura vessatoria nonostante la preclusione *pro iudicato*.

In quest'ultima decisione (in disparte l'atteggiamento a guisa di legislatore assunto della Corte Suprema, che si dà licenza di impiegare la tecnica – propria di formazione delle leggi – «articolo per articolo», e però costituzionalmente riservata alle «Camer[e]»: art. 71), la misurazione dell'effetto concretamente preclusivo derivante dalla regiudicata per difetto di opposizione all'ingiunzione ricorre a un metro di dimensione variabile e definibile unicamente *ex post*; infatti, il giudice dell'esecuzione è soltanto «in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole» che rimane titolato a rilevare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza o l'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo. Invero, già secondo la Corte Giust. UE, «è proprio la carente attivazione del giudice del monitorio – mancato rilievo officioso e omessa motivazione, imposti da norma imperativa (art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE) – che comporta, secondo il diritto dell'Unione (nell'interpretazione vincolante della CGUE [...]), che la decisione adottata, sebbene non fatta oggetto di opposizione, è comunque insuscettibile di dar luogo alla formazione, stabile e intangibile, di un giudicato, così da consentire anche nella contigua sede esecutiva, dove si procede per l'attuazione del diritto accertato, una riattivazione del contraddittorio impedito sulla questione pregiudiziale pretermessa (concernente, per l'appunto, l'assenza di vessatorietà delle clausole del contratto) e, quindi, di un meccanismo processuale (...) che possa rimet-

tere in discussione anche l'accertamento sul bene della vita implicato dal decreto ingiuntivo, ossia il credito riconosciuto giudizialmente»<sup>(21)</sup>.

In definitiva, nei casi sin qui segnalati per il carattere sintomatico della riduzione in tal modo fattasi evidente del nudo effetto preclusivo della regiudicata emerge che, nella diversa prospettiva della tutela giurisdizionale, la quale – cioè – non muova dalla previa allegazione di un diritto sopra il quale è la mera consumazione delle possibilità di esame delle inerenti questioni a segnare invariabilmente il divieto di secondo giudizio, una pur definitiva aggiudicazione «processuale» del bene della vita può ritenersi ancora non preclusiva del rilascio di un rimedio in favore di quell'interesse sostanziale che continuasse ad apparire «più» meritevole, almeno quando un «giudizio» particolare risulti «effettivamente» mancato nel primo corso giurisdizionale. Nella prospettiva del rimedio, il reale perimetro del «giudizio» può in effetti risultare minore di quello pur astrattamente accessibile nel relativo processo, e così un giudizio necessariamente più ampio esigere un altro «processo».

9. – Se l'effettività e l'efficacia della protezione fa da guida nella rilettura delle vicende appena scorse, è invece l'efficienza dell'amministrazione giudiziaria che pare segnare la logica (ancorché parimenti) declinante della regiudicata nella definizione delle liti c.d. *B2B*.

Anche in tale contesto, il nostro secolo si apre con la ricerca di soluzioni processuali che prediligano la tempestività dell'intervento giudiziario quale regola, fuori cioè dei casi di esigenze cautelari; e ciò specialmente in combinazione con un regime del provvedimento inidoneo alla stabilità per vocazione intima, ma suscettibile di evolvere opzionalmente in regiudicata vera e propria. Così, viene sperimentato dal legislatore del processo relativo ai rapporti commerciali e societari il prototipo del «procedimento sommario di cognizione», disciplinato all'art. 19, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, quindi abrogato un lustro e poco più dopo.

Si tratta di procedimento inteso alla tutela generale relativamente a beni mobili, al quale viene facultato il creditore, con iniziativa tale da sostituire il ricorso all'atto citazione e l'organo monocratico a quello altrimenti collegiale: un procedimento destinato a seguire, almeno quanto alle allegazioni del convenuto, sulla base di una cognizione sommaria e a

---

<sup>(21)</sup> Una compiuta disamina del tema si legge adesso in D. Mustari, *Norme di ordine pubblico di matrice euro-unitaria e superamento del giudicato: una riflessione alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Giusto proc. civ.* 2023, 1229 ss.

concludersi, se del caso, con ordinanza esecutiva (salvo, diversamente, venire re-instradato sul binario ordinario).

Dato che «avverso l'ordinanza di condanna [poteva] essere proposta esclusivamente impugnazione davanti alla corte di appello», ma – al contempo – «all'ordinanza non impugnata non consegu[ivano] gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile», si era venuto creando un processo del quale rimaneva non pre-dicibile l'attingimento o meno della cosa giudicata, fattasi bene di ricerca meramente eventuale (*on demand*) nel convincimento che l'aver rimesso alla parte interessata ogni valutazione al riguardo potesse mantenere più saldamente nel circuito dell'autonomia privata la soluzione alternativa alla definizione eteronoma.

In breve, non è soltanto la iper-protezione del consumatore nelle liti B2C ma pure l'esigenza di assicurare al servizio giudiziario un maggiore tasso di disponibilità nelle liti B2B che nel tempo appaiono quali fattori convergenti verso l'esigenza di ridurre la resistenza o l'ineluttabilità della *res iudicata* e farne, da elemento caratterizzante la giurisdizione, un tratto sempre meno distintivo, e – soprattutto – illuminarne quegli elementi indesiderabili che l'immutabilità dell'accertamento reca in dote. Tra questi rientra certamente l'incremento (non sembra pronosticabile esattamente) della preclusione da regiudicata, destinata ad ammantare comunque il rapporto dedotto in giudizio quale che ne sia stata la frazione (di diritto/i) fatta valere con la domanda: ciò che, col concedere all'attore, indipendentemente dalla volontà manifestata con l'atto introduttivo, non più che *a day in Court*, conferma il pratico superamento della tradizionalmente affermata corrispondenza tra oggetto della domanda, del processo e del giudicato, vale a dire un'espansione non veramente governabile della preclusione nell'ambito di rapporti che, quando caratterizzati da durata nel tempo – diversamente da quelli correnti tra il consumatore e il professionista – possono esporre a imprevedibili conseguenze dell'accertamento degli *essentialia* della decisione transitata in *res iudicata*, in particolare per via della serie delle implicazioni che la decisione trascina con sé anche se il dibattito processuale non abbia attinto l'elemento poi rivelatosi antecedente necessario.

Come nella vicenda esaminata prima, relativamente alle liti B2C, anche qui la tendenza al disallineamento di «processo» e «giudizio» pare giocare un ruolo chiave, e però (non più nel senso di consentire altro processo in assenza di giudizio effettivo, ma) nel senso di mantenere consapevolmente in mano all'autonomia privata le frazioni del rapporto altrimenti destinate a regolazione eteronoma per via della sola irrevocabilità della decisione e non anche di un corrispondente quanto effettivo giudizio.

10. – Non è dubbio che la stagione breve del diritto processuale societario abbia mancato di realizzare gli scopi dichiarati dal *conditor legum* del tempo, ma è altrettanto evidente che intuizioni lì rivelatesi agli esordi sono nel tempo state raccolte e sviluppate ben oltre il perimetro applicativo della materia commerciale e societaria. Ne è prova, tra le altre, il conio recente delle ordinanze di accoglimento o di rigetto della domanda (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.), che lasciano penetrare, più in generale, nell'ordinamento l'idea che la definizione del processo possa esporsi, quanto al regime di idoneità o meno alla formazione della cosa giudicata, alla decisiva influenza di una volontà di parte ulteriore rispetto alla presoché integrale consumazione delle opzioni con l'atto introduttivo, conferendo all'utilità massima recata dal processo la consistenza di bene disponibile non necessariamente *ex ante*.

Come noto, ricorrendone i presupposti, su istanza di parte, il giudice può pronunciare, anche all'udienza di trattazione (art. 183-ter, comma 1, c.p.c.), e certo non prima dell'esito di quella (art. 183-quater, comma 1, c.p.c.), un'ordinanza provvisoria di accoglimento o di rigetto: in entrambi i casi, l'emanazione del provvedimento determinerà una deviazione dal corso ordinario del procedimento. L'ordinanza, infatti, se non reclamata o fatta oggetto di reclamo respinto, «definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile» (artt. 183-ter, comma 4, e 183-quater, comma 4). Viceversa, ove il reclamo sia proposto e accolto, «il giudizio prosegue innanzi a un magistrato diverso da quello che ha emesso l'ordinanza reclamata» (artt. 183-ter, ult. comma, e 183-quater, ult. comma).

Diversamente dalla situazione creata dalle ordinanze c.d. anticipatorie (artt. 186-bis ss. c.p.c.), dove l'interesse a conseguire una pronuncia destinata ad acquisire la stabilità del giudicato deve eventualmente venir meno in entrambe le parti, la logica cui rispondono le ordinanze disciplinate dagli artt. 183-ter e 183-quater muove un passo ulteriore nella stessa direzione, poiché entrambe postulano, nella parte richiedente, la rinuncia al giudicato sin dal momento della relativa istanza. In pratica, l'attore o il convenuto sono chiamati a effettuare un bilanciamento tra la prospettiva di ottenere la decisione nei tempi ordinari, con la consapevolezza che a essa, in quanto soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione, rischia di consegnare la più stabile utilità desiderata solo a distanza di diversi anni, e quella di definire immediatamente il giudizio ottenendo una ragione (potenzialmente solo) provvisoria, ma in taluni casi stimata più utile dell'attesa della sentenza irrevocabile. L'opzione della parte nel secondo senso, peraltro, spiega effetti anche sul sistema, che beneficia della riduzione dei tempi del singolo processo, che si chiude in prime cure.

Benché la formula legislativa non predetermini il possibile oggetto dell'ordinanza (che, a prima vista, sembrerebbe pronunciabile anche ove la domanda sia di mero accertamento o costitutiva), lo stesso va circoscritto – stante la specificazione che «l'ordinanza di accoglimento è provvisoriamente esecutiva» (art. 183-*ter*, comma 3) – alla condanna, e però non soltanto al «pagamento di una somma di danaro, anche se non liquida, ovvero la consegna di cosa mobile determinata», come disponeva l'abrogato art. 19, d.lgs. n. 5/2003, dal quale i presupposti della pronuncia appaiono mutuati. Del resto, neppure appare ipotizzabile l'utilità di un'ordinanza di accertamento o costitutiva che non solo non anticipi, ma finisca escluda la regiudicata. Ciononostante, l'utilità dell'ordinanza in parola va ricercata nella particolare stabilità che assiste la sua efficacia esecutiva. L'ordinanza *ex art. 183-ter* contiene infatti (già) l'«accertamento» pieno dei fatti costitutivi, sicché non sembra che il convenuto possa provocarne l'accertamento negativo in sede di opposizione all'esecuzione (nella quale solo potranno essere veicolati, come in confronto a ogni altro titolo giudiziale, i soli fatti impeditivi, modificativi ed estintivi sopravvenuti): sarà allora solo dopo l'adempimento o l'esecuzione che l'originario convenuto, adempiente o esecutato, potrà agire per la restituzione dell'indebito. L'utilità, invece, dell'ordinanza di cui all'art. 183-*quater*, non potendo evidentemente essere esecutiva (in quanto di rigetto) né precludere la riproposizione della domanda (in quanto insuscettibile di passare in cosa giudicata), non è dato cogliere immediatamente (a parte il significato sociale di ogni pronuncia dell'Autorità, alla quale certo può aversi interesse), salvo i casi in cui la domanda è soggetta a termine decadenziale. Qui, tuttavia, la potenziale perdita assoluta del diritto sotteso alla domanda renderebbe il provvedimento decisivo; sicché l'ordinanza, una volta che il reclamo sia stato respinto, apparendo definitiva e inoppugnabile, andrebbe assoggettata a ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. Come a dire, forse, che la regiudicata non può essere ridotta sempre e comunque a materia di opzione.

11. – Ora, mentre questi sviluppi appaiono fondamentalmente ispirati da un *trend* culturale domestico, è certo che nella Riforma Cartabia siano confluite anche forme appendicolari di fenomeni di più ampia portata normativa e sociale, per effetto dei quali gli istituti che connettono le corti europee all'ordinamento nazionale agiscono in funzione di precarizzazione di qualunque risultato domestico, a cominciare proprio dalla cosa giudicata.

Il dato acquisito è quello di un (quasi fisiologico) disallineamento diacronico di risultati interno ed esterno al singolo ordinamento nazionale,

il che promuove un'*endless relitigation*, divenuta elemento congenito al sistema multilivello: si pensi soltanto alla regolarità del disallineamento che è implicata dal rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, siccome obbligatorio soltanto in ultima istanza; o dalla tecnica di accessibilità della Corte EDU, condizionata com'è dal previo esaurimento dei rimedi interni. Se, invero, fintantoché la lite penda innanzi al giudice di prime o seconde cure, quest'ultimo non è tenuto, pur dubitando della compatibilità della legge (interpretata) col diritto euro-unitario, a provocare l'intervento della Corte di Lussemburgo; e se, parimenti, le parti nemmeno potrebbero regolarmente adire quella di Strasburgo, ogni causa è destinata a rimanere una semplice frazione del (più ampio e prospettico) conflitto lungo i gradi di merito (almeno), e le possibilità ulteriori di alterazione del risultato quesito integrano altrettanti fattori di differimento di una definizione veramente preclusiva. In sintesi, le corti, anche quelle che, nell'ordinamento domestico, assumono una posizione di vertice sono (niente più che) ingranaggi di un circolo di giustizia multilivello che si avvita fluidamente, proprio di una società essa stessa liquida.

Quale precipitato ultimo della tensione tra la definitività (*finality*) di diritto domestico e quella misurabile alla stregua del livello superiore di connessione dell'ordinamento volta a volta considerato, sta la sanzione esplicita di revocabilità della regiudicata per contrasto con la Conv. eur. dir. uomo, oggi prevista dall'art. 391-*quater* c.p.c.: in attuazione del principio di delegazione della l. n. 206/2021, è stata così introdotta una nuova ipotesi di revocazione delle sentenze il cui contenuto sia stato dichiarato dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo contrario, in tutto o in parte, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ovvero a uno dei suoi Protocolli, a condizione che si tratti di violazioni riferibili a diritti personali o di stato.

Sennonché, la criticità della norma è indubbia, non meno della vena espansiva del principio che la anima, di cui è stato già sottolineato l'irrefrenabile capacità di vulnerare pure il nocciolo considerato sin qui non inciso della cosa giudicata (s'intende: civile; della «sentenza irrevocabile di condanna» venendo invece meno, ai sensi dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, «la esecuzione e tutti gli effetti penali»<sup>(22)</sup>): appare, difatti, arduo perpetuare l'idea della stabilità finanche dopo la dichiarazione di incostituzionalità della norma di cui la stessa regiudicata costituisca applicazione.

---

(22) Già M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano 1955, 106, nota 335, osservava che «nulla dispone l'art. 30, comma 4, né alcuna altra norma, intorno alla caducazione degli effetti civili» delle sentenze penali.

Certo, ne è stato già sostenuto che «se dunque il giudicato civile incostituzionale venisse utilizzato per avviare un'azione esecutiva, il debitore potrebbe legittimamente proporre un'opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 c.p.c., invocando la sentenza costituzionale che ha eliminato uno dei presupposti della condanna»<sup>(23)</sup>, ma senza mettere in discussione che per «lo stato della legislazione vigente, non gli è possibile ottenere la ripetizione dell'indebitto, una volta che il debito "incostituzionale" sia stato adempiuto spontaneamente o coattivamente, perché in quel caso il rapporto dovrà considerarsi ormai definitivamente esaurito»<sup>(24)</sup>.

Ora, che i (soli) contrasti diacronicamente determinatisi con decisioni della Corte EDU rendono la cosa giudicata (invece) recessiva, onde ben più generale appare la riduzione dei margini di definitività assicurabili da qualsivoglia decisione nazionale, sembra ineludibile la condivisione della proposta di «non [...] mantenere una disparità di trattamento fra questa ipotesi e quella del contrasto fra il giudicato civile e la sentenza di accoglimento pronunciata dalla nostra Corte costituzionale, in ragione dell'evidente similarità delle due ipotesi: in entrambi i casi, si è infatti dinnanzi ad una violazione di diritti fondamentali; e non si comprenderebbe perché in un caso sia ammessa la riapertura del processo, mentre nell'altro sia vietata. Credo insomma che i tempi siano maturi per una ulteriore riforma del codice di procedura civile, che estenda il nuovo motivo straordinario di revocazione anche nei confronti delle sentenze civili passate in giudicato che si siano fondate su una legge successivamente dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale. Nell'eventuale inerzia del legislatore, non escluderei peraltro che la Corte costituzionale possa e debba, questa volta per violazione dell'art. 3 Cost., riequilibrare il sistema con una sentenza additiva»<sup>(25)</sup>.

12. – È radicale il punto di svolta, tanto da farne concludere che, tornando a guardare nel prisma dell'accertamento giudiziale – quasi cinquant'anni dopo –, le rifrazioni sono tutt'altre, e del «fare stato» tornerei a dire non soltanto che non è distintivo della funzione giurisdizionale, ché ormai è sempre eludibile e, al limite estremo, nemmeno ir-revocabile; ma anche che il più sicuro esperimento della sua qualità massima non restituisce il risultato di farne comunque il «diamante» dell'ordinamento giuridico, come tra i minerali è quello l'elemento nella scala della durezza meglio

---

<sup>(23)</sup> M. Gradi, *Cosa giudicata incostituzionale*, in questa *Rivista* 2022, 1205.

<sup>(24)</sup> M. Gradi, *op. cit.*, 1209.

<sup>(25)</sup> M. Gradi, *op. cit.*, 1213.

resistente. Certo, continueremo, per esempio, a distinguere regiudicata da principio di diritto, ma il test discretivo dovremo presto adattare; e magari costruire su basi anche nuove, come potrebbe darsi col riferimento al mutamento di giurisprudenza sopravvenuto alla pronuncia rescindente che contenga il principio di diritto. Si sa, l'orientamento prevalente ne esclude la rilevanza, ma a norma dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. non appare più sostenibile: che una sentenza ancora impugnabile per cassazione (qual è quella rese all'esito di rinvio), possa – anzi, secondo l'orientamento in parola, debba – non considerare la «giurisprudenza della Corte» vigente proprio nel momento in cui viene emanata sembra paradossale; così, mentre il venturo ricorso dovrà tener conto della giurisprudenza *medio tempore* sopravvenuta, la sentenza che ne è oggetto dovrebbe invece esserne rimasta assolta. Di qui, si potrebbe adesso ulteriormente distinguere tra regiudicata e principio di diritto, e però considerando la capacità, come esclusivamente propria della prima, di resistere a ogni mutamento di giurisprudenza, in questo conservandosi diversa dal secondo<sup>(26)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Su questi temi, v., se vuoi, il mio *Diritto giudiziario civile*, 3<sup>a</sup> ed. Bologna 2023, 391 e 413; V. Capasso, *Mutamento di giurisprudenza e vincolo del giudice di rinvio: dalla Cassazione francese, un richiamo alla coerenza*, in corso di pubblicazione in *Giusto proc. civ.*, consultato per cortesia dell'a.

ANTONIO CARRATTA

Professore ordinario nell'Università Roma Tre

## L'OGGETTO DEL GIUDICATO CIVILE FRA DEDOTTO E DEDUCIBILE

SOMMARIO: 1. L'estensione degli effetti del giudicato e l'evoluzione del principio secondo cui esso copre il dedotto e il deducibile. – 2. Funzione del giudicato e massima estensione possibile dei suoi effetti. – 3. Il «dedotto implicito» nella ricostruzione delle c.d. domande autodeterminate, delle domande implicite e della c.d. pregiudizialità logica. – 4. Il «dedotto implicito» nelle impugnative negoziali. – 5. Il «deducibile» e l'*emendatio* «allargata» o «sostitutiva» nelle domande connesse per identità della «vicenda sostanziale».

1. – È opinione comune che il giudicato, inteso nell'accezione latina di *judicatum*<sup>(1)</sup>, svolge una duplice funzione positiva: nei confronti dell'ordinamento e nei confronti della parte risultata vittoriosa all'esito del processo. In effetti, se la finalità primaria è quella di rendere indiscutibile l'«esistenza della volontà concreta di legge affermata nella sentenza» nel riconoscere o disconoscere un bene della vita a una delle parti<sup>(2)</sup> e, al tempo stesso, di rendere il rapporto sostanziale oggetto del giudizio «immutabile nei limiti della permanenza dei presupposti materiali»<sup>(3)</sup>, e così «garantire al vincitore il godimento del risultato del processo»<sup>(4)</sup>, è evidente che esso

---

(1) Riferito, cioè, «a un qualsiasi elemento, che sia stato oggetto di giudizio, anche se non comprenda l'intero rapporto litigioso e non abbia quindi i caratteri per essere qualificato "lite" o "controversia", ma costituisca, ad esempio, una questione contenuta nella lite o ad essa pregiudiziale» (G. Pugliese, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 786, che, invece, attribuiva a «cosa giudicata» il significato di «lite o controversia al riguardo definitivamente decisa»).

(2) G. Chioenda, *Principii di diritto processuale civile*, rist., Napoli 1980, 906; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1935, I, 342, dove la definizione del giudicato come «affermazione indiscutibile d'una volontà concreta di legge, che riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti»; v. anche E.T. Liebman, voce *Giudicato: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma 1989, 1.

(3) F. Benvenuti, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 923; v. anche E.T. Liebman, voce *Giudicato*, cit., 4, il quale, riferendosi alla formula utilizzata dall'art. 2909 c.c. («l'accertamento contenuto nella sentenza ... fa stato a ogni effetto»), ne sottolinea la «dubbia eleganza linguistica», ma al tempo stesso l'«indubbio significato», in quanto «in tutte le sedi giudiziarie e non giudiziarie, il rapporto giuridico o, più genericamente, la situazione giuridica che ha formato oggetto della sentenza varrà e

risponde sia all'esigenza di certezza nei rapporti tra i consociati, propria di qualsiasi ordinamento, sia all'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale a favore di colui che ha avuto ragione all'esito del giudizio<sup>(5)</sup>. Che poi questo risultato si ottenga attribuendo al giudicato una funzione meramente «negativa» (in base al principio generale del *ne bis in idem*)<sup>(6)</sup> o, invece, «positiva» (obbligo di conformazione al *decisum*)<sup>(7)</sup>, in questa sede assume rilevanza tutto sommato secondaria.

Se queste sono le esigenze alle quali risponde il fenomeno del giudicato, è logico convenire sul fatto che esso si produca su quanto è stato oggetto del giudizio. I limiti oggettivi della sua produzione (*res judicata*), dunque, vanno di pari passo con i limiti dell'oggetto del giudizio (*res in iudicium deducta*)<sup>(8)</sup>.

sarà considerato fra le parti così come la sentenza lo ha accertato, con i suoi eventuali effetti complementari costitutivi od esecutivi».

<sup>(4)</sup> G. Chioyenda, *Istituzioni*, cit., I, 329 s.: «la preclusione di questioni è l'espedito di cui il diritto si serve per garantire al vincitore il godimento del risultato del processo»; v. anche Id., *Cosa giudicata e preclusione*, cit., 237. In proposito rinvio ad A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. Marafioti e R. Del Coco, Torino 2012, 9 ss., spec. 11 ss.

<sup>(5)</sup> E. Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova 1937, 20, che evidenzia con molta chiarezza come «il legislatore, per raggiungere lo scopo del processo civile, doveva conferire alla sentenza certe qualità e certi effetti. Alla parte non può bastare di avere in mano un documento, contenente determinati accertamenti o comandi. L'essenziale è quale forza sia inerente alla sentenza, in che modo sia cambiata la situazione giuridica delle parti; quali siano, detto generalmente, i suoi effetti»; G. Pugliese, voce *Giudicato civile*, cit., 818 ss.; E.T. Liebman, voce *Giudicato*, cit., 1; V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, Napoli 1979, I, 995 s.; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova 1997, I, 416; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2002, 61 ss.; S. Menchini, *Il giudicato civile*, Torino 2002, 45; Id., voce *Regiudicata civile*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, 412 ss.

<sup>(6)</sup> Secondo l'impostazione seguita da E. Botticher, *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess*, Berlin 1930, rist., Aalen 1970, 139 ss.; nello stesso senso, da noi, U. Rocco, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma 1917, 394 ss.; F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova 1936, I, 305; A. Segni, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. c.c.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma 1960, sub art. 2900-2969, 295; M. Vellani, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano 1958, 92 e 121. In proposito v. anche G. Pugliese, voce *Giudicato*, cit., 818 ss.

<sup>(7)</sup> V., in particolare, G. Chioyenda, *Principii*, cit., 914; Id., *Istituzioni*, cit., I, 349 s.; V. Andrioli, *Il principio del ne bis in idem e la dottrina del processo*, in *Annali triestini di diritto, economia e politica*, Trieste 1941, ora in *Scritti giuridici*, Milano 2007, I, 42 ss., spec. 58 s.; E. Heinitz, *I limiti oggettivi*, cit., 23 ss. e 87 ss.; G. Pugliese, voce *Giudicato*, cit., 820; E.T. Liebman, voce *Giudicato*, cit., 4; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, cit., 428; Id., *La cosa giudicata*, I, *L'accertamento giudiziale*, in *Jus* 1961, 1 ss., spec. 7 ss. e 32 ss.; Id., *Per una critica al concetto di preclusione*, ivi 1959, 1 ss., spec. 14.

<sup>(8)</sup> Per riprendere le parole di G. Chioyenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.* 1933, 3 ss., ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, rist., Milano 1993, 231 ss., spec. 235, secondo il quale «la *res iudicata* non è ..., a sua volta, che la *res in iudicium*

Senonché, quando poi si cerca di delimitare più da vicino l'oggetto del prodursi di tale fenomeno sorgono non poche difficoltà, in quanto, ai fini della sua determinazione, assume rilevanza anche il principio secondo cui il giudicato è destinato a «coprire», proiettando la sua efficacia preclusiva, il «dedotto» e il «deducibile». Se è vero, infatti, che un simile principio non attiene ai limiti del giudicato in senso stretto, come tradizionalmente si afferma<sup>(9)</sup>, è parimenti vero che, per come congegnato, esso costituisce lo strumento del quale l'ordinamento si serve per assicurare la duplice funzione del giudicato, sopra richiamata, e, di riflesso, la sua «tenuta»<sup>(10)</sup>. Come è stato opportunamente evidenziato, un simile principio va visto «quale strumento di garanzia della effettiva stabilità – indiscutibilità – del *dictum* giurisdizionale passato in giudicato in relazione al suo oggetto»<sup>(11)</sup>, in quanto la «somma preclusione»<sup>(12)</sup> o «preclusione

---

*deducta*, dopo che fu *iudicata*; in altri termini è il bene della vita (proprietà, servitù, eredità, credito, diritto alla divisione, alla separazione personale, all'annullamento d'un atto giuridico ecc.) che è perseguito in giudizio, dopo che il giudice lo ha riconosciuto o lo ha negato, e così è diventato incontestabile, *finem controversiarum accepit*; v. anche A. Proto Pisani, *Lezioni*, cit., 60, per il quale «oggetto del processo (*res in iudicium deducta*) e oggetto del giudicato (*res iudicata*) coincidono con il diritto dedotto in giudizio»; A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da E. Allorio, Torino 1980, II, 1, 107 ss.; C. Consolo, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino 1991, 60; S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, 9 ss.; Id., *Il giudicato*, cit., 68; A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, 79 ss.

<sup>(9)</sup> In questo senso v., fra gli altri, G. Fabbrini, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano 1973, 271; A. Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in questa *Rivista* 1990, 391; Id., *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.* 1987, I, 447; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, cit., 498; Id., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1990, 475 ss., spec. 511 s.; C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, ivi 1991, 275 ss., spec. 279 s.

<sup>(10)</sup> Così C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 280.

<sup>(11)</sup> Così G. Fabbrini, *L'eccezione di merito*, cit., 271; Id., voce *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XII, Roma 1988, 1 ss. Non dissimile la conclusione alla quale perviene A. Proto Pisani, *Lezioni*, cit., 64, secondo il quale «il principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile prescrive che il risultato del primo processo non sia rimesso in discussione, diminuito o disconosciuto tramite la deduzione in un secondo giudizio di questioni (relative all'esistenza di fatti o all'applicazione di norme, attinenti a meri fatti o a rapporti pregiudiziali, rilevabili d'ufficio o solo su eccezione di parte, di merito o di rito) rilevanti ai fini dell'oggetto del primo giudicato, che sono state proposte (dedotto) o che si sarebbe potuto proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio». In proposito v. anche G. Pugliese, voce *Giudicato*, cit., 865; S. Menchini, *Il giudicato civile*, cit., 53; Id., *I limiti*, cit., 301; Id., voce *Regiudicata civile*, cit., 444; A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 511 ss.; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994, 263 s.; R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, 67 ss.; A. Bonsignori, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. c.c.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca e F. Galgano, Bologna-Roma 1999, I, *Disposizioni generali*, sub art. 2907-2909, 148 ss.; A. Motto, *Poteri sostanziali*, cit., 78 ss.

<sup>(12)</sup> G. Chiovena, *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi giuridici in onore di Carlo*

finale»<sup>(13)</sup>, collegata al giudicato, «ha per effetto di escludere la proponibilità di tutte le questioni, fatte o non fatte, decise o non decise, che abbiano per fine di rimettere in contestazione il bene che fu oggetto della pronuncia, che in altri termini tendano a far accogliere una domanda respinta o a far respingere una domanda accolta»<sup>(14)</sup>. E dunque, «il principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile è la logica conseguenza della natura del giudicato come concreta determinazione della reciproche situazioni giuridiche delle parti riguardo all'interesse in contesa, e non come mera operazione conoscitiva, sia pure vincolante, circa la fondatezza o no di date ragioni e argomentazioni o circa il valore persuasivo o no di date prove»<sup>(15)</sup>.

Certo, si può anche sostenere che la formula secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile «è forse imprecisa e tale da estendere, in non pochi casi, i limiti del giudicato oltre il tollerabile» e che, di conseguenza, sia più opportuno far ricorso al concetto di preclusione per salvaguardare il «precetto finale, nel quale si sostanzia il giudicato medesimo»<sup>(16)</sup>. Anche così ragionando, tuttavia, i termini della questione di cui ci stiamo occupando non cambiano di molto, perché in ogni caso si tratta di comprendere in quale direzione quella preclusione proietti il suo raggio d'azione e consenta, di conseguenza, agli effetti del giudicato di manifestarsi in concreto e, inevitabilmente, di propagarsi.

Nell'un caso come nell'altro, dunque, la determinazione dell'ambito di estensione del «dedotto» e del «deducibile» o della preclusione di que-

*Fadda per il XXV anno del suo insegnamento*, Napoli 1905, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, rist., Milano 1993, I, 411 ss., spec. 414: «la cosa giudicata ha in sé appunto la “somma preclusione”, cioè la preclusione d'ogni questione ulteriore, che ha luogo col divenire definitiva della sentenza» (enfasi aggiunte).

<sup>(13)</sup> G. Chioenda, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., 271, dove, ovviamente, si parla di «preclusione finale» intendendo come tale la preclusione che si produce «a processo ultimato» (ivi, 237), in quanto «la cosa giudicata ha sempre la sua base in una preclusione: essa presuppone – attraverso la preclusione della impugnabilità del deciso – la preclusione della questionabilità del diritto» (ivi, 235 s.); Id., *Istituzioni*, cit., I, 341 ss.; v. anche E. Betti, *Diritto processuale civile*, Roma 1932, 587.

<sup>(14)</sup> G. Chioenda, *Cosa giudicata e preclusione*, cit., 271. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. 30 ottobre 2017, n. 25745; Cass. 30 settembre 2013, n. 22316; Cass. 26 giugno 2009, n. 15093; Cass. 28 settembre 2006, n. 21032, in *Giust. civ.* 2007, I, 1259; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1694; Cass. 1° dicembre 1994, n. 10279; Cass., sez. un., 19 ottobre 1990, n. 10178, in *Giust. civ.* 1991, 599, per la quale «con la formula che il giudicato copre il dedotto ed il deducibile si riafferma il peculiare principio secondo cui la decisione giudiziale si forma con riferimento al bene della vita preteso e non già alle questioni trattate».

<sup>(15)</sup> Così G. Pugliese, voce *Giudicato*, cit., 864.

<sup>(16)</sup> Le frasi virgolettate sono di V. Andrioli, *Appunti di diritto processuale civile. Processi di cognizione e di esecuzione forzata*, Napoli 1964, rist., Napoli 2019, 230.

stioni che scaturisce dal giudicato, della loro «area di influenza» per così dire, va indirettamente a incidere sugli stessi limiti della produzione degli effetti del giudicato.

La riflessione sull'oggetto del giudicato, perciò, necessariamente deve fare i conti con l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che, soprattutto in tempi più recenti, ha interessato la delimitazione o, se si vuole, l'estensione dell'operatività della formula sopra richiamata e dell'efficacia preclusiva che l'accompagna, nel suo «duplice profilo» del «dedotto» e del «deducibile», essendo evidente che allargare in via interpretativa o applicativa l'estensione dell'ambito di esplicazione di uno dei termini dell'endiadi, o di entrambi, significa incidere in maniera rilevante, sia pure indirettamente, sulla stessa estensione dell'oggetto del giudicato.

Ciò implica, in altri termini, che – pur restando invariato il modo di identificazione delle azioni o delle domande giudiziali<sup>(17)</sup> – un ampliamento dell'efficacia oggettiva del giudicato può derivare indirettamente dall'ampliamento della preclusione che si fa derivare dallo stesso giudicato, ossia o dal fatto che si allarghi il concetto di «dedotto» o dal fatto che si allarghi quello di «deducibile». E sono queste, dunque, le due questioni intorno alle quali ruota oggi il tema dell'oggetto del giudicato (su cosa si formi e quale estensione esso assuma in concreto). Tutto sta a capire, infatti, cosa si intenda per «dedotto» e cosa per «deducibile», andando essi a configurarsi quasi come due cerchi concentrici, che delimitano in concreto l'ambito dell'efficacia preclusiva collegata al giudicato.

2. – In proposito, si può assumere in premessa che l'ordinamento – per esigenze di certezza del diritto, di stabilità delle decisioni giudiziali e di economia processuale – tende ad attribuire la massima espansione possibile alla preclusione collegata agli effetti oggettivi del giudicato, salvo che ciò non contrasti con esigenze o principi rilevanti per l'ordinamento, come, ad es., il principio del contraddittorio o quello della domanda o la salvaguardia delle c.d. nullità di protezione. È questo per due ragioni fondamentali:

a) non si rinviene alcuna disposizione che stabilisca su cosa esattamente si estenda la preclusione collegata al giudicato (ammesso, e non concesso, che una disposizione con tale contenuto sia possibile per l'ordina-

---

<sup>(17)</sup> Anche se si deve pur riconoscere che ragionando sul «dedotto» e sul «deducibile» si va indirettamente ad incidere, come vedremo nel prosieguo, sullo stesso contenuto di uno degli elementi più rilevanti di identificazione della domanda o dell'azione, e cioè sulla sua *causa petendi*.

mento)<sup>(18)</sup>: non l'art. 2909 c.c., che parla di accertamento contenuto nella sentenza, spostando poi sull'interprete l'onere di individuare i limiti oggettivi di tale «accertamento» e la conseguente preclusione; non l'art. 34 c.p.c., che prende in considerazione un'ipotesi molto particolare di possibile ampliamento del giudicato (esistenza di un rapporto pregiudiziale costitutivo della domanda), e che quindi non può essere utilizzato come norma di riferimento per stabilire in termini generali l'estensione dell'efficacia del giudicato<sup>(19)</sup>. In effetti, sia nel passato, quando si collegava al giudicato la chiovendiana «somma preclusione» o «preclusione finale», sia oggi che questa formula viene esplicitata nel principio per cui il giudicato «copre» il dedotto e il deducibile, il ragionamento ricostruttivo prescinde dal riferimento ad una qualche disposizione codicistica;

b) la tendenza della stessa giurisprudenza della Cassazione va nella direzione dell'estensione massima dell'efficacia preclusiva collegata all'oggetto del giudicato, come si evince sia dall'orientamento seguito a proposito delle impugnative negoziali e da quello sulle domande connesse per identità della «vicenda sostanziale», e sui quali ci soffermeremo più avanti, e sia, *a contrariis*, dai recenti approdi sulle c.d. nullità da protezione<sup>(20)</sup>. Questo nella convinzione che – come è stato esplicitato dalle stesse sezioni unite della Cassazione quasi in maniera «programmatica» anche per il futuro – le soluzioni interpretative assunte in tema di oggetto del giudicato devono tendere «al definitivo consolidamento della situazione sostanziale “direttamente o indirettamente dedotta in giudizio”»<sup>(21)</sup> e che, sebbene

<sup>(18)</sup> Anche S. Menchini, voce *Regiudicata civile*, cit., 428, osserva – con riferimento al problema dell'oggetto del giudicato e dei suoi limiti – che «le plurime e delicate problematiche in cui esso si snoda e si concretizza, lungi dal trovare risposte univoche nel diritto positivo – ci si domanda, del resto, se sia possibile per l'ordinamento dare soluzioni definitive e certe a questi temi – sono tutte ed allo stesso modo condizionate dalla necessità di scegliere tra valori contraddittori».

<sup>(19)</sup> E, del resto, tradizionalmente si afferma che la pregiudizialità inizia dove termina l'oggetto del giudizio e dunque del giudicato (v., in proposito, S. Satta, *Nuove riflessioni in tema di accertamento incidentale*, in *Foro it.* 1948, I, 64 ss.; A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958, 153 ss.; V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 115; S. Menchini, voce *Accertamenti incidentali*, in *Diritto on line Treccani*, 2016; Id., voce *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1995, 8).

<sup>(20)</sup> Il riferimento, evidentemente, è a Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479 e alla necessità che il giudicato formatosi attraverso il decreto ingiuntivo non opposto e la relativa preclusione del dedotto e del deducibile siano destinati a cedere il passo ad eventuali nullità contrattuali «di protezione» del consumatore non esaminate dal giudice. In proposito rinvio ad A. Carratta, *Le Sezioni unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. es. forz.* 2023, 357 ss.

<sup>(21)</sup> Sono parole della motivazione (§ 4.4.1) di Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, con corsivo mio, dove si aggiunge anche che l'obiettivo è ricostruire «un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi

«oggetto del processo, oggetto della domanda giudiziale e oggetto del giudicato risult[i]no (...) cerchi sicuramente concentrici», le loro aree di estensione «non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili»<sup>(22)</sup>.

Ciò detto, proviamo a individuare – tenendo conto proprio della più recente evoluzione giurisprudenziale – la possibile estensione che assumono i due profili del «dedotto» e del «deducibile» nella produzione della preclusione da giudicato.

3. – Ebbene, prendendo le mosse dal riferimento al «dedotto», la sua determinazione dovrebbe essere abbastanza semplice, essendo evidente che esso riguarda i fatti (costitutivi, modificativi, estintivi o impeditivi) esplicitamente allegati in giudizio, i quali, dunque, proprio in conseguenza dell'efficacia preclusiva del giudicato, non possono nuovamente essere introdotti in un successivo processo al fine di rimettere in discussione la pronuncia passata in giudicato.

È certo, tuttavia, che «dedotto» va considerato non solo ciò che è divenuto tale in maniera esplicita nel corso del processo, ma anche ciò che è da ritenere implicitamente dedotto sulla base dell'esplicito. Parlando del «dedotto», ai fini della produzione della preclusione da giudicato, dunque, occorre tener conto sia dell'«esplicito» che emerge dalla formulazione della domanda, come dell'«implicito», che quella formulazione si può ragionevolmente ritenere presupponga.

In una prima direzione quest'allargamento del «dedotto» anche all'«implicito» è avvenuto mediante l'individuazione della categoria dei c.d. diritti autodeterminati e dunque delle «domande autodeterminate»<sup>(23)</sup>. Attraverso quest'operazione, infatti, di fatto si è ottenuto un am-

---

all'infinito». La sentenza è stata pubblicata, insieme alla «gemella» Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Foro it.* 2015, I, 862 ss., con note di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, di F. Di Ciommo, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, di S. Pagliantini, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid juris?*, di S. Menchini, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giudico scaturito dal contratto*, e di A. Proto Pisani, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*; poi anche Cass. 4 maggio 2016, n. 8795, in questa *Rivista* 2017, p. 837 ss., con nota di S. Villata, *Sul rilievo d'ufficio della nullità delle deliberazioni assembleari per motivi diversi rispetto a quelli dedotti dalle parti*. In proposito v. anche I. Pagni, *Nullità del contratto. Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*, in *Giur. it.* 2015, 70 ss.; M. Bove, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, *ibidem*, 1386 ss.

<sup>(22)</sup> Sono sempre parole della motivazione (§ 5.4) di Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, già cit. alla precedente nota.

<sup>(23)</sup> A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale*, cit., 186 ss.; C. Consolo, voce *Domanda*,

plimento dell'area del «dedotto», in quanto, partendo dal presupposto che in questi casi la domanda vada qualificata in base al *petitum* e non in base all'esplicita *causa petendi* esercitata, si è ritenuto che il giudicato formatosi rispetto a una domanda su un diritto autodeterminato sia in grado di estendere i suoi effetti preclusivi su tutte le molteplici *causae petendi* astrattamente esercitabili per sorreggere la stessa domanda giudiziale<sup>(24)</sup>; come se, deducendo in giudizio una delle molteplici *causae petendi* su cui si fonda la domanda autodeterminata, «implicitamente» l'attore avesse introdotto anche tutte le altre e le avesse fatte diventare oggetto del giudizio. Vale a dire che, per effetto della configurazione sostanziale della particolare tipologia dei diritti c.d. autodeterminati, si è arrivati a ritenere che la domanda giudiziale relativa alla loro tutela presenti una *causa petendi* così ampia da includere implicitamente anche tutti gli altri fatti costitutivi che per l'ordinamento sono in grado di fondare la stessa domanda, anche se questi fatti non siano stati concretamente esplicitati dall'attore. Con la conseguenza che, ove anche questi altri fatti costitutivi del medesimo diritto c.d. autodeterminato dovessero essere esplicitati nel corso del processo, ciò non integrerebbe un mutamento della domanda originaria, in quanto essa fin dall'inizio va identificata con il contenuto del diritto tutelato, il quale rimane invariato quali che siano i fatti costitutivi utilizzati per dimostrarne la fondatezza.

Discorso non dissimile – sempre al fine di delimitare il «dedotto» al di là dell'«esplicito» – vale, evidentemente, con specifico riferimento alle c.d. «domande implicite». È orientamento pacifico della Cassazione, infatti, quello secondo cui «il giudice di merito, nell'indagine diretta all'individuazione del contenuto e della portata delle domande sottoposte alla sua cognizione, non è tenuto ad uniformarsi al tenore meramente letterale

---

cit., 72 ss.; S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 9 ss.; A. Proto Pisani, *Lezioni*, cit., 66 ss. Tuttavia, dubita dell'opportunità di mantenere questa distinzione A. Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. c.c.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano 2018, *sub* art. 2907, 451, e questo in quanto il fatto non costituirebbe elemento necessario per identificare la domanda giudiziale, salvo che per situazioni particolari oppure quando la deduzione del fatto incide sulla determinazione dell'oggetto del processo.

(24) V., ad es., Cass. 29 gennaio 2020, n. 2002; Cass. 26 novembre 2008, n. 28228; Cass. 21 novembre 2006, n. 24702; Cass. 30 dicembre 2002, n. 18370; Cass. 7 luglio 1999, n. 7078; v. anche Cass. 28 aprile 1993, n. 4997, per la quale, rigettata la domanda di rivendicazione o di accertamento del diritto reale, proposta sulla base di un determinato titolo, resta preclusa una nuova identica azione basata su un fatto giuridico non fatto valere nel precedente processo e anteriore al giudicato, in quanto il mutamento del titolo non importa mutamento dell'azione. Per altre indicazioni rinvio ad A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. Chiarloni, Bologna 2011, *sub* art. 112, 66 ss.

degli atti nei quali le domande medesime risultino contenute, dovendo, per converso, aver riguardo al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere»<sup>(25)</sup>. E dunque, egli «non può prescindere dal considerare che anche un'istanza non espressa può ritenersi implicitamente formulata se in rapporto di connessione con il *petitum* e la *causa pretendi*»<sup>(26)</sup>. Ad es., chiesto il risarcimento dei danni per inadempimento del contratto senza che sia stata chiesta la risoluzione dello stesso per inadempimento, si è ritenuto che, accogliendo la domanda risarcitoria, si deve considerare implicitamente accolta anche quella di risoluzione del contratto e quindi che il giudicato si formi sia sulla domanda espressa, sia su quella implicita<sup>(27)</sup>. Ancora: proposta opposizione al decreto ingiuntivo per ottenere la revoca dello stesso, è stata ritenuta implicita, perché accessoria, la domanda di restituzione di quanto versato dall'opponente in adempimento dello stesso decreto ingiuntivo opposto<sup>(28)</sup>. Proprio in considerazione del fatto che in questo caso le ulteriori domande si considerano implicitamente dedotte con la proposizione dell'iniziale domanda attorea, si ammette anche – come accade per le c.d. domande autodeterminate – che le stesse possano divenire esplicite sia nel corso del giudizio di primo grado, che per la prima volta in appello<sup>(29)</sup>.

Sempre nel contesto del «dedotto implicito» si muove, mi pare, anche l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudicato è destinato a esplicare i suoi effetti non solo sulla statuizione finale, come tradizionalmente si ritiene, ma anche sui presupposti logico-giuridici che la giustificano<sup>(30)</sup>. Anche in questo caso, infatti, si assiste ad un implicito amplia-

<sup>(25)</sup> In proposito mi sia consentito rinviare ad. A. Carratta, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, cit., *sub* art. 112, 139 ss.

<sup>(26)</sup> V., *ex multis*, Cass. 29 gennaio 2021, n. 2124; Cass. 5 novembre 2010, n. 22598; Cass. 10 febbraio 2010, n. 3012; Cass. 17 settembre 2007, n. 19331; Cass. 2 dicembre 2004, n. 22665; Cass. 12 agosto 2002, n. 12169.

<sup>(27)</sup> Cass. 10 febbraio 2010, n. 3012.

<sup>(28)</sup> Cass. 2 novembre 2009, n. 23260.

<sup>(29)</sup> V., ad es., Cass. 21 maggio 2001, n. 6909, per la quale «non costituisce violazione dell'art. 345 c.p.c. l'istanza del creditore, formulata per la prima volta al giudice di appello, di fissazione di un termine al debitore, ai sensi dell'art. 1183 c.c., per l'adempimento della prestazione pattuita senza termine certo, in caso di domanda introduttiva del giudizio di condanna del debitore all'adempimento della prestazione, pattuita senza termine certo, dovendo ritenersi implicita in tale domanda quella di fissazione del predetto termine»; Cass. 29 settembre 1995, n. 10272.

<sup>(30)</sup> V., *ex multis*, Cass. 12 settembre 2022, n. 26807, per la quale «il giudicato copre il dedotto ed il deducibile in relazione al medesimo oggetto, e, pertanto, non soltanto le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio, ma anche tutte le possibili questioni, proponibili in via di azione o eccezione, che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia, rimanendo fuori dalla portata

mento del contenuto della domanda proposta a coprire anche tutto ciò che, nell'accertamento compiuto dal giudice, costituirà l'antecedente logico necessario per poter pervenire alla decisione finale. Come se l'attore – nel pieno rispetto del principio della domanda e di quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato –, chiedendo l'accertamento di «A» abbia implicitamente chiesto anche l'accertamento degli elementi («B» e «C») costituenti i presupposti logico-giuridici per pervenire ad esso.

E così, ad es., si è concluso che, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali, l'accertamento in un altro giudizio dell'esclusione del rapporto di condominialità e della conseguente insussistenza dell'obbligo di concorrere alle spese, in quanto antecedente logico, è rilevante, in termini di giudicato esterno, ed impedisce la riapertura della questione in difetto di elementi sopravvenuti<sup>(31)</sup>. In questo caso, seguendo il ragionamento alla base del richiamato orientamento giurisprudenziale, perché si determini l'estensione degli effetti preclusivi del giudicato occorre che: a) coesistano due procedimenti tra le stesse parti sul medesimo rapporto giuridico sostanziale, di cui uno sia stato definito con sentenza passata in giudicato e l'altro sia invece ancora pendente; b) oggetto dell'accertamento, contenuto nella sentenza passata in giudicato, sia la situazione giuridica o la soluzione delle questioni di fatto e di diritto che costituiscono un punto fondamentale comune ad entrambe le cause; c) tale accertamento abbia costituito una premessa logica indispensabile della statuizione finale contenuta nel dispositivo della sentenza passata in giudicato.

È noto come questa tendenza della giurisprudenza ad estendere il «dedotto» anche ai presupposti logico-giuridici sia contestata dalla dottrina maggioritaria, in considerazione di quanto stabilito dall'art. 34 c.p.c.<sup>(32)</sup> e dell'esclusione dal suo ambito applicativo della c.d. pregiudici-

del giudicato le questioni che non potevano essere proposte prima che sorgesse il fatto giuridico da cui scaturiscono».

<sup>(31)</sup> Cass. 23 maggio 2019, n. 14082. Nello stesso senso, tra le altre: Cass. 12 settembre 2022, n. 26807; Cass. 18 novembre 2021, n. 35137; Cass. 26 febbraio 2019, n. 5486; Cass. 15 maggio 2018, n. 11754, in questa *Rivista* 2020, 411, con nota adesiva di M. Gaboardi, *Pregiudizialità in senso logico e comando giuridico: il rilievo del giudicato nel giudizio di legittimità*; Cass. 14 ottobre 2010, n. 21132; Cass., sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.* 2007, I, 493 ss., con nota s.t. di R. Caponi; Cass. 11 maggio 2012, n. 7405; per la giurisprudenza più risalente v. Cass. 17 giugno 1966, n. 1559; Cass. 18 febbraio 1965, n. 266; Cass. 23 luglio 1964, n. 1988; Cass. 27 agosto 1963, n. 2366; P.C. Tacchi Venturi, *I limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1960, 1189 ss.

<sup>(32)</sup> V., in particolare, E. Heinitz, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Giur it.* 1955, I, 756 ss.; Id., *I limiti oggettivi*, cit., 207; E. Betti, voce *Regiudicata (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino 1968, 228; E.T. Liebman, voce *Giudicato*, cit.,

zialità logica. Ma, tale contestazione è stata avanzata nel passato offrendo un'interpretazione restrittiva proprio del principio del dedotto e del deducibile e muovendo dalla constatazione che il giudicato sul rapporto giuridico dedotto non implica affatto la «copertura» degli antecedenti logico-giuridici necessari, in quanto la sola estensione consentita dall'art. 34 presupporrebbe la c.d. pregiudizialità tecnica e la domanda di parte o l'espressa previsione di legge. E dunque, non si può affatto escludere che si possa (e si debba) pervenire a conclusioni diverse ammettendo una più ampia operatività in proposito proprio del principio della preclusione del dedotto e del deducibile, fino a coinvolgere anche i presupposti logico-giuridici della statuizione finale tutte le volte in cui la possibilità di ridiscuterli metta in pericolo la sua stabilità<sup>(33)</sup>.

4. – Lo stesso modo di ragionare – ossia l'ampliamento dell'ambito del «dedotto» anche a ciò che deve ritenersi «implicito» nella formulazione della domanda iniziale – mi pare si possa rinvenire anche alla base degli approdi più recenti della giurisprudenza circa la possibile estensione degli effetti preclusivi del giudicato in caso di azione di impugnativa contrattuale (annullamento, risoluzione o rescissione) anche alla validità del contratto

---

13; S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 87 ss.; Id., voce *Regiudicata civile*, cit., 434 ss.; Id., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato in ordine a giudizi concernenti ratei di obbligazione periodica*, in *Giur. it.* 1991, I, 1, 235 ss.; A. Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 386 ss.; Id., *Lezioni*, cit., 61, secondo il quale l'accertamento sui «punti pregiudiziali» della decisione «non è mai coperto da autorità di cosa giudicata ed è sempre effettuato *incidenter tantum*, cioè ai soli fini della statuizione sul diritto fatto valere in giudizio dall'attore». Già in precedenza, del resto, G. Chioyenda, *Principii*, cit., 1156 s., aveva osservato che «se lo estendere la cosa giudicata a tutte le questioni decise potrebbe avere qualche vantaggio, perché eviterebbe qualche futuro processo e decisioni contraddittorie, sarebbero di gran lunga più gravi gli inconvenienti di una simile estensione. Le parti, nel proporre un'azione o nel difendersi, non avrebbero più alcuna certezza intorno ai confini e alla portata della lite; e sarebbero costrette ad apparecchiare uno sforzo d'attacco e di difesa affatto sproporzionato al loro intento».

<sup>(33)</sup> Significativo, in proposito, un passaggio dello stesso G. Chioyenda, *Istituzioni*, cit., I, 324, nel quale egli rileva che le questioni logiche, «riguardanti punti processuali o sostanziali», non rientrando nei limiti oggettivi del giudicato potrebbero essere riproposte in successivi giudizi, ma solo se ciò «possa farsi senza attentare alla autorità della situazione delle parti fissata dal giudice rispetto al bene della vita controverso». Il che altro non significa che in questi casi le stesse questioni non sarebbero riproponibili proprio per l'operare del principio del dedotto e del deducibile e non perché anche ad esse si estendano gli effetti del giudicato. Anche per E. Betti, *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione d'incompetenza territoriale*, in questa *Rivista* 1927, II, 13 ss., spec. 21, la preclusione del deducibile si determinerebbe a seguito della «decisione, non della stessa questione preclusa, ma di altra questione, rispetto alla quale quella preclusa sia – per ipotesi – necessariamente pregiudiziale».

medesimo. Come noto, infatti, secondo le conclusioni più recenti delle sezioni unite, ove venga avanzata domanda di annullamento, rescissione o risoluzione del contratto, si formerebbe sempre anche il giudicato (implicito) sulla validità dello stesso contratto, e questo indipendentemente dal fatto che: aa) la domanda sia stata accolta o respinta; bb) la validità del contratto sia stata o meno oggetto di contestazione; cc) una qualche statuizione sulla validità del contratto sia contenuta nel dispositivo o nella motivazione della sentenza<sup>(34)</sup>. Ciò che nella sostanza dovrebbe portare a ritenere che, proposta una domanda di impugnativa del contratto per annullamento, risoluzione o rescissione, sia da considerare implicitamente dedotta – sempre nel rispetto del principio della domanda e di quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato – anche la domanda sulla validità del contratto, sulla quale, di conseguenza, è destinata ad estendersi la relativa preclusione del giudicato sull'impugnativa<sup>(35)</sup>. Ma la conseguenza pratica non cambia (l'idoneità alla formazione estesa del giudicato)<sup>(36)</sup> se si ritiene – come hanno ritenuto le stesse sezioni unite della Cassazione nel 2014 – che in queste azioni la *causa petendi* sia costituita non dal diritto potestativo fondato sul singolo motivo di invalidità dedotto in giudizio, ma dal negozio e dal rapporto sostanziale che ne scaturisce<sup>(37)</sup>.

Una questione non diversa si pone anche con riferimento alle impugnative negoziali (annullamento, risoluzione, rescissione) quando la loro decisione sia di rigetto. Come si determina in questo caso l'ambito oggettivo del giudicato di rigetto che si sia prodotto?

È evidente che, se in questo caso si segue la tesi più restrittiva e si riporta la questione allo schema dei diritti c.d. eterodeterminati, si arriva a ritenere che il giudicato si formi sulla singola *causa petendi* posta a fonda-

---

<sup>(34)</sup> Il riferimento è alle sentenze «gemelle» Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, già citate *retro*, alla nota 21.

<sup>(35)</sup> A meno che non si intenda negare che sulla validità o «non-nullità» del contratto si produca il vero e proprio giudicato a favore di una «preclusione (extraprocessuale) che si forma a carico delle sole parti (e non ... opponibile ai terzi)» (così C. Consolo, F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corriere giur.* 2015, 225 ss., spec. 232). Invece, nel senso che in questo caso si tratti di giudicato vero e proprio v. S. Menchini, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.* 2015, I, 931 ss., spec. 940; I. Pagni, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite*, in *Giur. it.* 2015, 71 ss., spec. 76.

<sup>(36)</sup> V., infatti, il § 7.3 della motivazione di Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit. *retro*, alla nota 21, dove si legge che «l'accertamento/dichiarazione della nullità è «idoneo alla formazione del giudicato», in sostanziale applicazione (peraltro estensiva) della teoria, di matrice tedesca, del c.d. «vincolo al motivo portante»».

<sup>(37)</sup> V. anche, nello stesso senso delle sezioni unite del 2014, Cass. 18 febbraio 2020, n. 4003; Cass. 20 marzo 2018, n. 6866.

mento dell'azione esercitata e dunque sugli specifici fatti costitutivi dedotti in giudizio, vale a dire che la preclusione del giudicato si esaurisce tutta con il «dedotto». Seguendo quest'impostazione, si arriva a ritenere che vi siano tante azioni quanti sono i diversi fatti costitutivi (per ogni motivo di annullamento del contratto, esisterebbe una diversa azione)<sup>(38)</sup>. Ed è chiaro che, in questo caso, si restringe decisamente l'«area di influenza» degli effetti del giudicato.

Se, invece, si aderisce alla tesi più estensiva e si riporta la questione allo schema dei diritti c.d. autodeterminati, ciò che conta è il *petitum* della domanda, ossia l'effetto che si vuole ottenere, a prescindere dal fatto costitutivo utilizzato in concreto, e l'area del «dedotto implicito» si allarga enormemente – come abbiamo visto accadere per le c.d. domande autodeterminate – fino a coprire tutti i possibili fatti costitutivi dell'effetto voluto. In questo senso, infatti, si è autorevolmente affermato che, se «molteplici sussunzioni confluiscono in tanti e separati effetti, plurimi sono i diritti affermati nel processo», mentre, «se esse sono coordinate dalla legge per un unico effetto (...), unico è il diritto fatto valere»<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> In questo senso G. Chiovenda, *Istituzioni*, cit., I, 320: «il bene da identificare consiste non nel semplice effetto giuridico a cui si tende, che è l'oggetto (risoluzione, annullamento e simili), ma in questo effetto ricollegato al fatto di cui è rimedio o sanzione (inadempimento, lesione, errore, dolo). Così che, se si hanno più fatti che danno diritto ad una azione d'annullamento, in realtà si hanno altrettante azioni quanti sono i fatti che le originano». Aggiunge ancora C.: «Diremo quindi che la causa dell'azione è il fatto costitutivo del diritto al mutamento giuridico. Respinta un'azione d'impugnazione può proporsi la stessa impugnazione per un'altra causa, anche di genere prossimo (ad esempio, per un vizio del consenso altro da quello fatto valere nella prima azione)». Nello stesso senso anche E. Heinitz, *I limiti oggettivi*, cit., 195 s.: «la sostituzione di un fatto costitutivo a un altro significa cambiamento della domanda»; A. Segni, *Della tutela giurisdizionale in generale*, *Comm. c.c.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1953, *sub* art. 2908-2909, 353; P.C. TacchiVENTURI, *I limiti oggettivi*, cit., 1209.

<sup>(39)</sup> Così A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale*, cit., 191; nello stesso senso C. Consolo, voce *Domanda giudiziale*, cit., 73 ss. Alla stessa conclusione si perviene ipotizzando che «oggetto del giudicato nelle azioni di impugnazione negoziale sia l'esistenza del rapporto nel suo complesso» e dunque che chi proponga l'azione di impugnazione negoziale ha l'onere «di far valere tutti i fatti impeditivi o estintivi (deducibili) degli effetti del contratto o del negozio, cosicché il rigetto dell'azione di impugnazione negoziale precluda il dedurre in un secondo processo i fatti impeditivi (o estintivi) già deducibili nel primo processo» (così A. Proto Pisani, *Lezioni*, cit., 74; Id., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in questa *Rivista* 1991, 60 ss., spec. 83 ss.; Id., *Appunti sul giudicato*, cit., 401 ss.; in senso analogo S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 320; Id., voce *Regiudicata*, cit., 439 ss., individuando l'oggetto del giudicato nella complessiva situazione giuridica sostanziale sottoposta a modifica attraverso la domanda; I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, 288 ss.).

Ad un risultato ancora diverso si perverrebbe, ovviamente, ove si seguisse la tesi intermedia, che appare anche quella preferibile<sup>(40)</sup>: si tiene conto del *petitum*, ma qualificandolo in relazione ai motivi che lo sorreggono (ad es., l'azione di annullamento del contratto per dolo è diversa da quella per violenza o per errore). In questo caso, infatti, il «dedotto implicito» si estende a tutti i fatti costitutivi del *petitum* della domanda, ma in relazione al motivo che lo giustifica (o, se si vuole, al suo «motivo portante»). Così ragionando, infatti, il «bene della vita» da assicurare attraverso il giudicato «consiste non nel semplice effetto giuridico a cui si tende, che è l'oggetto (risoluzione, annullamento e simili), ma in questo effetto ricollegato al fatto di cui è rimedio o sanzione (inadempimento, lesione, errore, dolo). Così che, se si hanno più fatti che danno diritto ad una azione d'annullamento, in realtà si hanno altrettante azioni quanti sono i fatti che le originano»<sup>(41)</sup>. E questo, in effetti, sembra essere anche l'orientamento prevalente in giurisprudenza, che individua tante azioni quanti sono i fatti giuridici dai quali si assume derivare il diritto al mutamento giuridico (ad es., nel caso di annullamento del contratto, diverse azioni a seconda che l'annullamento venga chiesto per dolo, per violenza o per errore)<sup>(42)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> Anche, se si vuole, nell'ottica della c.d. *Begründungstheorie*, che, come noto, attribuisce una diversa portata precettiva al giudicato in considerazione del «motivo portante» della decisione (A. Zeuner, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, Tübingen 1959; in proposito v. anche A. Cerino Canova, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova 1973, 140 ss.; Id., *La domanda giudiziale*, cit., 137 s.; C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova 1985, I, 500 ss.; Id., *Oggetto del giudicato*, cit., 226 ss.; S. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 327 s.; S. Dalla Bontà, *Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce della tesi zeuneriana*, in *Giusto proc. civ.* 2011, 891 ss.).

<sup>(41)</sup> In questo senso v. V. Andrioli, *Lezioni*, cit., 256; Id., *Diritto processuale civile*, cit., 327, che parla di concorso di azioni fra la domanda di annullamento per dolo e quella per violenza; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1980, I, 179, per il quale nelle azioni costitutive «l'azione viene identificata dal diritto al mutamento giuridico che viene fatto valere e insieme dal fatto giuridico che gli ha dato origine (...): quindi, se si fa valere il dolo come vizio del consenso, non muta la causa se si allegano in momenti diversi circostanze differenti come elementi che dovrebbero concorrere ad integrare la figura del dolo; si passa invece ad un'altra causa se si allega la violenza o l'errore»; Id., *Azioni concorrenti*, in Id., *Problemi del processo civile*, Milano 1962, 55 ss., spec. 61; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, Torino 2024, I, 143, individuando la *causa petendi* delle azioni di impugnativa negoziale nella «serie di fatti genetici» (...) considerati dalla legge come costitutivi del medesimo diritto».

<sup>(42)</sup> V., ad es., Cass. 24 ottobre 2007, n. 22329; Cass. 20 marzo 2006, n. 6166; Cass. 9 gennaio 1993, n. 141, in *Giur. it.* 1994, I, 1, 492 ss.; Cass. 18 febbraio 1988, n. 1737, in *Giust. civ.* 1989, I, 1924 ss.; Cass. 3 dicembre 1984, n. 6301; Cass. 25 maggio 1962, n. 1230.

Sempre a proposito delle impugnative negoziali, un discorso non dissimile da quello finora svolto vale per l'azione di nullità del contratto: se all'azione si applica lo schema delle domande su diritti c.d. autodeterminati<sup>(43)</sup>, il «dedotto implicito» finisce per comprendere tutte le cause di nullità rilevanti nel caso di specie; se invece si applica lo schema delle domande c.d. eterodeterminate, ciò che conta è il «dedotto esplicito», nel senso che il giudicato coincide con la *causa petendi* addotta alla base della domanda di nullità proposta, escludendo le altre astrattamente prospettabili; se, infine, si prende come riferimento la singola causa di nullità, il «dedotto implicito» si restringe ai soli fatti in grado di sorreggere questa causa di nullità.

5. – Più articolato è il discorso che riguarda la definizione del «deducibile», ossia del cerchio più ampio di produzione degli effetti preclusivi del giudicato. Ridotta all'essenziale, l'applicazione della preclusione del giudicato anche al «deducibile» comporta che – come già detto – anche i fatti (costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi) in relazione alla stessa domanda non dedotti (neppure implicitamente) nel giudizio in cui si è formato il giudicato, ma che sarebbero stati deducibili, non sono nuovamente utilizzabili per mettere in discussione il *decisum* passato in giudicato<sup>(44)</sup>. Ne deriva che il «deducibile» va di pari passo con l'ambito oggettivo del giudizio all'esito del quale si è avuta la produzione del giudicato e soprattutto con l'effetto giuridico che si intende produrre con la domanda esercitata, e dunque il giudicato copre tutte le questioni che, ove se ne ammettesse la deducibilità in un nuovo e autonomo processo, inficerebbero l'effetto giuridico prodotto attraverso il giudicato. Si è rilevato, infatti, che non potendo il ricorso al principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile essere utilizzato per ampliare l'ambito oggettivo di produzione degli effetti del giudicato, sarebbe più opportuno procedere in senso inverso e limitare l'operare dello stesso principio a quelle sole questioni «che, sulla base del concreto corso del processo, sono incompatibili con il precetto finale, nel quale si sostanzia il giudicato medesimo»<sup>(45)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Così, infatti, Cass. 18 giugno 2018, n. 16049, in questa *Rivista* 2019, 1638 ss., con nota di M.F. Ghirga, *Sull'accertamento della nullità contrattuale*.

<sup>(44)</sup> V., ad es., Cass. 12 aprile 2010, n. 8650; Cass. 19 agosto 2009, n. 18381.

<sup>(45)</sup> Così V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 997. In senso analogo A. Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 391, secondo il quale il principio in questione, «se inteso in modo corretto (...), non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato»; Id., *Note problematiche*, cit., 447; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, cit., 498; Id., *In tema di limiti oggettivi*, cit., 511 s.; C. Consolo, *Oggetto del giudicato*, cit., 270 ss.; A. Chizzini, *La revoca dei provvedimenti di volontaria*

Ed anzi, proprio partendo da questa considerazione si arriva a concludere che: a) se le questioni che si intendono proporre in un nuovo giudizio sono in grado di determinare effetti giuridici diversi da quelli coperti dal giudicato, le azioni esercitabili sono da considerare diverse da quella già esercitata, e dunque le questioni portate a sostegno delle nuove domande non sono coperte dal «deducibile» nel giudicato che si è formato perché non sono idonee ad «attentare all'integrità della situazione delle parti, fissata dalla sentenza rispetto al bene della vita controverso»<sup>(46)</sup>; b) se, invece, sono destinate a intingere sul medesimo effetto giuridico diventato *res iudicata*, si tratta di questioni che rientrano nel «deducibile» e dunque precluse dal giudicato che si è formato<sup>(47)</sup>. Non è un caso, del resto, che autorevole dottrina abbia anche rilevato come la stessa nozione di giudicato implicito non consista in altro che nella «preclusione delle questioni non dedotte, sebbene si potessero dedurre, nel giudizio che approdò alla sentenza definitiva»<sup>(48)</sup> e si riduca, in buona sostanza, alla «copertura (irretrattabilità da passaggio in giudicato) del dedotto e del deducibile»<sup>(49)</sup>.

Se questa è l'opinione comune sulla nozione di «deducibile», va anche aggiunto che la riflessione intorno ad essa potrebbe anche portare a restringere l'estensione dell'efficacia preclusiva del giudicato. È evidente, infatti, che, se si dovesse condividere la tesi secondo la quale la preclusione del giudicato riguarda solo il «dedotto» e si escludesse in premessa che si

---

*giurisdizione*, Padova 1994, 69; S. Recchioni, *Rapporto giuridico fondamentale, pregiudizialità del merito c.d. logico e giudicato implicito*, in questa *Rivista* 2018, 1598 ss., spec. 1609.

<sup>(46)</sup> Sono parole di G. Chiovenda, *Istituzioni*, cit., I, 541.

<sup>(47)</sup> Per questa ragione opportunamente si è osservato che la preclusione del dedotto e del deducibile va distinta dal giudicato materiale «in quanto essa non si risolve in un vincolo positivo, che colpisce direttamente la questione, impedendone comunque il riesame, ma ha valenza soltanto negativa ed indiretta, poiché investe gli elementi della fattispecie decisa in via mediata, al fine di garantire il godimento del risultato del processo» (S. Menchini, voce *Regiudicata civile*, cit., 415).

<sup>(48)</sup> E. Allorio, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in Id., *Problemi di diritto*, II, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, Milano 1957, 215.

<sup>(49)</sup> E. Fazzalari, *Il cammino della sentenza e della «cosa giudicata»*, in questa *Rivista* 1989, 589 ss., spec. 597; v. anche F. Lancellotti, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, ivi 1980, 477 ss.; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale*, cit., 222 s.; S. La China, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino 1997, I, 54. In proposito, tuttavia, v. U. Natoli, *Considerazioni sul criterio discrezionale tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1979, 274 ss., per il quale «il principio del giudicato implicito riguarda le questioni pregiudiziali di rito, rilevabili su iniziativa di parte o anche d'ufficio, non inserite mediante eccezione in un precedente processo definito con sentenza di merito munita dell'autorità del giudicato».

estenda anche al «deducibile»<sup>(50)</sup>, la conseguenza sarebbe che dei due cerchi che delimitano l'oggetto del giudicato, non avrebbe ragion d'essere quello relativo al «deducibile».

Non molto diverse sono le conseguenze pratiche se si dovesse ammettere – come pure è stato sostenuto – che il «deducibile» vada inteso «in senso soggettivo come concreta possibilità di allegazione di un fatto non solo venuto ad esistenza, ma anche conosciuto (o quanto meno conoscibile con la normale diligenza) dalla parte»<sup>(51)</sup>. Anche in questo caso, infatti, finirebbero per restare fuori dalla preclusione del giudicato i fatti venuti ad esistenza, ma non conosciuti dalla parte, in quanto, secondo un simile modo di impostare il discorso sul «deducibile», «sembra più corretto ritenere che precluso è il fatto “concretamente” deducibile, in quanto esistente e conosciuto (o conoscibile) dalla parte»<sup>(52)</sup>.

Tornando, invece, all'impostazione che comunemente si segue nel connotare il «deducibile», si deve prendere atto che i suoi contorni diventano più incerti quando s'intenda estenderne l'ambito di operatività al di fuori della domanda concretamente esercitata, ossia a domande diverse da questa, ma riferibili alla medesima «vicenda sostanziale» dalla quale essa ha avuto origine. Mi riferisco, evidentemente, agli orientamenti che si sono andati affermando nella giurisprudenza della Cassazione in merito alla conclusione secondo cui anche le domande connesse alla medesima «vicenda sostanziale» dedotta in giudizio con la formulazione dell'originaria domanda sarebbero esercitabili nel corso del processo perché il loro esercizio non integrerebbe affatto la proposizione di una domanda nuova (*mutatio libelli*), ma sarebbe riconducibile alla modificazione della stessa domanda (*emendato libelli*).

In particolare, come noto, la Suprema Corte è arrivata a concludere che si abbia *emendatio* e non *mutatio libelli* anche quando, nel corso del giudizio, siano modificati uno o entrambi gli elementi oggettivi della domanda (*petitum* e *causa petendi*), purché «la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità

---

<sup>(50)</sup> V., in questo senso, V. Tavormina, *Unicità del comportamento, pluralità di doveri ed oggetto del processo*, in questa *Rivista* 2005, 51 ss., spec. 62 s.; Id., *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli 2003, 100 ss.; Id., *Dedotto, deducibile e Costituzione*, in questa *Rivista* 1992, 311 ss.

<sup>(51)</sup> Così F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano 2023, I, 191 s.

<sup>(52)</sup> F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., I, 191.

difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali»<sup>(53)</sup>. Ciò sul presupposto – ampiamente condiviso in dottrina<sup>(54)</sup> – che sia opportuno superare l'impostazione tradizionale sulla definizione del potere di modificazione della domanda.

Di qui l'opportunità di «resettare le precognizioni in materia e sgombrare il campo di analisi da preconcetti e suggestioni – linguistiche prima ancora che giuridiche – soprattutto con riguardo ad espressioni sfuggenti ed abusate che hanno finito per divenire dei “mantra” ripetuti all'infinito senza una preventiva ricognizione e condivisione di significato»<sup>(55)</sup>.

Rimane ancora aperto il quesito, a dire il vero, se questa *emendatio* «allargata» o «sostitutiva», comprensiva anche delle domande nuove, ma connesse per identità di «vicenda sostanziale», possa essere esercitata solo nelle fasi iniziali del giudizio di primo grado, ossia fino al maturare delle preclusioni allegative e probatorie, come sembrerebbe più ragionevole ritenere al fine di salvaguardare, da un lato, tale sistema preclusivo e, dall'altro lato, la connotazione del giudizio d'appello come *revisio prioris instantiae*, oppure anche successivamente, ossia durante tutto il corso del giudizio di primo grado fino alla precisazione delle conclusioni e poi anche in appello, come talvolta è stato ammesso<sup>(56)</sup>. Ferma restando in ogni caso

<sup>(53)</sup> Così Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.* 2015, I, 3174 ss., con nota di A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Corriere giur.* 2015, 961 ss., con commento di C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, e in questa *Rivista* 2016, 807 ss., con nota di E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*.

<sup>(54)</sup> V., in particolare, C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande «complanari»*, cit., 970 ss.; E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli*, cit., 821 ss.; A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda*, cit., 3192 ss.; M. Montanari, *Note in merito alla precisazione e modificazione delle eccezioni in corso di lite*, in *Giusto proc. civ.* 2016, 997 ss.; M. Monnini, *Le sezioni unite ammettono la «modificazione» delle domande sino alla prima memoria ex art. 183 6° comma c.p.c.: una spinta per la rivitalizzazione della fase orale e scritta della trattazione?*, *ibidem*, 403 ss.; C.M. Cea, *Tra «mutatio» ed «emendatio libelli»: per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*, in *Foro it.* 2016, I, 260 ss.; E. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino 2016, 230 ss.; M. DeCRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in questa *Rivista* 2017, 63; A. Serra, *«Valori funzionali» del processo e domanda giudiziale*, Napoli 2018, 100 ss.; S. Dalla Bontà, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, Napoli 2018, 45 ss.; A. Chizzini, *La tutela*, cit., 459 ss.; B. Gambineri, *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, in questa *Rivista* 2019, 692 ss.

<sup>(55)</sup> Così, in motivazione, Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, cit. *retro*, alla nota 53.

<sup>(56)</sup> V., in questo senso, Cass. 12 novembre 2015, n. 23131, in *Foro it.* 2016, I, c. 2500 ss., con nota di A. Motto, *Sulla modificazione in grado di appello alla domanda ex art. 2932 c.c. in domanda di accertamento del già avvenuto effetto traslativo*; Cass. 15 marzo 2017, n. 6652, in motivazione; v. anche, sul tema specifico, E. Merlin, *Sulla «morfologia» della modifica della domanda in appello*, in questa *Rivista* 2020, 172 ss.; A. Carratta, *La modifi-*

la possibilità, ovvia, che anche in appello la parte avanzi una diversa qualificazione giuridica dei fatti già allegati e provati, non assurgendo quest'attività neppure ad una *emendatio libelli*.

Ebbene, queste ulteriori domande nuove sono suscettibili anch'esse di farsi rientrare nell'ambito del «deducibile» una volta che il loro esercizio nel corso del giudizio di merito sia qualificato non più come *mutatio*, ma come *emendatio libelli*?

La risposta dovrebbe essere positiva, una volta che si ammetta – come hanno affermato le sezioni unite – che si tratta di domande deducibili nello stesso processo (in alternativa o in cumulo incondizionato con quella già esercitata in giudizio), senza che questo alteri l'originario oggetto del processo<sup>(57)</sup>. Se esse sono deducibili senza che la loro deduzione comporti *mutatio libelli*, se ne dovrebbe anche dedurre che il giudicato (di accoglimento o di rigetto) formatosi sull'originaria domanda sia destinato a proiettare i suoi effetti anche su quelle domande, che, in quanto connesse

---

*cazione della domanda in appello e i limiti della res in iudicium deducta*, in *Problemi attuali di diritto processuale civile*, in *Foro it.*, *Gli speciali*, 1/2021, 125 ss.; B. Gambineri, *Mutatio ed emendatio libelli in appello. Poteri delle parti e limiti oggettivi del giudicato*, *ibidem*, 141 ss.; G. Olivieri, *La mutatio e l'emendatio libelli in tema di responsabilità*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 615 ss.

<sup>(57)</sup> Secondo gli approdi di Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, cit. *retro*, alla nota 53. Lo stesso principio di diritto è stato ribadito da Cass. 21 giugno 2016, n. 12733; Cass. 1° marzo 2016, n. 4051; Cass. 5 maggio 2016, n. 9036; Cass. 9 maggio 2016, n. 9333; Cass. 12 gennaio 2017, n. 659.

In linea con questa tendenza v. anche, più di recente, Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Giur. it.* 2019, 1848 ss., con nota di C. Novella, *Arricchimento senza causa: le sezioni unite di nuovo sui confini dell'emendatio libelli*, in *Corriere giur.* 2019, p. 263 ss., con nota di C. Consolo, F. Godio, *Le Sezioni unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, e in questa *Rivista* 2019, 1300 ss., con nota di L. Dittrich, *Sulla successiva proposizione della domanda di arricchimento senza causa nel processo avente come domanda principale la condanna all'adempimento contrattuale*, che ha ritenuto connesse per identità di «vicenda sostanziale» la domanda di adempimento contrattuale e quella di arricchimento senza causa; Cass. 14 febbraio 2019, n. 4322, in *Giur. it.* 2019, 2656 ss., con nota di C. Novella, *Opposizione a decreto ingiuntivo: ammissibile il cumulo tra l'azione monitoria di pagamento dei canoni di locazione e la domanda subordinata di indennità di occupazione sine titolo*; Cass. 7 settembre 2020, n. 18546, *ivi*, 2021, 597 ss., con nota di M. Vanzetti, *Mutatio ed emendatio libelli: la ratio delle complanari estesa agli atti interruttivi della prescrizione?*, a proposito della domanda di inefficacia di un pagamento e di adempimento contrattuale; Cass. 11 febbraio 2021, n. 3571; Cass. 24 marzo 2022, n. 9633, *ivi* 2022, 2667 ss., con nota di A.A. Romano, *Sulla modificazione della domanda di ingiunzione in sede di opposizione a d.i.*, che ha ammesso la proponibilità, in sede di opposizione a d.i., di domande nuove connesse per identità della «vicenda sostanziale» da parte dell'opposto; in questo stesso senso anche Cass. 27 novembre 2023, n. 32933.

per identità di «vicenda sostanziale», avrebbero potuto essere dedotte nel corso del giudizio e non sono state dedotte<sup>(58)</sup>.

Tuttavia, anche in questo caso occorre tener presente che il principio del dedotto e del deducibile è funzionale, come abbiamo visto, a salvaguardare la stabilità del giudicato, non ad ampliarne i limiti oggettivi. Né, in senso inverso, l'operatività del richiamato principio va correlata ai limiti del giudicato<sup>(59)</sup>. Ed in effetti, come abbiamo visto, tradizionalmente la preclusione del «deducibile» è stata limitata a quelle sole questioni (di rito o di merito) collegate alla domanda proposta e deducibili nel corso del giudizio, ma incompatibili con il «precetto finale» consolidato dal giudicato. Lo stesso criterio è ragionevole ipotizzare che debba valere anche con riferimento alla considerazione che – secondo i più recenti approdi giurisprudenziali – il «deducibile» (*sub specie di emendatio libelli*) ricomprende ora anche vere e proprie domande nuove semplicemente connesse per identità della «vicenda sostanziale» alla domanda originaria. Vale a dire che l'improponibilità in autonomo giudizio delle ulteriori domande, che, in quanto connesse per identità della «vicenda sostanziale» alla domanda originaria, avrebbero potuto essere dedotte attraverso l'*emendatio* già nel giudizio all'esito del quale si è prodotto il giudicato, va limitata a quelle sole domande che, ove se ne ammettesse l'autonoma proponibilità, minerebbero il «definitivo consolidamento» della situazione sostanziale su cui si è formato il giudicato e il suo «precetto finale».

---

<sup>(58)</sup> In tal senso, infatti, Trib. Torino 29 gennaio 2021, n. 427, in *Giur. it.* 2022, p. 1636 ss., con nota contraria di M. Stella, *Nuova azione di responsabilità per fatti lesivi diversi e preclusione del deducibile*. Ma v. già Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, in questa *Rivista* 2017, 1302 ss., con nota di M.F. Ghirga, e Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4091, le quali, ponendosi in continuità con Cass. n. 12310/2015, cit. *retro*, alla nota 51, hanno negato la proponibilità in più giudizi di «domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti», quando esse, «oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato» (c.vo aggiunto), salvo che non risulti in capo al creditore un «interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata». In proposito v. anche la recente Cass. 8 febbraio 2024, n. 3643, che ha sollecitato un nuovo intervento delle sezioni unite.

<sup>(59)</sup> In questo senso mi pare che si orienti chi nega che le ulteriori domande connesse per identità di «vicenda sostanziale» siano coperte dalla preclusione del «deducibile» le volte in cui alla base delle stesse vi sia una «pluralità di diritti» e una «pluralità di fattispecie legali alternativamente applicabili» in quanto è diversa «l'utilità giuridica da esse assicurata» (così E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli*, cit., 818; Id., *Sulla «morfologia»*, cit., 193, in nota 51; nello stesso senso anche C. Consolo, F. Godio, *Le Sezioni unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari*, cit., p. 274, in nota 16; A. Panzarola, *Riflessioni minime intorno ad un concetto metagiuridico: la genealogia della «lite» in Carnelutti*, in questa *Rivista* 2023, 992 ss., spec. 1004, in nota).

SILVIA RUSCIANO

Professore associato nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

## OGGETTO DEL GIUDICATO E DOMANDE COMPLANARI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione dell'oggetto del giudicato. 3. – Risposte giurisprudenziali in tema di frazionamento del credito. 4. – L'estensione del giudicato alle domande complanari?

1. – La lettura, lo studio e l'interpretazione delle disposizioni del processo civile variano a seconda dei tempi, dei valori ritenuti prioritari a livello politico, sociologico e culturale; così uno stesso istituto può essere considerato mutevole in virtù di direttrici di fondo, che traspaiono talvolta solo implicitamente da un sistema di valori condiviso in un dato momento storico: «il processo civile al pari di qualsiasi altro processo è il risultato di scelte ideologiche (ovvero gli scopi che il processo si prefigge) e regole tecniche (attraverso le quali viene in essere lo strumento processuale), aspetti necessariamente complementari e dei quali sono possibili svariate combinazioni, soprattutto in funzione della opzione ideologica sottesa alla nozione di processo»<sup>(1)</sup>.

Già Betti, nel teorizzare l'attività interpretativa della legge e degli atti giuridici, faceva riferimento all'efficienza evolutiva quale fattore irrinunciabile nell'attività esegetica. In particolare, nell'individuare i canoni ermeneutici relativi al soggetto che gestisce l'interpretazione, Egli sottolineava l'attualità dell'intendere e la corrispondenza o consonanza ermeneutica: da un lato, cioè, «l'interprete è chiamato a ripercorrere in se stesso il percorso genetico, e così a ricostruire da di dentro e a risolvere ogni volta nella propria attualità un pensiero, un'esperienza di vita, che appartiene al passato»<sup>(2)</sup>; dall'altro, «l'interprete deve sforzarsi di mettere la propria vivente attualità in intima adesione e armonia col messaggio che (...) gli

---

<sup>(1)</sup> R. De Rosa, L. Circelli, *Principi processuali in materia civile*, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>(2)</sup> E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano 1990, 314.

perviene dall'oggetto, per modo che l'una e l'altra vibrino in perfetto unisono»<sup>(3)</sup>.

Uno degli esempi emblematici della dinamicità dell'interpretazione degli istituti processuali e, soprattutto, della loro camaleontica interpretazione è rappresentato dal giudicato, essenza del diritto processuale civile<sup>(4)</sup>, nonostante il legislatore abbia descritto «in modo sufficientemente chiaro, i presupposti, il contenuto e l'ambito di applicazione del giudicato civile (...), recependo le linee guida del pensiero chiovendiano»<sup>(5)</sup>.

Effetti del giudicato ed oggetto sono profili correlati tra loro, giacché l'affermazione secondo cui «l'autorità di cosa giudicata consiste nella incontestabilità dell'accertamento» implica necessariamente la necessità di valutare in cosa debba consistere quell'autorità proprio in relazione all'accertamento.

Sostanzialmente, viene attribuito a tale affermazione il significato secondo cui «nessun giudice può, in successivi giudizi, accogliere domande dirette in qualsiasi modo a togliere o a diminuire ad altri un bene della vita conseguito in virtù di un precedente atto di tutela giuridica rispetto alla stessa persona; il regolamento fissato dalla sentenza non può più essere posto in discussione, né in via diretta, ossia chiedendo una decisione uguale a quella negata dalla prima pronuncia, né in via indiretta, ossia avanzando un *petitum* che rappresenti l'esatto contrario della precedente statuizione»<sup>(6)</sup> o, utilizzando le parole di Chiovenda<sup>(7)</sup>, la somma preclusione del giudicato mira al «riconoscimento o disconoscimento di un bene, affinché la vita sociale si svolga quanto più è possibile sicura e pacifica».

Nel fare riferimento alla preclusione derivante dal giudicato (e, quindi, alla problematica concernente gli effetti), già si specifica che l'accertamento contenuto nella sentenza consiste in un bene della vita e che nella valutazione dell'effetto della reg giudicata occorre fare riferimento al *petitum*<sup>(8)</sup> ed alla statuizione del giudice.

<sup>(3)</sup> Id., *op. cit.*, 319.

<sup>(4)</sup> Secondo S. La China, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino 1985, 32 s., «con l'art. 2909 il legislatore civile giunge al cuore dei problemi della tutela giurisdizionale, toccando il tema di altissimo interesse teorico e pratico della cosa giudicata, al quale non v'è aspetto della disciplina del processo civile che non rimandi e non sia collegato e intrecciato».

<sup>(5)</sup> S. Menchini, voce *Reg giudicata civile*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), Torino 1997, vol. XVI, 406.

<sup>(6)</sup> Id., *op. cit.*, 415.

<sup>(7)</sup> G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, rist., III, Milano 1993, 237.

<sup>(8)</sup> Come illustrato da S. Menchini, *op. cit.*, 431, il ruolo invece della *causa petendi* è del tutto marginale nella individuazione dell'oggetto del giudicato, giacché ha «unicamente

Così sempre discorrendo dell'autorità di cosa giudicata, l'altra affermazione comune secondo cui la intangibilità della dichiarazione della volontà di legge del caso concreto è attuata mediante la preclusione del dedotto e del deducibile vale a dire non solo delle ragioni giuridiche dedotte in quel giudizio, ma anche di tutte le altre, proponibili in via di azione o di eccezione, le quali, benché non dedotte specificamente, si caratterizzano per la loro inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente fatte valere – implica la necessità di individuare in modo netto il perimetro dell'accertamento e, quindi, l'oggetto del giudicato: la dottrina, che *ex professo* si è occupata del tema, spiega l'effetto preclusivo indicato nel senso che «il giudicato impedisce (...) non soltanto di proporre di nuovo le questioni già sottoposte all'attenzione del primo giudice, ma anche di sollevare per la prima volta quelle questioni che non siano state fatte valere in precedenza, le quali, però, in quanto ricomprese nell'ambito oggettivo del procedimento anteriore, erano prospettabili all'interno di esso. Vengono così colpite con efficacia preclusiva tutte le questioni (di rito o di merito; di fatto o di diritto) che, siano state oppure no rilevate nel corso del giudizio, rientrano nella *res iudicanda*, divenuta poi *res iudicata*»<sup>(9)</sup>.

Nell'esaminare perciò l'effetto preclusivo (più che quello conformativo) del giudicato occorre indagare la nozione di accertamento contenuto nella sentenza.

Quell'accertamento *ex art.* 2909 c.c., quindi, tendenzialmente si compone non solo di beni della vita, tenuto conto del *petitum* indicato dalle parti, ma anche di questioni di rito, di merito, di fatto o di diritto, affrontate concretamente dal giudice o astrattamente affrontabili nel dialogo tra i protagonisti del processo civile (contraddittorio giudice e parti).

Le variabili che possono incidere nel delimitare la portata dell'accertamento incontrovertibile non sono limitate soltanto alla ontologica distinzione tra domanda e questione (e all'interno di questa ultima nozione, alla loro stessa natura), bensì anche (e certamente in via primaria) dai valori e garanzie sottese al sistema di tutela giurisdizionale considerato nel suo complesso.

2. – L'individuazione dell'oggetto del giudicato passa attraverso tre quesiti: *a*) l'unità minima strutturale del processo; *b*) il potere delle parti e

---

valore (di) mezzo di specificazione del diritto sostanziale fatto valere, rispetto a tutti gli altri di uguale contenuto eventualmente sussistenti tra i medesimi soggetti».

<sup>(9)</sup> *Ibidem*.

del giudice di incidere sull'oggetto del processo; c) l'eventuale sanzione interna al processo per il caso in cui le parti abbiano domandato un *quid minus*. Le risposte a tali quesiti peraltro tra loro strettamente correlati sono variabili e suscettibili di una molteplicità di fattori.

La norma, come è noto, dispone che sia vincolante («fa stato ad ogni effetto») l'«accertamento» contenuto nella sentenza passata in giudicato; in tal modo essa risulta volutamente incolore nella descrizione del suo ambito applicativo. Sulla dilatazione di tale concetto, a seconda dei tempi e delle esigenze, si è assai discusso, talvolta comprimendo quell'accertamento secondo il principio dispositivo a ciò che è chiesto (*res in iudicium deducta*), talaltra ampliando la nozione al deducibile ed al giudicato implicito<sup>(10)</sup>.

In particolare, possono distinguersi due diverse tendenze, che vanno ad impattare a loro volta due modi di intendere l'accertamento *ex art.* 2909 c.c. e che, tra l'altro, coinvolgono le nozioni di giudicato su motivazione<sup>(11)</sup> e di giudicato implicito.

In una visione processuale meramente privatistica, la premessa è che al fine di misurare la *res iudicata* occorre fare riferimento al principio dispositivo, che, a sua volta, non si esaurisce nell'iniziativa giudiziale ma si compone anche del potere delle parti di disegnare il perimetro dell'accertamento richiesto al giudice (e sul quale si forma il giudicato). In epoca liberale, cioè, l'oggetto del giudicato (l'unità minima strutturale) è disegnato dalle parti con gli atti introduttivi, le quali hanno il potere (o forse l'onere) di ritagliare l'estensione del diritto, anche all'interno di una situazione sostanziale più ampia.

Quanto al giudicato sulla motivazione, in questa fase storica ove il principio dispositivo regna sovrano, il concetto viene riferito al solo dispositivo della sentenza<sup>(12)</sup>: «il nuovo codice civile, collocando la norma dell'art. 2909 in esame nelle disposizioni generali del titolo “della difesa giurisdizionale dei diritti”, ha voluto chiaramente prescindere dalla concezione savignana (...) Dobbiamo ritenere che l'accertamento che fa stato sia

<sup>(10)</sup> Come autorevolmente sottolineato da N. Trocker, voce *Giudicato VI Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, Roma 1989, XV, 1 ss., la individuazione dell'oggetto del giudicato varia a seconda delle premesse tecniche e delle opzioni politiche cui ciascun sistema si ispira. In particolare, osserva l'A. (2) che in via generale «negli ordinamenti del diritto europeo continentale, si tende ad assegnare al giudicato uno spazio operativo più circoscritto di quanto non avvenga negli ordinamenti di *common law*». Sul punto si v., però, C. Cavallini, *Diritto, rimedio e res iudicata*, in questa *Rivista* 2020, 204 ss.

<sup>(11)</sup> Sul tema M. De Cristofaro, *Giudicato e motivazione*, in questa *Rivista* 2017, 41 ss.

<sup>(12)</sup> Sul punto E.T. Liebman, voce *Giudicato I Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma 1989, XV, 13.

solo quello della volontà di legge oggetto della domanda delle parti, non i motivi per i quali il giudice pronunzia, ed una induzione in tal senso è lecito trarre anche dall'art. 112 c.p.c., che sancisce l'obbligo del giudice a pronunziare sulla domanda: dando quindi al giudice il compito di rispondere a questa domanda, ed è la risposta (non i motivi) che forma il contenuto essenziale della funzione del giudice, e della decisione, ed è a quella che deve conferirsi l'immutabilità, per quegli scopi di certezza del diritto sui quali precipuamente si fonda l'istituto»<sup>(13)</sup>.

Tale concezione viene agganciata all'art. 2907 c.c., al principio della domanda, a quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e giustificata sulla base di una perfetta corrispondenza tra oggetto della domanda, oggetto del processo e quindi del provvedimento, oggetto del giudicato, con l'unica variabile della ragione più liquida che potrebbe determinare un ambito più ristretto del giudicato<sup>(14)</sup> in ipotesi di rigetto<sup>(15)</sup>.

Seguendo questo orientamento (certamente oggi anacronistico), le conclusioni schematicamente possono riassumersi nel senso che *a*) non esiste una predeterminazione della individuazione dell'unità minima strutturale dell'oggetto del processo; *b*) essa è rimessa alla disponibilità delle parti, che con gli atti introduttivi determinano anche la misura del diritto in contestazione ed al potere del giudice limitatamente alle eccezioni in senso lato e alla possibilità di rigettare la pretesa sulla base della ragione più liquida; *c*) il comportamento delle parti di ritagliare una porzione del diritto non conosce sanzione.

---

<sup>(13)</sup> A. Segni, *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna 1953, 346.

<sup>(14)</sup> Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242, al riguardo osserva che «oggetto del processo, oggetto della domanda giudiziale e oggetto del giudicato risultano allora cerchi sicuramente concentrici, ma le cui aree non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili. Gli stessi autori che ne propugnano l'assoluta identità convengono poi con l'affermazione secondo cui la reale portata del giudicato, soprattutto in caso di *pronuncia di rigetto*, è determinata dai motivi della decisione, ove la controversia abbia riguardato esclusivamente un segmento del più ampio rapporto sostanziale (l'esemplificazione più significativa è quella della domanda di condanna al pagamento di una singola rata, pur oggetto di un più ampio rapporto contrattuale). La pronuncia di rigetto fondata esclusivamente su motivi attinenti a tale limitata frazione del rapporto (rata non scaduta ovvero non dovuta o prescritta) induce anche i fautori dell'assoluta corrispondenza tra oggetto della domanda, oggetto del processo ed oggetto del giudicato a ritenere che non si sia in presenza di alcuna statuizione vincolante sulla esistenza/inesistenza del rapporto sostanziale, restando tale più vasta questione "assorbita" nel limitato *decisum* del caso di specie».

<sup>(15)</sup> Quella che M. De Cristofaro, *op. cit.*, 45 s. definisce «rastremazione» correlata al «ruolo determinante della motivazione nel fissare la forza vincolante del giudicato di rigetto».

Il dato normativo per comprendere i ristretti limiti dell'oggetto dell'accertamento, in quest'ottica, è costituito dall'art. 34 c.p.c., che con riferimento alle questioni pregiudiziali di merito consente l'estensione della *res iudicata* (oltre i limiti indicati dalle parti con gli atti introduttivi) solo laddove vi sia una espressa previsione di legge o la domanda delle parti di accertamento incidentale<sup>(16)</sup>. La norma, che nell'indagine volta a comprendere l'oggetto del giudicato assume un ruolo centrale, «non affida al giudice il compito di stabilire che cosa va deciso con efficacia di giudicato, ossia non affida al giudice il potere di determinare i confini del conflitto o i limiti della discussione, ma lo riserva alle parti e alla legge. Il giudice è tenuto a rispettare le indicazioni delle parti o le imposizioni della legge»<sup>(17)</sup>.

Enrico Allorio<sup>(18)</sup>, infatti, nell'estendere il principio dispositivo oltre l'iniziativa processuale e fino a ritenerlo idoneo a giustificare il potere delle parti di determinare la frazione della situazione sostanziale (nella specie il diritto di credito) di cui si chiede tutela giurisdizionale, scriveva che «solo in regime di tipicità di *actiones*, quale era quello del diritto romano classico (...) per ogni fatto giuridico (...) vi era un'unica *actio*: esercitata quella (con la *litis contestatio*) si verifica la consunzione processuale, e per il medesimo titolo, non è più dato agire. In diritto moderno, peraltro, le cose stanno ben diversamente. Non vi è la mitica unicità dell'azione, né la sua consunzione; vi è il rapporto giuridico sostanziale (nella specie: il diritto di credito): e, in un processo ispirato al principio della disposizione delle parti (*ne eat iudex ultra petita partium*) non si vede che cosa vieti all'interessato

---

<sup>(16)</sup> Questa intesa in senso ampio, come insegnava G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma 1935, 364: «in mancanza di una norma che richiede una domanda formale di accertamento incidentale, la volontà delle parti si può desumere da qualunque elemento (il costante comportamento delle parti, dice il Pescatore)», tramite una indagine di «mero fatto», che implica «interpretazione della volontà delle parti».

<sup>(17)</sup> G. Verde, *op. cit.*, 19. L'A. trae da questa premessa la condivisibile conseguenza che «l'estensione dei limiti oggettivi del giudicato, là dove non vi sia una specifica richiesta delle parti, è l'eccezione e deve trovare giustificazione in una espressa e non equivoca disposizione di legge». In particolare, l'idea dell'A. è quella di riportare la nozione dell'oggetto del giudicato nell'ambito del ruolo del giudice, come concepito a livello costituzionale.

<sup>(18)</sup> L'A. si pone sulla scia degli studi di F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, ove (915 ss.) si giunge a ritenere che se le parti (deducono nel processo una o alcune questioni soltanto, ciò significa che di quell'intervento non vi è bisogno, per ora, oltre quei limiti. Nella stessa direzione A. Cerino Canova, in *Commentario del c.p.c.* diretto da E. Allorio, II, 1, Torino 1980, 139, che a proposito del giudicato implicito affermava che la «funzione del processo (...) è di statuire sulla situazione fatta valere e non di definire per sempre tutta la relazione intercorrente tra le parti»; A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1990, 475 ss.

di far valere il proprio diritto a più riprese»<sup>(19)</sup>.

Mutata, invece, la piramide dei valori che informano il sistema giuridico, la accezione di giudicato si amplia e dilata, fino a ricomprendere, da un lato, la parte motiva della sentenza, dall'altra, l'intero rapporto sostanziale astrattamente deducibile in giudizio.

Con la modifica dell'art. 111 Cost. e la valorizzazione costituzionale del concetto di «ragionevole durata del processo» le forme di abuso sono state estese anche al concetto di *res iudicata*: spinte dovute a esigenze di economie di giudizi e contenimento del contenzioso hanno portato la giurisprudenza ad ampliare la nozione di accertamento oltre i limiti segnati dalle parti e fino ad accogliere la nozione di giudicato implicito.

Sono pienamente entrate nel sistema la nozione di giudicato interno (pronuncia che risolve una serie di questioni controverse tra le parti, di rito o di merito, che se non coltivate dalle parti nel passaggio da un grado all'altro vincolano il giudice superiore, salvo il nesso di dipendenza e l'effetto espansivo dell'impugnazione) ove la motivazione acquista un ruolo centrale e quella di giudicato implicito, ove per definizione manca, anche in motivazione, qualsiasi accertamento espresso, con la conseguenza di ritenere *iudicatum* ciò che non è stato oggetto di *iudicium* e delle garanzie (contraddittorio, difesa) che lo assistono<sup>(20)</sup>.

Mentre sul c.d. giudicato interno potrebbero rinvenirsi all'interno del codice di rito alcuni indici espliciti (ad esempio facendo leva sull'art. 346 c.p.c.), del tutto ingiustificata pur a volere considerare l'ambito di applicazione dell'art. 34 limitato solo alla c.d. pregiudizialità tecnica appare l'affermazione relativa all'ampliamento dell'oggetto del giudicato in ipotesi di totale assenza di accertamento.

In altre parole, affermare la validità del giudicato implicito significa concepire l'effetto dell'art. 2909 c.c. anche in ordine a ciò che non è stato oggetto di discussione tra le parti innanzi al giudice, sulla base della premessa che è il giudice (non la legge) ad attribuire l'utilità sostanziale e che «oggetto del processo non sono le postulazioni delle parti, che si concretano in proposizioni sintattiche su cui il giudice esercita il suo controllo; oggetto del processo sono le situazioni giuridiche sottostanti a tali postulazioni ...»<sup>(21)</sup>.

In quest'ottica, quindi, *a*) l'unità minima strutturale dell'oggetto del processo va identificata con la situazione sostanziale (con il diritto sogget-

<sup>(19)</sup> E. Allorio, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.* 1958, 400 s.

<sup>(20)</sup> Sul tema del giudicato implicito come violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c. e del principio del diritto di difesa M. De Cristofaro, *op. cit.*, 57 ss.

<sup>(21)</sup> G. Verde, *op. cit.*, 25.

tivo o rapporto) previsto dalla legge; *b*) rispetto a quanto domandato dalle parti, il giudice – di cui viene esaltato il ruolo di incidere sull'oggetto del processo e del provvedimento, ampliando l'accertamento di cui all'art. 2909 c.c. anche senza affrontare direttamente una questione – può implicitamente determinare con il suo provvedimento (facendo leva anche sulla motivazione) l'ampio ambito del giudicato; *c*) ogni iniziativa giudiziale volta a richiedere la tutela giurisdizionale di una frazione o di un semplice segmento dell'unitario diritto sostanziale va sanzionata, almeno qualificando tale condotta come forma di abuso della tutela giurisdizionale.

3. – Un utile campo di sperimentazione delle diverse accezioni dell'accertamento di cui al citato art. 2909 c.c. è rappresentato dall'esperienza giurisprudenziale in tema di frazionamento del credito<sup>(22)</sup>; dalla lettura dei repertori emerge una progressiva (e non sempre condivisibile) dilatazione del perimetro dell'oggetto del processo.

I risultati oggi raggiunti possono essere schematicamente riassunti nelle seguenti osservazioni: *a*) l'oggetto del processo, veicolato attraverso la proposizione della domanda giudiziale, è rappresentato dal diritto sostanziale nella sua interezza (nella specie, il diritto di credito); *b*) singole porzioni del diritto non sono ammissibili; *c*) la sanzione per l'eventuale frazionamento del credito ad opera della parte non è apprezzabile solo come forma di abuso del processo o *vulnus* ai principi di leale collaborazione tra le parti (e quindi incidente sulla disciplina delle spese di lite), ma determina la improponibilità della seconda domanda eventualmente proposta dal creditore. Tali principi vengono derogati solo quando sia dedotto dalla parte un interesse rilevante e meritevole (*rectius*: giuridicamente apprezzabile) al frazionamento<sup>(23)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Sul dibattito in tema di frazionamento del credito S. Boccagna, *Il frazionamento giudiziale del credito tra (in)disponibilità dell'oggetto del processo e «meritevolezza» della tutela*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica, La meritevolezza*, 1, 2022, 203 ss.

<sup>(23)</sup> *Ex multis* Cass. 16 febbraio 2017, n. 4090, in questa *Rivista* 2017, 1302 con nota critica di M.F. Ghirga, *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*. In particolare la Corte in motivazione precisa che «il sistema processuale risulta, invero, strutturato su di una ipotesi di proponibilità in tempi e processi diversi di domande intese al recupero di singoli crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso esistente tra le parti, come autorizza a ritenere la disciplina di cui agli artt. 31, 40 e 104 c.p.c. in tema di domande accessorie, connessione, proponibilità nel medesimo processo di più domande nei confronti della stessa parte. Ulteriori argomenti in tal senso possono trarsi dalla contemplata possibilità di condanna generica ovvero dalla prevista necessità, ex art. 34 c.p.c., di esplicita domanda di parte perché l'accertamento su questione pregiudiziale abbia efficacia di giudicato. D'altro canto, l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinarie in tema di estensione oggettiva del giudicato – in relazione alla preclusione per le questioni rilevabili o deducibili –

Tale soluzione non può sottrarsi alla critica secondo cui, ove l'attore dichiara di agire per una parte soltanto del proprio credito, «questa iniziativa può ritenersi consentita oppure vietata dall'ordinamento. In nessun caso, però, è possibile attribuire alla richiesta dell'attore un contenuto e un valore diversi da quelli effettivi. In tal modo, infatti, si spezza il nesso che deve necessariamente intercorrere (art. 112 c.p.c.) tra l'oggetto della decisione e la domanda, commisurando il giudicato non già al contenuto di quest'ultima, ma (immediatamente, per così dire) al diritto sostanziale, ossia ad un'entità esterna al processo (...)»<sup>(24)</sup>.

I diversi orientamenti giurisprudenziali denotano un progressivo allontanamento dalla tradizionale nozione di giudicato, oltre che la delimitazione ampia del concetto di deducibile sulla base di un elemento spurio: «(...) si legittima, in nome della penuria delle risorse economiche, il potere arbitrario del giudice di stabilirne i limiti senza essere vincolato alle richieste delle parti e senza essere legittimato da una precisa disposizione di legge»<sup>(25)</sup>.

4. – Il percorso giurisprudenziale volto all'ampliamento dell'oggetto del giudicato pare pronto anche ad affrontare un ulteriore passo: la «possibilità» di ampliare la latitudine dell'accertamento *ex art. 2909 c.c. alle c.d. domande complanari*.

Si ritrova, infatti, ripetuto – quasi come una litania – il principio giurisprudenziale, volto a fornire la definizione di domanda complanare<sup>(26)</sup> ammissibile nel corso del giudizio di primo grado, come domanda

---

perderebbe gran parte di significato se dovesse ritenersi improponibile qualunque azione per il recupero di un credito solo perché preceduta da altra, intesa al recupero di credito diverso e tuttavia riconducibile ad uno stesso rapporto di durata tra le medesime parti, a prescindere dal passaggio in giudicato della decisione sul primo credito o comunque dalla inscrivibilità della diversa pretesa creditoria successivamente azionata nel medesimo ambito oggettivo di un giudicato *in fieri* tra le stesse parti relativo al medesimo rapporto di durata».

<sup>(24)</sup> S. Boccagna, *op. cit.*, 209.

<sup>(25)</sup> G. Verde, *op. cit.*, 19.

<sup>(26)</sup> Limitandosi a ricordare le tappe più significative del percorso giurisprudenziale in tema di domande complanari deve richiamarsi, innanzitutto, l'arresto delle sezioni unite del 2014 (Cass. 11 aprile 2014, n. 8510, in *Giur. it.* 2014, 1619, con nota di E. D'Alessandro, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° comma, c.c.*; in *Contratti* 2014, 749, con nota di M. Dellacasa, *Ius variandi e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*; in *Nuova giur. civ.* 2014, I, 991, con nota di D.M. Frenda, *La Cassazione torna sui suoi passi (ma fino ad un certo punto): l'ammissibilità della domanda risarcitoria e il limite dei fatti sopravvenuti*); a fronte di una domanda di risoluzione contrattuale, proposta ai sensi dell'art. 1453, comma 2, c.c. nel corso del giudizio originariamente promosso per ottenere l'adempimento, è stata ammessa la possibilità di introdurre anche la domanda di risarcimento dei danni derivanti dalla cessazione degli effetti del

astrattamente inscrivibile nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato.

Anche da tale esperienza, emerge una tendenza sensibile alla fattiva tutela dell'interesse perseguito di fronte all'unitaria controversia dedotta in giudizio, più che ai precisi termini in cui sia stata declinata la domanda.

In particolare, le condizioni alle quali la giurisprudenza ancora il potere delle parti di variare la pretesa nel corso del giudizio di primo grado possono così essere riassunti: a) la modifica della domanda iniziale può riguardare anche gli elementi identificativi oggettivi della stessa, a condizione che essa riguardi la medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio

---

regolamento negoziale. Successivamente, nel 2015 le sezioni unite (Cass. 15 giugno 2015, n. 12310, in *Corriere giur.* 2015, 961 con nota di C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande 'complanari': ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*; in questa *Rivista* 2016, 816, con nota di E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*; in *Foro it.* 2016, I, 255, con nota di C.M. Cea, *Tra «mutatio» ed «emendatio libelli»: per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*; in *Giusto proc. civ.* 2016, 389, con nota di M. Monnini, *Le sezioni unite ammettono la «modificazione» delle domande sino alla prima memoria ex art. 183, 6° comma, c.p.c.: una spinta per la rivitalizzazione della fase orale e scritta di trattazione?*; in *Foro it.* 2015, I, 3190, con nota di A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*. Sul tema, prima dell'intervento delle sezioni unite, v. anche Id., *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: «mutatio» o «emendatio libelli»?*, in *Giusto proc. civ.* 2014, 1041; G. Guarnieri, *Contratto preliminare, contratto definitivo, e mutatio libelli*, in *Corriere giur.* 1996, 639; E. Gasbarrini, *Osservazioni in tema di modifica della domanda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1995, 1301; L. Galanti, *Sulla modifica della domanda tra accertamento e costituzione del diritto di proprietà*, in *Giusto proc. civ.* 2012, 932) hanno ritenuto ammissibile, nella memoria ex art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c. allora vigente, la modifica della iniziale domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto proposta ai sensi dell'art. 2932 c.c., in domanda di accertamento del già avvenuto effetto traslativo, sulla base del medesimo contratto qualificato come compravendita; nell'occasione, si è altresì precisato che l'attività di modificazione possa riguardare anche entrambi gli elementi identificativi sul piano oggettivo – *petitum* e *causa petendi* – purché in aderenza alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio. Ulteriormente, nel 2018 le sezioni unite (Cass. 13 settembre 2018, n. 22404, in questa *Rivista* 2019, 1300, con nota di C. Consolo, F. Godio, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*; in *Corriere giur.* 2019, 267, con nota di L. Dittrich, *Sulla successiva proposizione della domanda di arricchimento senza causa nel processo avente come domanda principale la condanna all'adempimento contrattuale*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2019, 249, con nota di E. Italia, *La modifica della domanda: dal contratto all'ingiustificato arricchimento*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 1055, con nota di M. Abbamonte, *Sulla proponibilità della domanda di arricchimento senza causa nel corso del giudizio di adempimento contrattuale: i chiarimenti delle sezioni unite*) hanno ritenuto ammissibile la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. proposta, in via subordinata, con la prima memoria di cui all'art. 183 c.p.c., nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, pur sempre con il limite dell'aderenza alla medesima vicenda sostanziale.

con l'atto introduttivo o comunque sia a questa collegata; regola, questa, ricavabile da tutte le indicazioni contenute nel codice di rito in relazione alle ipotesi di connessione a vario titolo e in particolare al rapporto di connessione per «alternatività» o «per incompatibilità»; *b*) una siffatta interpretazione risulta maggiormente rispettosa dei principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, posto che, non solo non incide negativamente sulla durata del processo nel quale la modificazione interviene, ma determina, anzi, una indubbia incidenza positiva più in generale sui tempi della giustizia, in quanto è idonea a favorire una soluzione della complessiva vicenda sostanziale ed esistenziale portata dinanzi al giudice in un unico contesto, invece di determinare la potenziale proliferazione dei processi; *c*) la concentrazione favorita da tale interpretazione risulta inoltre maggiormente rispettosa della stabilità delle decisioni giudiziarie, anche in relazione alla limitazione del rischio di giudicati contrastanti, nonché della effettività della tutela assicurata, sempre messa in pericolo da pronunce meramente formalistiche; *d*) una simile interpretazione non determina alcuna «sorpresa» per la controparte nè mortifica le sue potenzialità difensive, in quanto l'eventuale modifica avviene sempre in riferimento ed in connessione alla medesima vicenda sostanziale in relazione alla quale la parte è stata chiamata in giudizio ed a tale parte è, in ogni caso, assegnato un congruo termine per potersi difendere e controdedurre anche sul piano probatorio.

Invero, tali condizioni – dettate al fine di attribuire un potere alle parti, di favorire (non imporre) la unicità del processo e, comunque, non già di ampliare l'oggetto del giudicato ed in tal modo di determinare l'effetto preclusivo – sono state, poi, in parte specificate dalle successive pronunce della Corte.

Secondo Cass., sez. un., n. 22404 del 2018<sup>(27)</sup> la domanda «complanare» ex art. 183, comma 1, n. 6, c.p.c. non necessariamente deve sosti-

---

(27) Nella specie, entrambe le domande formulate dalla curatela (in via principale, richiesta di accertamento dell'inefficacia, ex art. 44 l. fall., di un pagamento, perché non dovuto, al fine di ottenerne la ripetizione; in subordine, nella prima memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, accertamento della sussistenza di un obbligazione contrattuale e del conseguente suo inadempimento da parte del soggetto obbligato) si riferiscono, indubbiamente, alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, intesa come unica vicenda in fatto che delinea un interesse sostanziale; sono attinenti al medesimo bene della vita (il pagamento di Euro 72.696,47), tendenzialmente inquadrabile in una pretesa di contenuto patrimoniale (benché, nell'una, come conseguenza della inefficacia di un pagamento se effettuato, e, nell'altra, come corrispettivo di una prestazione svolta); sono legate da un evidente rapporto di connessione «di incompatibilità» logica, che, ancor di più, giustifica il ricorso al *simultaneus processus*.

tuirsi alla domanda originaria, ma può ad essa cumularsi (quale domanda principale o in via vicaria), giungendo ad affermare che «in linea generale, (...) ciò che rende ammissibile la introduzione in giudizio di un diritto diverso da quello originariamente fatto valere oltre la barriera preclusiva segnata dall'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, e che, quindi, consente di distinguere la domanda che tale diritto deduce da quella riconvenzionale di cui si occupa il comma 5 del medesimo articolo (c.d. *reconventio reconventionis*), è il carattere della teleologica “complanarità”: il diritto così introdotto in giudizio deve attenere alla medesima vicenda sostanziale già dedotta, correre tra le stesse parti, tendere dopo tutto alla realizzazione, almeno in parte, salva la differenza tecnica di *petitum* mediato, dell'utilità finale già avuta di mira dalla parte con la sua iniziativa giudiziale e dunque risultare incompatibile con il diritto originariamente dedotto in giudizio»<sup>(28)</sup>.

Il principio astratto che emerge da tale arresto consiste essenzialmente nella elasticità estrema dello *jus variandi*, disancorato dal rigoroso rispetto dei criteri di identificazione della domanda e collegato piuttosto all'identità sostanziale della vicenda<sup>(29)</sup>, che però nell'ipotesi delle domande complanari non è un risultato scontato.

Il riconosciuto rapporto di esclusione reciproco tra diritti, che è astrattamente riscontrabile nelle domande complanari, pur giustificato dal criterio della simultaneità, non può condurre a riportare nell'alveo della mera *emendatio libelli* (e, quindi, nel perimetro dell'accertamento preclusivo di cui discorre l'art. 2909 c.c.) il nuovo e diverso diritto (come nel caso esaminato dalla Corte nel 2015 del passaggio dalla domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre *ex art. 2932 c.c.* alla domanda di accertamento dell'effetto traslativo del contratto definitivo); il criterio della simultaneità non è cioè decisivo: «sul piano del processo i diritti si affacciano in chiave di ipoteticità sicché stabilire se le diverse ipotetiche affermazioni vadano assunte in termini di unicità o pluralità dei *thema decidendum* non può di per sé dipendere dal fatto che, secondo il diritto sostanziale, uno solo sia il diritto effettivamente spettante. Ciò che conta, sul piano processuale, è piuttosto se le ipotetiche affermazioni corrispon-

---

(28) Così anche Cass. 7 settembre 2020, n. 18546 che ha ritenuto ammissibile la domanda subordinata di adempimento contrattuale proposta nella prima memoria del previgente art. 183, comma 6, c.p.c. rispetto alla iniziale pretesa di declaratoria di inefficacia, *ex art. 44 1. fall.*, del pagamento di complessivi € 72.696,47.

(29) Sul punto si v. G. Olivieri, *La mutatio e l'emendatio libelli in tema di responsabilità*, in *Giusto proc. civ.* 2021, 615 ss. (in particolare, 619); C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande complanari ammissibili in primo grado (ancorché chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corriere giur.* 2015, 969.

dano a diritti diversi (anche se non suscettibili di coesistenza per il diritto sostanziale) in ragione della diversità dell'utilità giuridica assicurata dall'applicazione dell'una o dell'altra fattispecie legale e dunque del bene giuridico che la domanda mette in gioco nella lite»<sup>(30)</sup>.

Non sempre, infatti, alla pluralità di diritti da un punto di vista sostanziale (e di domande, nell'ottica processuale) conseguono le stesse utilità giuridiche: volendo, infatti, richiamare la fattispecie concreta che ha segnato la tappa verso l'ammissibilità della domanda complanare in primo grado, la costituzione degli effetti del contratto definitivo è cosa diversa rispetto all'accertamento dell'effetto traslativo. Tale conclusione, del resto, è ben sottolineata dalla stessa Cassazione: «non si tratta della diversa qualificazione giuridica dello stesso fatto, ma dell'accertamento di due fatti diversi (la comune intenzione dei contraenti indirizzata, nella prima ipotesi, ad un contratto ad effetti obbligatori, nell'altra ad un contratto ad effetti reali), accertamento eventualmente non limitato alla mera interpretazione della scrittura privata ma esteso alla valutazione del comportamento complessivo dei contraenti *ex art. 1362 c.c.*; (...) risulta altresì diverso soprattutto il *petitum*, non solo se inteso come provvedimento richiesto (una sentenza costitutiva nel primo caso ed una sentenza di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo nell'altro), ma anche se inteso come *petitum* sostanziale, ossia il bene della vita conteso, posto che quando si discute tra compravendita immobiliare e corrispondente preliminare quasi mai quel che è oggetto di controversia tra le parti è l'esistenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento dell'immobile, essendo invece in contestazione il momento in cui il suddetto trasferimento è avvenuto o deve avvenire, con la conseguenza che il "bene" della vita conteso finisce per essere non l'immobile bensì proprio il "tempo" (meglio, il diverso momento in cui avviene, nelle due ipotesi, il trasferimento), e ciò, come è intuibile, in relazione ad una serie di accadimenti inducenti effetti spesso di consistente rilievo economico (e non solo), basti pensare, tra i molti, al perimento della cosa, alle conseguenze – anche penali – della rovina di edifici, all'intervento del fallimento di uno dei contraenti, al godimento da parte di uno dei predetti (ovvero all'aspettativa di godimento ed alla necessità di porsi in condizione di fruirne) delle agevolazioni fiscali relative alla c.d. "prima casa", al momento di deliberazione di eventuali spese condominiali».

Eppure, la tappa successiva che questa tendenza giurisprudenziale mira a giustificare risiede in un passaggio motivazionale di una pronuncia

---

<sup>(30)</sup> E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli*, cit., 823.

della seconda sezione civile della Cassazione<sup>(31)</sup>: duplicazione inammissibile di tutele giurisdizionali possono riferirsi «non soltanto al caso (...) del creditore (asseritamente) titolare di distinte pretese creditorie ma riconducibili a distinti (ma simili) fatti costitutivi che si sono verificati nell'ambito del medesimo rapporto contrattuale, come quello di lavoro subordinato, che ne abbia disciplinato il compimento (le prestazioni lavorative) e gli effetti (il credito alle conseguenti retribuzioni), ma anche al caso in cui le pretese creditorie separatamente azionate siano riconducibili a fatti costitutivi storicamente distinti che si sono verificati nel contesto di un rapporto di durata tra le parti che non ha avuto origine nella stipulazione di un contratto che ne regolasse gli effetti».

In tal modo la Corte richiama una nuova nozione di collegamento tra diritti idonea a determinare una pericolosa preclusione; nozione ignota al legislatore (sostanziale e processuale), quella di crediti eguali, sussistendo le seguenti condizioni: diritti inscrivibili nell'ambito dello stesso rapporto «di fatto» tra le medesime parti; pretese distinte sul piano giuridico ma concernenti la medesima vicenda «esistenziale» e «sostanziale» sia pur connotata da aspetti in parte dissimili; interesse sostanziale del creditore (astrattamente) tutelabile anche in via unitaria.

L'astratta inscrivibilità della domanda complanare nell'ambito del medesimo giudicato non necessariamente significa sua concreta inclusione, ancor di più se si considera che la stessa giurisprudenza della Corte comunque qualifica (correttamente) quale domanda nuova – anche ai fini

---

<sup>(31)</sup> Cass. 8 settembre 2021, n. 24172. Invero la decisione va contestualizzata, perché pare rappresentare l'espressione di un atteggiamento difensivo rispetto ad una insostenibile richiesta di contemporanea proposizione di più domande avanzate dal creditore nei confronti del medesimo debitore, in un caso di conferimento al professionista di una pluralità di incarichi diversi facenti capo a distinti rapporti contrattuali. In particolare, la vicenda è relativa all'emissione, nei confronti di una società, di trentotto decreti ingiuntivi, fondati su identici atti di riconoscimento di debito, per il pagamento di numerosi incarichi professionali di assistenza legale (giudiziale e stragiudiziale), basati su distinte procure alle liti, conferiti nel corso degli anni ad un avvocato. La società si opponeva ad uno dei decreti e, contro il provvedimento di rigetto dell'opposizione, proponeva appello, annoverando, tra i vari motivi di impugnazione, l'illegittima parcellizzazione del credito da parte dell'opposto, poiché, secondo la ricostruzione da lei prospettata, tra la stessa e il professionista intercorrevano un rapporto di durata di consulenza ed assistenza legale, da cui discendeva un unico credito. Il giudice dell'appello rigettava la domanda della parte attrice e rilevava l'autonomia di ogni singolo incarico difensivo, sottolineando che tra l'avvocato e la società si fossero succeduti negli anni rapporti contrattuali diversi, suscettibili di essere azionati separatamente in giudizio. Contro tale decisione, la società proponeva ricorso in cassazione e, con il primo motivo deduceva che la frammentazione della pretesa creditoria non corrispondeva ad alcun interesse apprezzabile del creditore, anzi integrava gli estremi di una condotta abusiva.

dell'art. 345 c.p.c.<sup>(32)</sup> – la medesima complanare<sup>(33)</sup>: invero, la complanare è domanda nuova assimilata, ai soli fini dell'art. 183 c.p.c., alle modificazioni consentite in primo grado<sup>(34)</sup>.

Tale circostanza risulta trascurata da quella giurisprudenza<sup>(35)</sup> che – seppure in diverse fattispecie – pone un collegamento necessario tra pre-

<sup>(32)</sup> Di recente Cass. 18 agosto 2023, n. 24819, ove la Corte precisa che «si ha domanda nuova per modificazione della “*causa petendi*” anche quando sia diverso il titolo giuridico della pretesa, essendo impostato su presupposti di fatto e su situazioni giuridiche diverse da quelle prospettate in primo grado, e ciò perché non va confuso il fatto storico, inteso come avvenimento umano o fattuale intervenuto nella vicenda oggetto di causa, con il fatto giuridico costitutivo, che è invece il fondamento della pretesa creditoria, occorrendo avere unicamente riguardo a quest'ultimo al fine di riscontrare se vi sia stato o meno mutamento della domanda. Nei, d'altra parte, può essere richiamato (...) l'arresto delle Sezioni Unite sulla c.d. “domanda complanare” (...) giacché esso riguarda la modifica della domanda operata in primo grado, rimanendovi estraneo il tema del divieto di “*nova*” ex art. 345 c.p.c.». *Contra* Cass. 12 novembre 2015, n. 23131 (che, all'indomani della pronuncia del 2015, qualifica la domanda complanare come mera *emendatio* e, pertanto, ammissibile in grado di appello). Come osservato da G. Olivieri, *op. cit.*, 621, in tema di responsabilità aquiliana (e del rapporto tra gli artt. 2047-2054 c.c.) ove la richiesta risarcitoria basata su una responsabilità speciale esclude quella generale (e viceversa), soddisfacendo così la condizione delle complanari ammissibili in primo grado, «la soluzione accolta per il primo grado lascia però aperto (...) il quesito volto a stabilire se il mutamento del fatto costitutivo (...) debba essere considerato domanda nuova (o semplice modificazione) agli effetti dell'art. 345, 1° comma, c.p.c.». non realizzandosi un mero concorso di norme, ma semmai un concorso di diritti «in difetto della tempestiva allegazione del nuovo fatto costitutivo, la richiesta non potrà essere fatta valere in appello, infrangendosi contro il divieto di nuove domande».

<sup>(33)</sup> Per la qualificazione come domanda nuova si v. C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande complanari ammissibili in primo grado (ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno)*, in *Corriere giur.* 2015, 969 ss. Nel senso opposto (modificazione della domanda) A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.* 2015, 3194 ss. e, in precedenza, M.C. Giorgetti, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, Torino 2008, 120 ss.; L. Galanti, *Sulla modifica della domanda tra mero accertamento e costituzione della proprietà*, in *Giusto proc. civ.* 2012, 947.

<sup>(34)</sup> Secondo G. Olivieri, *op. cit.*, 628 il principio enunciato dalla Cassazione del 2015 conduce a qualificare le domande complanari come categoria intermedia tra quelle modificate e quelle nuove: la diversità di fattispecie comporta l'inammissibilità in appello e, ove non proposte l'esclusione dall'ambito oggettivo del giudicato.

<sup>(35)</sup> Trib. Torino 29 gennaio 2021, n. 427, in *Giur. it.* 2022, 1636, con nota critica di M. Stella, *Nuova azione di responsabilità per fatti lesivi diversi e preclusione del deducibile*. Trattasi di un caso di responsabilità ex art. 2476 c.c. degli amministratori della società per inosservanza dei doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo nell'amministrazione dell'ente: nell'ambito del secondo processo, la società attrice faceva valere, nei confronti dell'amministratore convenuto, fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli posti a fondamento della domanda proposta nell'ambito del primo giudizio conclusosi con sentenza passata in giudicato, ancorché verificatisi, sul piano temporale, in epoca antecedente rispetto al primo (si trattava, tra l'altro, del pagamento non dovuto di ulteriori (sei) fatture a favore di altra società). L'autorevole opinione dottrinale alla quale fa riferimento il provvedimento citato nel testo è di A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, 78 ss.

clusione del giudicato e potere della parte di emendare l'iniziale pretesa nei limiti temporali del previgente art. 183 c.p.c.: «secondo il più autorevole pensiero, il principio di preclusione che connota il processo civile (unitamente ai principi di concentrazione, di economia del giudizio e di tendenziale divieto di frazionamento) non ha una valenza puramente endoprocessuale, ma assume, invece, rilevanza esterna (extraprocessuale) inerendo alla consumazione del diritto di azione e rendendo, di conseguenza, inammissibili in un diverso e successivo processo le domande che si sarebbero potute proporre, ma non lo sono state (risultando, così, precluse), nel precedente procedimento. La dottrina più attenta ha (condivisibilmente) ritenuto di individuare la regola di sistema del necessario coordinamento tra il principio del giudicato e quello di preclusione processuale nel senso che occorre adottare lo stesso criterio sia per individuare le ipotesi in cui le nuove allegazioni costituiscono una (semplice) *emendatio libelli* (come tale, ammissibile in corso di causa entro i termini preclusivi ex art.183, 6 c., c.p.c.) sia per individuare i limiti oggettivi del giudicato. Adottare criteri (diversi e) più restrittivi per l'ammissibilità delle nuove allegazioni in corso di causa e criteri più lati per i limiti oggettivi del giudicato, infatti, porterebbe (come spiega, appunto, l'autorevole opinione) all'inaccettabile risultato che certi fatti non sarebbero deducibili in giudizio e tuttavia resterebbero preclusi dal giudicato. Ne discende, di conseguenza, che la fattispecie che si sarebbe potuta allegare quale *emendatio libelli* nel giudizio entro i termini perentori normativamente stabiliti, e non lo è stata, non può essere proposta quale domanda in un successivo giudizio (aggirando le preclusioni maturate nel precedente) poiché soggetta al principio di preclusione e coperta dal giudicato del precedente procedimento»<sup>(36)</sup>.

Proprio la qualificazione della complanare come domanda nuova e diversa (seppure collegata da un punto di vista della vicenda sostanziale e fattuale) rispetto a quella originaria, assieme alla constatazione che la stessa giurisprudenza di legittimità del 2015 ha inteso attribuire un potere alla parte più che stabilire un onere<sup>(37)</sup>, rappresentano ragioni sufficienti

---

<sup>(36)</sup> La prospettiva, invece, adottata dalla più recente giurisprudenza pare somigliare a quella rintracciabile nell'art. 81, comma 2, c.p., ovvero quella della pluralità di azioni o omissioni di un medesimo disegno criminoso. Come osservato da M. Stella, *op. cit.*, 1641 «non è dato tuttavia traslare nella dinamica del processo civile, caratterizzato dal principio della domanda, questo tipo di ragionamento sussuntivo, che tributa centralità all'elemento soggettivo, preordinato alla mitigazione della sanzione penale. Ai fini civilistici, ciascun atto solutorio indebito configura un distinto illecito dannoso ed espone l'autore all'obbligo di risarcimento».

<sup>(37)</sup> L'inadempimento dell'onere processuale implicherebbe quindi la preclusione. Su la

per contrastare una diversa soluzione ed una illimitata espansione dell'oggetto del giudicato.

Rimane comunque la consapevolezza di un cambio di rotta della giurisprudenza: lontani i tempi del principio dispositivo, di una tutela giurisdizionale ancorata al potere delle parti di rimettere alla decisione del giudice la frazione in contestazione relativa ad una situazione sostanziale più ampia e complessa, oggi si fa strada il concetto di meritevolezza di tutela, di esaltazione dei poteri del giudice e anche di conseguente ampliamento dell'accertamento idoneo al giudicato e con il valore (esterno al processo) dell'impiego delle risorse limitate nel senso della ottimizzazione del sistema. In quest'ottica richiamando una esigenza extra processuale si riesce a giustificare che l'accertamento contenuto nel provvedimento passato in giudicato sia non solo infrazionabile, tenuto conto dell'unico diritto di credito oggetto di tutela giurisdizionale, ma anche che esso sia idoneo a coprire domande connesse (in senso a-tecnico) ma diverse se mirano alla medesima utilità intesa in senso lato, come avviene per le domande c.d. complanari<sup>(38)</sup>. Si è, cioè, pronti per una nuova frontiera dell'accertamento del giudicato e della preclusione per il deducibile: essa può essere riferita non più (non solo) alle questioni, né al solo diritto sostanziale veicolato nella sua interezza tramite il *petitum* indicato dalle parti. È, probabilmente, iniziata l'era di confrontare l'oggetto del processo e, quindi, del giudicato con elementi ad esso esterni, fino ad arrivare alla situazione fattuale.

In tal modo, però, il potere delle parti di dedurre in giudizio la pretesa «variata» muta in onere nonostante l'assenza di una esplicita previsione legislativa, pena la formazione del giudicato sul deducibile, nozione che è idonea ad acquistare un nuovo significato ed una più ampia latitudine<sup>(39)</sup>.

---

nozione di preclusione v. A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale: atti del Convegno*, Teramo 2011, a cura di L. Marafioti e R. Del Coco, 9 ss., il quale sottolinea un collegamento tra il principio di preclusione, l'autoresponsabilità delle parti e loro dovere di collaborazione alla ragionevole durata del processo. In particolare, osserva l'A. (26 ss.) che «siccome la preclusione determina la consumazione di una facoltà, potere, onere processuale delle parti, è necessario che la sua previsione emerga in modo esplicito», tenuto conto del disposto dell'art. 152 c.p.c., con il limite del c.d. giudicato interno e salvaguardando la posizione paritaria fra le parti.

<sup>(38)</sup> In questa direzione anche S. Menchini, *Diritto processuale civile*, Torino 2023, vol. 1, 234 s., il quale – pur ammettendo che in ipotesi di domande complanari si è in presenza di diritti diversi – afferma che «unico è l'interesse perseguito (...) e unica è la vicenda esistenziale, sulla quale il giudice è chiamato a pronunciare (...)».

<sup>(39)</sup> Di latitudine dell'oggetto del giudicato discorre autorevolmente C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 215 ss.

Non più (e non solo) irretrattabilità dell'intero rapporto, bensì vincolo sulle domande (nuove) connesse (anche in senso meta giuridico), seppure non avanzate in giudizio e non oggetto di espresso contraddittorio tra le parti.

La deriva intrapresa può portare ad una nuova concezione dell'oggetto del giudicato, più vicina a quella accolta dai sistemi anglosassoni e, in particolare dall'ordinamento nordamericano<sup>(40)</sup>, ove il potere della parte di incidere sull'oggetto del processo e del giudicato è talvolta descritto come onere tale per cui il suo mancato esercizio produce inevitabilmente l'effetto di consunzione dell'azione<sup>(41)</sup>, fino ad arrivare a comprendere nell'alveo dell'oggetto del giudicato anche il potere della parte di proporre la domanda riconvenzionale<sup>(42)</sup> <sup>(43)</sup>.

<sup>(40)</sup> Sull'ordinamento nordamericano S. Dalla Bontà, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli 2018; D. Volpino, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova 2007. In particolare quest'ultimo A. (161), pur considerando le profonde differenze concettuali del sistema non solo geograficamente lontano dal nostro, fa riferimento alle elaborazioni nord americane relative ai contorni dell'oggetto del giudicato tra di loro variegata ed eterogenea che hanno spinto verso un sistema regolato da norme (*Federal Rules of Civil Procedure*) volte a semplificare la fase introduttiva del processo, «garantendone uno svolgimento improntato sì all'ordine, ma anche all'elasticità e alla duttilità»: la progressiva individuazione del *thema decidendum*, libera da schemi preclusivi rigidi degli atti introduttivi, ha consentito anche una collaborativa estensione dell'oggetto del giudicato. Il c.d. *transactional approach*, nel bilanciamento tra efficienza e *fairness* processuale, ha cioè portato a considerare inclusi nella nozione di *res judicata* non solo i fatti storici effettivamente allegati dalle parti ma «tutte le circostanze che, quantunque non allegate, appaiono idealmente idonee a concorrere all'integrazione della fattispecie sostanziale» (*natural grouping of operative facts*, solo parzialmente assimilabile all'essenza del nostro principio della forza preclusiva del giudicato estesa al dedotto e del deducibile).

<sup>(41)</sup> Con riferimento alle ipotesi di cumulo di domande e, più nello specifico, alle ipotesi di concorso di diritti, ovvero ai casi di coesistenza, sul piano sostanziale, di situazioni soggettive fondate su norme diverse ma intercorrenti tra le stesse parti e relative alla medesima prestazione, l'impiego del *transactional approach* porta a ritenere la sussistenza di un singolo *claim* da azionare in un unico processo (salva l'ipotesi nascente dal riparto di giurisdizione federale e statale (*amplius* D. Volpino, *op. cit.*, 263 ss.).

<sup>(42)</sup> Il sistema nordamericano si spinge oltre la soglia interpretativa (pure ampia) in punto di oggetto del giudicato. Con riguardo al *counterclaim* istituito assimilabile alla domanda riconvenzionale la disciplina statunitense promuove l'operare della *claim preclusion* laddove il convenuto si sia limitato a dedurre circostanze di fatto solo al fine di ottenere il rigetto della domanda attorea, cioè in via di eccezione (e non abbia anche promosso la relativa riconvenzionale), nonché nel caso in cui egli abbia ommesso di avanzare la *counterclaim* nella causa originaria: in quest'ultima ipotesi è cioè precluso al convenuto di proporre autonoma domanda in via principale, ogniqualvolta «il suo eventuale accoglimento produrrebbe l'effetto di porre nel nulla (*nullify*) la decisione che ha definito il primo processo, sovvertendone il contenuto e privando del pieno godimento dell'utilità ivi conseguita la parte da essa dichiarata vincitrice». Così D. Volpino, *op. cit.*, 267 ss.

<sup>(43)</sup> Seppure andrebbe considerata la differente posizione tra colui che esercita l'azio-

Il risultato pratico cui giunge la opposta soluzione, volta ad inglobare nella nozione di accertamento idoneo al giudicato la domanda complanare non proposta, è paradossale: all'attore, che ha infondatamente agito per far valere il diritto potestativo *ex art. 2932 c.c.* e non ha fatto uso del mero potere di variazione della domanda introduttiva, sarebbe infatti precluso in un secondo giudizio l'esercizio dell'azione volta all'accertamento del diritto alternativo<sup>(44)</sup> (che, comunque, tecnicamente è domanda nuova).

La portata precettiva dell'art. 111 Cost., come è stato sottolineato dalla Corte di cassazione<sup>(45)</sup>, al pari del principio della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni in senso lato, è funzionale ad una concezione del processo che trae linfa applicativa proprio nel valore di giustizia della decisione, che non può (e non deve) essere abbandonato.

L'attuale assetto del sistema processuale è chiaro e, ancora oggi, porta a ritenere immanente la corrispondenza tendenziale tra oggetto della domanda, oggetto del processo ed oggetto del giudicato: la domanda connessa è nuova e diversa da quella già oggetto del processo; essa è ancora proponibile in via autonoma; il sistema preclusivo rigido comunque presuppone il principio della domanda, quello strettamente correlato di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nel pieno rispetto del principio del contraddittorio. Tali dati ostacolano la dilatazione eccessiva del perimetro dell'art. 2909 citato, nonostante il valore guida dell'esegeta (la consonanza interpretativa) deponga oggi per evitare, laddove possibile, l'insulto di un agire in giudizio ulteriore (contrastabile con altre misure sanzionatorie all'interno del processo).

---

ne, già utilizzando la leva del potere pubblico ed il convenuto, al quale è invece data la *chance* di evitare la apertura di un nuovo giudizio per la tutela del suo diritto.

<sup>(44)</sup> Ritiene A. Motto, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, in *Giusto proc. civ.* 2014, 1069 ss., spec. 1074, che pur trattandosi di mera *emendatio* (aderendo all'impostazione secondo cui la ricostruzione dell'oggetto del processo prescinde dalla natura dell'azione e si aggancia al bene della vita su cui incidono gli effetti della pronuncia), il rigetto della domanda costitutiva *ex art. 2932 c.c.* non precluderebbe in linea di principio l'azione di accertamento (e viceversa), pur se «occorre guardare alla ragione posta dal giudice a fondamento della decisione: la riproposizione della domanda è ammessa, nella misura in cui, alla stregua del motivo di rigetto, sia consentita la reiterazione dell'iniziativa giurisdizionale, con la quale è richiesta la tutela non domandata in precedenza per lo stesso bene della vita».

<sup>(45)</sup> Cass. 7 maggio 2013, n. 10531, in *Foro it.* 2013, 3515, con nota di R. Oriani, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*

MARCELLO GABOARDI

Professore associato nell'Università Bocconi

## **PREGIUDIZIALITÀ E SOSPENSIONE DEL PROCESSO: DAL GIUDICATO ALLA SENTENZA DI PRIMO GRADO**

SOMMARIO: 1. La sospensione del processo sulla causa dipendente: la giurisprudenza e la visione efficientista del processo civile. – 2. Sospensione necessaria per pregiudizialità tecnica (art. 295 c.p.c.) e sospensione facoltativa per invocazione dell'autorità di una sentenza impugnata (art. 337, comma 2, c.p.c.). – 3. La sentenza di primo grado tra provvisorietà dell'efficacia (esecutiva) e condizionamento logico-giuridico anche in un diverso processo. – 4. Conclusione: dall'immutabilità del giudicato alla valutazione prognostica della sentenza di primo grado.

1. – Ogni qualvolta la decisione su una causa pregiudiziale si venga ad intersecare con la pendenza di un processo su una causa dipendente, l'interprete che non voglia spendersi in tenaci resistenze dottrinali, è ormai costretto a riconoscere che, anche sotto questo peculiare profilo, il giudicato e la sua propensione a garantire una certezza ai rapporti giuridici rimangono, per così dire, confinati entro un ambito sempre più ristretto e sono sostituiti da strumenti alternativi come l'efficacia provvisoria della sentenza di primo grado o l'effetto espansivo esterno al provvedimento reso in un autonomo procedimento.

Questo è, infatti, quanto può desumersi dall'insegnamento ormai costante della giurisprudenza di legittimità, i cui interventi hanno ridotto l'ambito di applicazione della sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.* ai soli casi in cui sia la legge ad imporre l'arresto del processo sulla causa pregiudicata prevedendo che la sospensione permanga fino a quando si viene a costituire l'efficacia del giudicato sulla decisione della causa pregiudicante<sup>(1)</sup>; in ogni altro caso in cui quest'ultima decisione possa ancora essere rivista in sede impugnatoria, l'efficacia che l'art. 282 c.p.c. assegna

---

(1) L'evoluzione giurisprudenziale sul punto ha trovato un suo componimento, avvertato in parte della dottrina, in Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, in *Foro it.* 2022, I, 694 ss., con cui è stato completato, non senza qualche aggiustamento, il percorso ermeneutico avviato, poco meno di un decennio prima, da Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, *ivi* 2014, I, 936 ss.

all'accertamento giudiziario di primo grado sarebbe sufficiente, secondo questo stesso indirizzo interpretativo, ad escludere la necessità di sospendere il processo dipendente fino al passaggio in giudicato di quella decisione, riservando semmai all'organo giudiziario una mera facoltà sospensiva ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c. ogni qualvolta la sentenza impugnata sia, appunto, invocata nel processo dipendente<sup>(2)</sup>.

D'altra parte, un'ulteriore osservazione conchiude il ragionamento della giurisprudenza. Se il giudice della causa dipendente, non avendo ritenuto opportuno sospendere il procedimento innanzi a sé pendente per aver confidato nella correttezza della pronuncia impugnata, abbia reso una sentenza che, pur essendo coerente (nel momento in cui è stata resa) con la pronuncia impugnata, si riveli poi in contraddizione con la sopravvenuta decisione sull'impugnazione relativa alla causa pregiudiziale, l'applicazione *in parte qua* dell'effetto espansivo esterno *ex art. 336, comma 2, c.p.c.* sarebbe sufficiente a preservare la coerenza delle decisioni, seppure a discapito della sentenza resa anticipatamente sulla causa dipendente<sup>(3)</sup>. Il che, a ben vedere, finisce però per creare una sorta di cortocircuito logico rispetto alla centralità che, secondo l'interpretazione datane dalla stessa giurisprudenza di legittimità, assumerebbe proprio l'art. 282 c.p.c.: l'applicazione dell'effetto espansivo esterno, infatti, obbliga a riconoscere che la fiducia risposta dal giudice della causa dipendente nell'efficacia della sentenza di primo grado sulla vicenda pregiudiziale – fino al punto di conformare a quel *decisum* provvisorio la propria statuizione sulla causa dipendente, senza sospenderne il procedimento *ex art. 337, comma 2, c.p.c.* – è stata una fiducia ... mal riposta, poiché quell'efficacia provvisoria (anticipata, appunto, rispetto al giudicato) viene ad essere travolta dalla riforma in sede impugnatoria dell'altra sentenza.

Ma prima di esaminare a fondo la struttura di questa impostazione ermeneutica e i suoi riflessi sul modo d'interpretare la funzione del giudicato, è opportuno evidenziare *in apicibus* come l'assetto creato dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alle vicende sospensive del processo civile sia espressione, per così dire, di una tendenza ermeneutica efficienti-

---

(2) La valorizzazione dell'art. 282 c.p.c., nel contesto normativo risultante dalla novella del 1990, e il conseguente ampliamento dell'area della sospensione *ex art. 337, comma 2, c.p.c.* ha trovato il suo pieno riconoscimento in Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, cit., ed è stato accolto da una parte della successiva giurisprudenza, incline soprattutto a condividere la lettura estensiva dell'art. 337, comma 2, c.p.c. (v., *ex multis*, Cass. 18 marzo 2014, n. 6207; Cass. 3 novembre 2017, n. 26251; Cass. 4 gennaio 2019, n. 80).

(3) Anche questo punto ha trovato recepimento negli arresti più recenti della giurisprudenza di legittimità (v. *supra* la nota 1), ma se ne è evidenziata l'importanza specialmente in Cass. 16 marzo 2016, n. 5229.

sta, ispirata soprattutto dal canone costituzionale della ragionevole durata del processo, con cui sono state reinterpretate e profondamente innovate numerose regole della giurisdizione civile<sup>(4)</sup>.

In tema di giudicato, costituisce un'espressione di questa tendenza interpretativa, ad esempio, la teoria del giudicato implicito sulla giurisdizione: una teoria, questa, che può applicarsi astrattamente a molte altre situazioni incidentali (attinenti al processo e) contraddistinte, come quella concernente il difetto relativo di giurisdizione, da un ampio regime di rilevabilità (anche officioso) in ogni stato e grado del processo. Ebbene, come noto, questa teoria predica la preclusione del potere di ricorrere per cassazione, in forza di motivi attinenti alla giurisdizione, quando il gravame contro la sentenza del giudice di prime cure si sia limitato alla censura dei soli profili di merito della decisione (o, comunque, anche di profili processuali, ma diversi da quello attinente alla giurisdizione)<sup>(5)</sup>. Nella prospettiva della giurisprudenza di legittimità, una tale preclusione finisce per sanzionare il comportamento della parte che non sia stata in grado di rintracciare nella sentenza di merito ciò che essa non ha detto espressamente, ma ha dato soltanto per presupposto: in altre parole, il capo implicito sulla giurisdizione, di cui si rende inevitabile l'impugnazione quando la parte ne vuole prevenire il passaggio in giudicato. Ne consegue che, in questa prospettiva, vengono ad essere ampiamente ridimensionate le implicazioni legate al fatto che su una tale questione non vi sia mai stato contraddittorio tra le parti, né pronuncia espressa da parte del giudice e, soprattutto, che l'art. 37 c.p.c. consenta espressamente la censura del difetto relativo di giurisdizione in ogni stato e grado del processo<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> Hanno manifestato il «disfavore verso il fenomeno sospensivo in quanto tale, espresso dal legislatore, con la riforma del 1990», Corte cost. 31 maggio 1996, n. 182, in *Foro it.* 1997, I, 1023 ss., e Corte cost. 12 aprile 2005, n. 132, in *Giust. civ.* 2005, 1167 ss.; v. anche Cass. 16 dicembre 2009, n. 26435, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 1699. In dottrina v., in generale, A. Proto Pisani, *Pregiudizialità e ragionevole durata dei processi civili*, in *Foro it.* 1981, I, 1035 ss. e, con particolare riguardo al tema della sospensione del processo, L. Di Cola, *La sospensione necessaria e principio della ragionevole durata del processo*, in *Giur. it.* 2022, 1129 ss.

<sup>(5)</sup> La teoria del giudicato implicito sulla giurisdizione trova la sua principale espressione in Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in questa *Rivista* 2009, 1071 ss., ma è stata successivamente ripresa ed ampliata, sulla scorta della giurisprudenza unionale, in un ambito più esteso, da Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Foro it.* 2023, I, 1452 ss.

<sup>(6)</sup> Come noto, la teoria del giudicato implicito sulla giurisdizione è stata, infine, recepita dal d.lgs. n. 149/2022, che ha espressamente limitato al «giudizio di primo grado» la rilevabilità, anche d'ufficio, del difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali. La riforma ha stabilito, poi, inutilmente che, nei giudizi impugnatori, tale difetto può essere rilevato «solo se oggetto di specifico motivo»: orbene, se il vizio processuale può essere fatto valere solo nel corso del giudizio di

Un atteggiamento non molto dissimile è quello che, come accennato, la giurisprudenza di legittimità ha assunto anche sul tema che qui interessa, che è appunto quello dei rapporti tra sospensione necessaria e sospensione discrezionale del processo. L'atteggiamento efficientista, improntato sempre al perseguimento d'una ragionevole durata del processo<sup>(7)</sup>, si è espresso in questa materia mediante l'adozione di un'impostazione ermeneutica che appare, per così dire, meno preoccupata dal rischio di decisioni (e giudicati) contrastanti di quanto non avvenisse in passato. Beninteso: vi è sempre stata una certa naturale resistenza verso un utilizzo incontrollato dello strumento sospensivo, ancorché in rapporto a vicende processuali che fossero relative a situazioni soggettive dipendenti<sup>(8)</sup>; nondimeno, se è vero che la sospensione è annoverata tradizionalmente tra le vicende anomale del processo in quanto ne implica un arresto che contraddice la stessa natura procedimentale del processo<sup>(9)</sup>, non è meno vero che l'accentuazione del ruolo dell'art. 282 c.p.c., da cui – come si dirà – la giurisprudenza finisce per trarre una sorta di presunzione di correttezza del *decisum* di primo grado, e la correlata compressione della sospensione necessaria entro i soli casi in cui sia richiesta la decisione con efficacia di giudicato sulla causa pregiudiziale hanno finito per sacrificare, in nome dell'efficienza del processo, sia il valore della correttezza della sentenza (che è preservato, tuttavia, dal potere di ottenere una revisione del provvedimento in sede impugnatoria) sia il valore delle coerenza logico-giuridica delle decisioni. Infatti, ogni qualvolta la decisione della causa pregiudiziale non esige *ex lege* la pronuncia con efficacia di giudicato, tale ultimo valore può essere salvaguardato – in base alla prospettiva delineata dalla giurisprudenza di legittimità – da ciò che potrebbe qualificarsi come la

---

primo grado, non v'è dubbio che la sua rilevabilità (su istanza di parte o d'ufficio è, per ciò stesso, preclusa in sede impugnatoria, laddove la questione di giurisdizione può essere riproposta soltanto per il tramite di un motivo di impugnazione sul capo esplicito o implicito della sentenza, a seconda che in primo grado la questione sia stata o meno rilevata.

<sup>(7)</sup> Sul punto v. M. Bove, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli 2010, 123.

<sup>(8)</sup> Oltre ai richiami svolti *supra* alla nota 4, v. recentemente C. Cavallini, *La ragionevole durata del processo*, in questa *Rivista* 2021, 825 ss.

<sup>(9)</sup> Il richiamo alla natura procedimentale del processo allude al carattere progressivo (*procedere*) che contraddistingue la concatenazione degli atti processuali e che emerge, in particolare, dalla predeterminazione *ex lege* dei loro effetti: un carattere, questo, con cui contrasta logicamente ogni fenomeno che, come la sospensione del processo, ne determina un arresto. In generale, v. E. Redenti, voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 124 ss. e V. Denti, voce *Procedimento civile (atti del)*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino 1996, 554 ss.; in rapporto alla natura anomala della sospensione, v. S. Menchini, (voce) *Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, 36 ss.

sensibilità del giudice della causa dependente<sup>(10)</sup>, il quale, nei casi in cui ritenga, con valutazione discrezionale e prognostica, che il *decisum* di primo grado non possa resistere alle critiche dell'impugnazione proposta (e sarà, pertanto, riformato in appello), può convincersi a sospendere il processo dinanzi a sé pendente *ex art. 337*, comma 2, c.p.c. tutte le volte in cui l'autorità della sentenza impugnata vi sia invocata dalla parte.

Allorché, poi, la prognosi del giudice della causa dependente si riveli sbagliata, le conseguenze negative della scelta di non sospendere il processo – conseguenze, queste, che si misurano, appunto, sul piano della contraddittorietà logico-giuridica tra l'esito del giudizio impugnatorio sulla causa pregiudiziale e quello del processo sulla causa dependente (non sospesa) – sono sanate automaticamente dall'applicazione dell'effetto espansivo esterno, che impone la prevalenza sulla causa pregiudiziale della decisione resa dal giudice dell'impugnazione. Vero è però che, come si vedrà meglio nel prosieguo, questa regola opera la riforma o l'annullamento della sentenza sulla causa dependente non impugnata in ragione di un automatismo che è reso necessario dal rispetto della relazione logica esistente tra causa pregiudiziale e causa dependente<sup>(11)</sup>; nondimeno, è innegabile che il coordinamento così ottenuto tra gli esiti dei due processi – reso necessario dall'ossequio verso l'efficacia provvisoria della sentenza di primo grado relativa alla causa pregiudiziale – finisce per negare ogni possibile efficacia alla sentenza di primo grado relativa alla causa dependente che, pur dichiarando l'esistenza della situazione dependente, viene travolta *ex lege* dall'accoglimento dell'impugnazione sulla causa pregiudiziale.

Questo complesso meccanismo, risultante dalla combinazione degli artt. 282, 336, comma 2 e 337, comma 2, c.p.c., erode spazio, dunque, alla sospensione necessaria del processo e, in definitiva, allo stesso giudicato e alla sua funzione di assicurare certezza ai rapporti giuridici e coerenza alle decisioni (anche) su rapporti legati da un nesso di dipendenza tecnica; l'applicazione di quelle norme, così come sono state rivalutate

---

<sup>(10)</sup> Sebbene su questo aspetto, qui solo accennato, ci si soffermerà più attentamente nell'ultimo paragrafo, può qui osservarsi come sia Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, cit., sia Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, cit. postulino, rispettivamente, la necessità di una «valutazione (...) sulla base della plausibile controvertibilità» e di una «ragionevole valutazione prognostica» della sentenza sulla causa pregiudiziale.

<sup>(11)</sup> Nel senso che il vincolo di dipendenza tra provvedimenti individuato dall'art. 336, comma 2, c.p.c. debba intendersi come vincolo di dipendenza logica, non necessariamente legato all'esistenza di una relazione di pregiudizialità tecnica tra questioni, v. E. D'Alessandro, *Riflessioni sull'art. 336, 2° comma, c.p.c. (a margine di un recente disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile)*, in *Giusto proc. civ.* 2016, 77 ss.

dalla giurisprudenza di legittimità, sembra sostituire alla certezza del giudicato l'efficacia provvisoria della sentenza di primo grado.

2. – Tradizionalmente, il giudicato costituisce l'argine all'applicazione della sospensione necessaria. Infatti, quando la decisione di una causa viene a dipendere, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., dalla definizione di un'altra controversia, che lo stesso o altro giudice civile è chiamato a risolvere, avviene che le due vicende si considerano legate da un vincolo di pregiudizialità tecnica. Ed è questa rigorosa, quanto pacifica, lettura del vincolo di dipendenza tra le cause che pone in stretta correlazione la regola dell'art. 295 c.p.c. con quella dell'art. 34 c.p.c. e la necessità della formazione del giudicato sulla causa pregiudiziale<sup>(12)</sup>.

Come noto, l'art. 34 c.p.c. è stato composto, analogamente al § 256 ZPO tedesca, sulla base della struttura complessa che caratterizza la costruzione dogmatica della fattispecie costitutiva delle situazioni giuridiche soggettive complesse<sup>(13)</sup>. Infatti, tra gli elementi che compongono tale fattispecie, assume un'autonoma rilevanza il diritto soggettivo avente valore pregiudiziale, nel quale si ravvisa una concausa – unitamente agli altri elementi (fattuali) che compongono la fattispecie – dell'effetto giuridico conseguente al perfezionamento della fattispecie<sup>(14)</sup>. Tale autonoma rilevanza consente che il diritto pregiudiziale possa divenire, dunque, l'oggetto d'una domanda giudiziale distinta ed autonoma rispetto a (e al pari di) quella sul diritto soggettivo dipendente. Nondimeno, il vincolo di precedenza tecnica che contraddistingue *naturaliter* la situazione soggettiva pregiudiziale rispetto al diritto soggettivo dipendente ha reso necessario am-

---

(12) Sulla stretta correlazione tra gli artt. 34 e 295 c.p.c. v., senza pretesa di esaustività, G. Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo di cognizione*, Bari 1987, *passim*; S. Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova 1999, 280 ss.; L. Montesano, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in questa *Rivista* 1983, 387 ss.; S. Menchini, voce *Sospensione del processo civile*, cit., 36 ss.; F. Cipriani, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in questa *Rivista* 1984, 240 ss.

(13) Nonostante la molteplicità delle interpretazioni, sulla struttura della pregiudizialità tecnica può richiamarsi, ancora una volta senza alcuna pretesa di esaustività, quelle opinioni che, formatesi, in particolare, al lume di E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, 67 ss., si sono specificamente occupate di definire i contorni della pregiudizialità: E. Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in questa *Rivista* 1976, 257 ss.; G. Giannozzi, *Pregiudizialità e dipendenza di cause*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1965, 1027 ss.; S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano 1987, 59 ss.; L. Montesano, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in questa *Rivista* 1988, 299 ss.; A. Attardi, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, 185 ss.

(14) Cfr. in argomento gli autori citati *supra* alla nota 13.

metterne anche una conoscibilità incidentale, che sia strumentale esclusivamente alla statuizione in via principale sulla situazione dipendente, in tutti i casi in cui non vi sia possibilità – per assenza di una domanda di parte o di una espressa volontà della legge – di svolgerne un accertamento con efficacia di giudicato<sup>(15)</sup>.

L'accertamento giudiziale del diritto pregiudiziale esprime, dunque, il riconoscimento di «un bene della vita diverso»<sup>(16)</sup> rispetto a quello che viene concesso dall'accoglimento della domanda sul rapporto dipendente, di talché la contestazione del rapporto pregiudiziale non comporta più la formazione di un punto controverso – e, dunque, di una mera questione – risolubile *incidenter tantum*, ma viene senz'altro ad integrare il *thema decidendum* del processo, cumulando all'oggetto della domanda principale quello della domanda di accertamento incidentale. Altro problema è, invece, quello della pregiudizialità logica che, come noto, anima da tempo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in punto di giudicato<sup>(17)</sup>. In particolare, è interessante notare, in questa sede, come la giurisprudenza di legittimità si sia mostrata incline, in questo caso, a favorire un'automatica ed implicita estensione dell'efficacia di giudicato – formatasi esplicitamente sull'accertamento d'uno degli effetti giuridici della fattispecie dedotta in giudizio – all'esistenza del rapporto fondamentale (non dedotto dalle parti, ma pur sempre deducibile) da cui l'effetto giuridico fatto valere è logicamente dipendente<sup>(18)</sup>. Una tale conclusione, qui soltanto sinteticamente accennata, è appunto interessante perché, al di là dei numerosi interrogativi che essa porta con sé (e su cui non si può qui indulgiare), finisce per confermare *a contrario* la stretta ed esclusiva correlazione esistente tra l'art. 34 c.p.c. e l'ambito della pregiudizialità tecnica<sup>(19)</sup>.

Per il tramite dell'art. 34 c.p.c., la pregiudizialità tecnica è ciò che giustifica la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. Infatti, il carattere necessario che contraddistingue quest'ipotesi sospensiva espri-

<sup>(15)</sup> Cfr. R. Tiscini, in Aa.Vv., *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Torino 2016, *sub* art. 34, 143 ss., ove ampi richiami.

<sup>(16)</sup> Le parole sono tratte da G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano 1993, 231 ss., spec. 268.

<sup>(17)</sup> In dottrina v., in particolare, C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 215 ss. spec. 233; S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., 109-110.

<sup>(18)</sup> L'apice di questo orientamento è costituito, come noto, da Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Giur. it.* 2015, 70 ss.; più recentemente Cass. 15 maggio 2018, n. 11754, in questa *Rivista* 2020, 411 ss.

<sup>(19)</sup> Su questo aspetto v., *si vis*, M. Gaboardi, *Pregiudizialità in senso logico e comando giuridico: il rilievo del giudicato nel giudizio di legittimità*, in questa *Rivista* 2020, 414 ss.

me la stessa logica rigorosa che è sottostante alla regola dell'art. 34 c.p.c., secondo la quale il condizionamento tra ciò che è pregiudiziale e ciò che è dipendente si manifesta nella struttura dei rapporti fondamentali. Quando il diritto pregiudiziale è dedotto *principaliter* nel medesimo processo in cui sia stato dedotto quello dipendente, l'efficacia di giudicato dell'accertamento giudiziale contenuto nella sentenza definitiva assicura, di per sé, decisioni coerenti e certe su entrambi i rapporti dedotti; quando, invece, il diritto pregiudiziale è dedotto in altro autonomo processo rispetto a quello sul diritto dipendente, il bisogno di decisioni coerenti esige non solo che si formi l'efficacia di giudicato – e, dunque, l'incontrovertibilità – sull'esistenza del diritto pregiudiziale, ma anche che si attui il necessario coordinamento tra i due procedimenti autonomi. E la modalità che consente il coordinamento tra i procedimenti è, appunto, la sospensione del processo sulla causa dipendente fino al passaggio in giudicato della decisione sulla causa pregiudiziale<sup>(20)</sup>.

Una ricostruzione così rigorosa dell'ambito applicativo dell'art. 295 c.p.c. inevitabilmente priva di tutela quelle situazioni in cui, pur emergendo un nesso di pregiudizialità (tecnica) tra situazioni giuridiche soggettive, avviene che il processo sulla causa pregiudiziale sia pervenuto ad una definizione nel merito. Come detto, la giurisprudenza di legittimità assegna una funzione suppletiva della sospensione necessaria, la cui applicazione rimane appunto riservata ai casi in cui la decisione (in primo grado) sul rapporto pregiudiziale sia ancora incerta, alla sospensione facoltativa dell'art. 337, comma 2, c.p.c. E qui, come noto, emerge il confronto ermeneutico tra dottrina e giurisprudenza sul concetto di «autorità di una sentenza» e sul valore del potere di invocare una tale efficacia in un diverso processo che sono postulati dallo stesso art. 337, comma 2, c.p.c.; i termini di questo confronto, che non possono certo essere qui ripresi integralmente, si riconducono principalmente alla scelta di assegnare al concetto di *autorità* della sentenza (*i*) un significato ristretto e rigo-

---

(20) La sospensione ex art. 295 c.p.c. non è, però, l'unica modalità che consente il coordinamento tra i procedimenti, potendosi ovviamente disporre la riunione della causa pregiudiziale e della causa pregiudicata ai sensi degli artt. 274 e 40 c.p.c. a seconda che le stesse siano pendenti innanzi allo stesso ufficio giudiziario o ad uffici giudiziari diversi. D'altra parte, va subito aggiunto che, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la struttura dell'art. 295 c.p.c. non esige che il processo sulla causa dipendente resti sospeso fino al passaggio in giudicato della sentenza sulla causa pregiudiziale, dal momento che il passaggio in giudicato della sentenza sulla causa pregiudicante costituisce ex art. 297 c.p.c. soltanto il *dies a quo* per la riassunzione del processo sospeso, il quale potrebbe dunque essere riattivato anche prima della formazione della cosa giudicata (v. anche *infra* il paragrafo 4).

roso, allusivo di quella condizione della sentenza che è la cosa giudicata, alla quale soltanto potrebbe riconoscersi l' idoneità a valere anche in un diverso processo, ovvero (ii) un significato più ampio, coincidente con quello dell'accertamento del rapporto sostanziale, immediatamente (e provvisoriamente) efficace fin dal primo grado di giudizio, che sarebbe *ex se* idoneo ad imporsi anche al di fuori del processo in cui è stato pronunciato (21).

Per cogliere appieno le implicazioni insite in questi due orientamenti, bisogna indagare il ruolo che all'art. 282 c.p.c. il legislatore processuale – non solo quello del 1990, ma anche quello delle più recenti riforme del processo di cognizione – ha inteso ed intende assegnare. Prima di soffermarsi su questo non semplice aspetto, conviene però sottolineare come l'impostazione più rigorosa (*sub i*) si inserisca in un contesto interpretativo nel quale meno severa è, invece, la lettura dell'ambito applicativo della sospensione necessaria. A tal proposito, è significato notare come, secondo questa impostazione, la tendenza a ridurre l'area di applicazione dell'art. 295 c.p.c. – in rapporto al contenimento dei tempi processuali e al soddisfacimento delle esigenze di efficienza dell'attività giurisdizionale – non possa spingersi fino al punto di negare ogni necessità sospensiva dell'altro processo tutte le volte in cui sia intervenuto un pronunciamento sulla causa pregiudiziale da parte del giudice di primo grado. In altre parole, a fronte di un nesso di pregiudizialità tecnica, l'esigenza di assicurare la coerenza delle decisioni (e dei giudicati) non perde la sua urgenza per il solo fatto che la causa sul diritto pregiudiziale sia già stata decisa in primo grado; e ciò appare tanto più vero, secondo questo orientamento, se si considera che il potere di sospendere l'altro processo può essere esercitato, in base all'art. 337, comma 2, c.p.c., solo quando l'efficacia immediata e strutturalmente provvisoria del *decisum* sia invocata (nel procedimento sulla causa dipendente) dopo che lo stesso *decisum* è stato impugnato e, dunque, rimesso in discussione (22).

---

(21) Ampio è il dibattito sul punto, di cui si può menzionare solo le opinioni più autorevoli: nel senso rigoroso v., in particolare, A. Attardi, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.* 1987, 417 ss.; G. Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, comma 2°, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2015, 633 ss.; S. Menchini, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, in questa *Rivista* 2013, 690 ss.; in un senso più incline all'approdo giurisprudenziale v., invece, A. Proto Pisani, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*, in *Foro it.* 2014, I, 950 ss.

(22) Così, in particolare, G. Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, comma 2°, c.p.c.*, cit., 636.

L'orientamento meno rigoroso (*sub ii*) obietta che, in tal modo, si estende eccessivamente l'applicabilità della sospensione necessaria, con le conseguenti criticità sul piano della salvaguardia della ragionevole durata del processo, e che, pertanto, ne è indispensabile un'applicazione limitata ai soli casi in cui si debba pronunciare con efficacia di giudicato sul rapporto pregiudiziale. In questi casi, infatti, è la volontà della parte (o la volontà della legge) a richiedere che la decisione sulla causa dipendente sia pronunciata quando non ricorra più alcuna possibilità di riforma o annullamento della decisione sulla causa pregiudiziale. In ogni altro caso, in cui tale volontà invece non si palesa, è l'esigenza di una rapida conclusione del processo che conduce il giudice della causa dipendente a valutare se, a fronte dell'impugnazione della sentenza sulla causa pregiudiziale, questa, invocata nell'altro processo, sia idonea, nel caso concreto, ad esercitare immediatamente (e nonostante la pendenza dell'impugnazione) il condizionamento logico-giuridico sulla causa dipendente: se tale condizionamento si manifesta come molto probabile, in quanto la conclusione dell'altro processo si palesa – agli occhi del giudice – come una decisione motivata in modo convincente (e l'impugnazione promossa contro tale decisione si palesa, d'altra parte, come un tentativo troppo debole per ottenerne la riforma o l'annullamento), allora il giudice della causa dipendente sarà indotto a ricorrere alla sospensione del processo per conformare la sua decisione a quella del giudice dell'impugnazione; se invece il condizionamento logico-giuridico sulla causa dipendente si manifesta come poco probabile, in quanto la conclusione dell'altro giudice è priva di una motivazione convincente (e l'impugnazione è supportata dalla censura di errori manifesti), allora il giudice della causa dipendente sarà indotto a pronunciarsi – in modo conforme alla decisione di primo grado sulla causa pregiudiziale – senza bisogno di sospendere il processo<sup>(23)</sup>.

A sostegno di questa conclusione soccorre, come noto, una lettura dell'art. 337, comma 2, c.p.c. che viene criticata da una parte della dottrina, incline a identificarne il significato alla luce delle analoghe disposizioni del codice di rito del 1865<sup>(24)</sup>. Secondo quest'impostazione, infatti, l'autorità della sentenza invocabile in un diverso processo sarebbe solo l'autorità della cosa giudicata (con la conseguenza che la sentenza sulla causa pregiudiziale sarebbe impugnabile solo per il tramite di un mezzo di impugnazione straordinario); ed è un'autorità, quest'ultima, che viene ad

---

<sup>(23)</sup> Così Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, cit.

<sup>(24)</sup> Cfr. specialmente G. Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo di cognizione*, cit., 35.

esercitare, com'è ovvio, un più forte effetto conformativo (rispetto all'efficacia *ex art.* 282 c.p.c.) sulla decisione della causa dipendente, di talché il giudice chiamato a risolverla può valutare se sospendere o meno il procedimento dinanzi a sé pendente sulla scorta di un *decisum* pregiudiziale che è contraddistinto da una ben maggiore forza persuasiva, soprattutto se la cosa giudicata si è formata all'esito di un percorso impugnatorio. Il che, a ben vedere, consente di affermare che, in base a questa impostazione, il potere di sospensione del processo *ex art.* 337, comma 2, c.p.c. può trovare poche occasioni per essere esercitato dal giudice, in quanto la probabilità che si riveli errata una decisione passata in giudicato può considerarsi statisticamente inferiore rispetto a quella relativa all'erroneità di una sentenza ancora impugnabile in via ordinaria e, d'altra parte, le possibilità di promuovere la revocazione straordinaria o l'opposizione di terzo si rivelano assai più circoscritte rispetto alle potenzialità censorie del mezzo di gravame.

Questa circostanza porta con sé una più ampia lettura della sospensione necessaria: ciò che non è rimediabile *ex art.* 337, comma 2, c.p.c. lo diviene *ex art.* 295 c.p.c., in quanto si ritiene di sottrarre quest'ultima disposizione al vincolo imposto dalla giurisprudenza, che ne consente l'applicazione – come detto – alle sole ipotesi in cui la causa pregiudiziale non sia stata ancora risolta in primo grado<sup>(25)</sup>. Ecco allora venirsi a delineare la contrapposizione ermeneutica più rilevante in rapporto alle due ipotesi sospensive: se la sospensione necessaria viene ricondotta entro l'alveo della ragionevole durata del processo per ridurre l'applicazione alle ipotesi in cui non possa tutelarsi altrimenti l'interesse della coerenza delle decisioni relative a situazioni soggettive legate da un nesso di pregiudizialità tecnica, l'interprete viene sollecitato a leggere la sospensione facoltativa dell'art. 337, comma 2, c.p.c. in termini particolarmente ampi, che ne consentano l'applicazione – a discrezione del giudice – ogni qualvolta la sentenza sul rapporto pregiudiziale, quantunque non passata in giudicato, sia stata impugnata e la sua efficacia sia stata invocata nel processo sul rapporto pregiudicato; se invece la sospensione facoltativa diviene uno strumento residuale che può applicarsi solo quando la decisione sul diritto pregiudiziale abbia acquisito l'autorità della cosa giudicata, l'interprete è chiamato a ravvisare nella sospensione dell'art. 295 c.p.c. uno strumento per prevenire decisioni contrastanti anche quando la solu-

---

<sup>(25)</sup> Così, da ultimo, Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, cit. (che contiene molti altri rimandi giurisprudenziali sul punto); v. anche, *si vis*, M. Gaboardi, *In attesa del giudicato: la pregiudizialità tecnica e la sospensione del processo*, in *Giur. it.* 2022, 1135 ss.

zione della causa pregiudiziale abbia beneficiato di un primo pronunciamento che sia stato impugnato dinanzi al giudice superiore e non abbia, in tal modo, conseguito quell'autorità di cosa giudicata su cui invece è fondata la disposizione dell'art. 337, comma 2, c.p.c.

È evidente che il confronto tra queste due opzioni valutative non può prescindere da un dato ulteriore, che è appunto quello relativo al significato che la sentenza di primo grado viene ad assumere, in rapporto al valore del giudicato, nella prospettiva della sospensione (necessaria o facoltativa) del processo sulla causa dipendente. Ed è su tale aspetto che conviene ora indugiare un poco.

3. – A seguito della novella del 1990, l'art. 282 c.p.c. ha assunto, come noto, un ruolo profondamente innovativo nel quadro del processo ordinario di cognizione. L'efficacia immediatamente esecutiva della sentenza, per quanto provvisoria, ha proiettato il *decisum* sostanziale ben oltre i confini del processo nel quale è stato pronunciato; e una volta che tale proiezione è avvenuta, non è stato più possibile controllarne l'espansione, che ha superato – per esigenze inerenti alla logica stessa della decisione giudiziaria – l'ambito dell'esecuzione forzata (relativo all'esigenza di attuazione del *decisum* condannatorio) e ha investito, dapprima, le altre forme della tutela cognitoria e, infine, l'area della pregiudizialità-dipendenza tra rapporti giuridici<sup>(26)</sup>.

Da un lato, infatti, il principio tracciato nell'art. 282 c.p.c., sovvertendo la logica accolta nella disposizione previgente (ispirata, a sua volta, dal codice del 1865), sembra avere posto le basi per ipotizzare, tra molteplici resistenze, l'immediata idoneità della sentenza costitutiva a venire attuata mediante procedimenti di esecuzione coattiva<sup>(27)</sup> e, soprattutto l'immediatezza degli effetti propri della decisione – non solo di quella costitutiva, ma anche di quella meramente dichiarativa – che sono estranei alla sua esecutività e appartengono, invece, alla sua imperatività<sup>(28)</sup>; effetti, questi

---

(26) Per l'evoluzione interpretativa dell'art. 282 c.p.c. v., in particolare, G. Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano 2010, 373 ss.

(27) L'interpretazione estensiva dell'art. 282 c.p.c. ha consentito, dapprima, di ipotizzare, nonostante la contraria opinione della giurisprudenza, l'estensione dell'immediata efficacia esecutiva ai capi condannatori della sentenza che dipendono dal capo pregiudiziale costitutivo e, poi, di ammettere che l'attuazione del *decisum* costitutivo – nella misura in cui essa richiede il compimento di una certa attività – sia anticipata rispetto al passaggio in giudicato della sentenza.

(28) Su questi aspetti v. G. Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, cit., 333; M. Fornaciari, *La provvisoria efficacia delle sentenze di accertamento e costitutive: una prospettiva possessoria*, in *Giusto proc. civ.* 2012, 391 ss.

ultimi, che si misurano soprattutto in termini di caducazione o conformazione dei rapporti giuridici regolati dalla sentenza (costitutiva o finanche di mero accertamento), i quali possono quindi subire il *decisum* del giudice assai prima della formazione del giudicato<sup>(29)</sup>. Dall'altro lato, l'anticipazione degli effetti rispetto al momento del passaggio in giudicato ha consentito di attribuire alla sentenza di primo grado una valenza, per così dire, extraprocedimentale che, prima della novella del 1990, essa non poteva avere (se non a costo di profonde innovazioni interpretative)<sup>(30)</sup>: in un sistema processuale in cui l'efficacia immediata era il risultato di una rara concessione del giudice, solo l'autorità del giudicato permetteva di trattare la sentenza come regola sostanziale (anche) al di fuori del processo in cui era stata pronunciata; la normalizzazione dell'efficacia immediata della sentenza di primo grado ha finito invece per emanciparla – fin dal suo primo apparire – dai limiti del processo in cui sia stata adottata. In questa prospettiva, la previsione di un'immediata efficacia esecutiva ha *assegnato* (o, se si preferisce, *riconosciuto*) alla sentenza di primo grado un carattere (provvisorio, ma) *imperativo*, nel quale si manifesta, in modo ancora instabile, la naturale funzione dichiarativa della decisione e, in essa, dell'attività giurisdizionale<sup>(31)</sup>.

Il sistema processuale relativo al procedimento ordinario di cognizione sembra assistere, con la propria evoluzione successiva alla novella del 1990, questa contrapposizione tra ciò che la sentenza è nel momento in cui viene pubblicata da ciò che la sentenza *diviene* quando passa in giudicato. L'argomento è talmente gravido di implicazioni dogmatiche che può essere accennato solo con cautela (e non senza qualche timore) nei ristretti limiti in cui è utile per tratteggiare i rapporti tra la sospensione necessaria e la sospensione facoltativa. Ciò posto, sembra lecito ricordare, sulla scorta dell'accennata giurisprudenza, che il sistema dell'efficacia immediata della sentenza di primo grado si compone anche della scelta –

---

(29) V. ancora G. Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, cit., 335; in giurisprudenza v. Cass. 3 settembre 2007, n. 18512, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, I, 643 ss.

(30) Che l'efficacia della sentenza costituisca una condizione del provvedimento legata alla sua esistenza (e, dunque, alla sua pubblicazione) ma indipendente dall'autorità della cosa giudicata è affermazione che, come noto, si ritrae da una poderosa impostazione dogmatica (E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935; Id., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in questa *Rivista* 1980, 11 ss.), che, pur trovando fin dal suo nascere resistenze altrettanto autorevoli, ha influito sull'intera evoluzione dottrinale successiva. A tal proposito, v. anche C. Cavallini, *L'efficacia riflessa della sentenza nel pensiero di E.T. Liebman*, *ivi* 2007, 1221 ss.

(31) Cfr., ancora, E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., 34 ss.

compiuta con la medesima novella del 1990 – di ridurre il potere di sospensione *ex art.* 283 c.p.c., condizionandolo alla proposizione di un mezzo di gravame in cui si manifestino «gravi e fondati motivi» – trasformati dalla riforma del 2022 in «pregiudizio grave ed irreparabile» – che ostacolano il persistere dell'efficacia immediata della decisione<sup>(32)</sup>.

La valorizzazione dell'art. 282 c.p.c. sembra derivare, però, anche dall'introduzione di strumenti, normativi o ermeneutici, che hanno condizionato l'accesso alle fasi impugnatorie del giudizio. In questa prospettiva, non può non menzionarsi, anzitutto, la previsione di un accertamento preliminare della ragionevole probabilità che l'appello non fosse accolto e il recepimento normativo della regola giurisprudenziale sulla c.d. doppia conforme<sup>(33)</sup>: come noto, entrambe queste previsioni sono state formalmente abrogate dalla riforma del 2022, ma le regole processuali che esse contenevano sono rimaste in qualche modo ancora connaturate al sistema dell'impugnazione, di talché può ancora pienamente apprezzarsi l'accentuazione del ruolo della sentenza di primo grado che queste regole continuano a favorire. L'esame preliminare dell'appello, con l'obbligo di trattazione immediata e orale della causa in caso di manifesta infondatezza dell'impugnazione (artt. 348-*bis* e 350-*bis* c.p.c.), è ciò che, a seguito della riforma del 2022, tiene luogo dell'abrogato giudizio sulla ragionevole probabilità che l'appello non fosse accolto: entrambe le regole, dettate da esigenze deflazionistiche del giudizio di appello, finiscono inevitabilmente per riflettersi sulla sentenza di primo grado rafforzandone la funzione dichiarativa, dal momento che la rapida definizione del processo di appello, quando l'impugnazione sia palesemente inidonea a fornire elementi per riformare la decisione impugnata, contribuisce a rafforzare l'autorità di quest'ultima. D'altra parte, anche l'abrogazione dell'art. 348-*ter* c.p.c. e, in particolare, del suo comma 5, non toglie che la giurisprudenza di legittimità continui a ritenere inammissibile il ricorso per omesso esame del fatto decisivo e controverso quando la sentenza d'appello conferma la decisione di primo grado, convenendo con essa sulla ricostruzione del fatto dedotto in giudizio: ebbene, anche il principio giurisprudenziale della doppia conforme<sup>(34)</sup> contribuisce a valorizzare l'efficacia del *decisum* di

---

(32) Nel senso che l'art. 283 c.p.c. contribuisca a definire il significato dell'efficacia immediata attribuita alla sentenza di primo grado, v. Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, cit.

(33) Sui previgenti artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. v., anche per ampi richiami, A. Tedoldi, *L'appello civile*, Torino 2016, 406 ss.

(34) Sul principio della doppia conforme v., *ex multis*, Cass. 19 luglio 2022, n. 22601; Cass. 22 dicembre 2016, n. 26774.

primo grado, dal momento che il riconoscimento in appello della sua correttezza sul piano fattuale ne consolida – ancora una volta per ragioni di celere definizione del giudizio – la funzione dichiarativa.

Questa progressiva valorizzazione dell'art. 282 c.p.c. si traduce, infine, in quella «presunzione di conformità al diritto»<sup>(35)</sup> che trova espressione nella giurisprudenza di legittimità. Poiché la sentenza di primo grado costituisce il risultato di un accertamento in contraddittorio e proviene dal giudice terzo ed imparziale, l'accertamento giudiziale, che in essa si esprime, segna «il modo di composizione della controversia» che si impone alle parti come «lo stato del diritto tra loro»<sup>(36)</sup>. L'efficacia dichiarativa della sentenza di primo grado è, dunque, immediata – *id est* anticipata rispetto al giudicato – perché costituisce l'efficacia d'un provvedimento imperativo, assistito ormai da un'efficacia immediatamente esecutiva *ex lege*. Questa conclusione consente, dunque, di conformare l'applicazione della sospensione necessaria al canone della ragionevole durata del processo e di affidare, invece, alla valutazione di opportunità del giudice (e della parte istante)<sup>(37)</sup> il compito di dar seguito o meno a quella presunzione di conformità al diritto che riguarda la sentenza di primo grado. In questa prospettiva, sembra allora necessario ricollocare il potere dell'art. 337, comma 2, c.p.c. al di fuori delle sole ipotesi in cui la sentenza impugnata (la cui autorità sia invocata in un diverso processo) sia già passata in giudicato, per ammettere invece la possibilità di sospensione del processo dipendente anche nei casi in cui la dichiarazione dello stato del diritto tra le parti sia ancora controvertibile a causa della sopravvenuta impugnazione (in via ordinaria) della sentenza di primo grado.

La scelta di non sospendere il processo sulla causa dipendente *ex art.* 337, comma 2, c.p.c. quando la decisione (di primo grado) sulla causa pregiudiziale sia stata impugnata implica, come detto, il rischio dei giudizi contrastanti; eppure, l'incidenza di un tale rischio finisce per essere ragionevolmente contenuta, anzitutto, sulla scorta dell'effetto espansivo esterno *ex art.* 336, comma 2, c.p.c., in base al quale la pronuncia sulla causa dipendente (emessa a seguito della mancata sospensione del proces-

---

<sup>(35)</sup> Così espressamente Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, cit.

<sup>(36)</sup> Le parole tra virgolette sono tratte da Cass., sez. un., 19 giugno 2021, n. 10027, cit.

<sup>(37)</sup> La precisazione è resa necessaria dal fatto che l'art. 297 c.p.c., pur riconoscendo al giudice il potere di sospendere il processo dinanzi a sé pendente, non preclude il potere della parte interessata di farsi promotrice di un'istanza di sospensione del processo (come anche dell'istanza di riassunzione del processo sospeso), di talché la valutazione sulla opportunità di sospendere il procedimento – e sul grado di condizionamento espresso dalla decisione (impugnata) avente ad oggetto il rapporto pregiudiziale – va compiuta dalla parte prim'ancora che dal giudice.

so), se non si accorda con l'esito sopravvenuto del giudizio impugnatorio sulla causa pregiudiziale, viene caducata per effetto della riforma della stessa decisione pregiudicante. Ma il rischio di giudicati contrastanti può essere prevenuto anche per il tramite del comportamento che le parti tengano nel processo sulla causa dipendente: poiché, infatti, spetta alla parte interessata non solo il potere di chiedere la sospensione del processo, ma anche quello di riassumere il processo che sia stato sospeso, se ne ricava che, a fronte del giudizio impugnatorio sulla causa pregiudiziale, le parti possono concordemente omettere la riassunzione del processo sospeso sulla causa pregiudicata (che sarà dunque destinato alla declaratoria di estinzione), prevenendo in tal modo il rischio di un conflitto tra i giudicati.

Di qui, allora, l'immagine di un sistema che, in caso di pregiudizialità tecnica, fonda la cesura tra sospensione necessaria e facoltativa del processo sull'esistenza d'una definizione in primo grado della causa pregiudiziale: se tale pronunciamento ancora non è intervenuto, il vincolo di pregiudizialità impone, in assenza delle condizioni per il *simultaneus processus*, l'arresto del processo dipendente in attesa che si formi il giudicato su quel pronunciamento (a cui si deve pensare, anzitutto, come consolidamento definitivo del *decisum* di primo grado per mancato esperimento di mezzi impugnatori e non necessariamente come consolidamento conseguente ad uno o più gradi di giudizio); se invece la pronuncia sulla causa pregiudiziale sia intervenuta in primo grado, la propensione espansiva che l'art. 282 c.p.c. assegna alla sentenza di primo grado comporta, alternativamente, che (i) il giudice della causa dipendente vi si conformi in forza d'una presunzione di conformità al diritto che è immanente alla disposizione codicistica del 1990 o, (ii) in caso di impugnazione avverso la sentenza, il giudice, in accoglimento dell'istanza della parte interessata, scelga di sospendere il processo dinanzi a sé pendente fino all'esito della fase impugnatoria dell'altro processo o al passaggio in giudicato della relativa sentenza.

4. – Quale spazio viene riconosciuto al giudicato nella regolazione del rapporto tra sospensione necessaria e sospensione facoltativa del processo dipendente? Alla luce delle osservazioni fin qui svolte, la risposta a questo interrogativo deve trarre spunto dalla progressiva affermazione extraprocessuale dell'efficacia immediata della sentenza di primo grado desumibile dall'art. 282 c.p.c. Nel sistema processuale risultante dalla novella del 1990, l'incontrovertibilità del giudicato sostanziale (art. 2909 c.c.), conseguente alla preclusione processuale del giudicato formale (art. 324 c.p.c.), sembra *contrarsi* per lasciare spazio all'efficacia immediata della sentenza

di primo grado in punto di accertamento della situazione sostanziale controversa. L'ordinamento, come avverte ormai da molti anni la giurisprudenza di legittimità, ritiene sufficiente la pronuncia di un *decisum* che, in quanto emesso all'esito di un procedimento rispettoso delle garanzie del giusto processo (dal contraddittorio all'imparzialità del giudice), assicura un plausibile accertamento dello stato di diritto esistente tra le parti; un accertamento, quest'ultimo, dal quale non può, dunque, conseguire il grado di incontrovertibilità che caratterizza l'efficacia della sentenza non più assoggettabile ai mezzi di impugnazione ordinari (art. 324 c.p.c.), ma solo una presunzione che la sentenza sia conforme al diritto proprio in quanto pronunciata nel rispetto delle garanzie processuali.

Vi è da comprendere se questa presunzione di conformità al diritto sia sufficiente da sé sola a giustificare tutto ciò che ad essa la giurisprudenza vi ricollega, a cominciare dall'effetto conformativo che la sentenza esercita rispetto alle situazioni giuridiche soggettive che dipendono strutturalmente da quella accertata nella sentenza stessa. A tal proposito, va rilevato che nella presunzione di conformità al diritto che accompagna, secondo il vigente sistema processuale, la sentenza di primo grado si riflette anticipatamente e provvisoriamente – si potrebbe dire: in forma embrionale – quella stessa condizione di immutabilità che si viene a consolidare pienamente soltanto con il decorso del termine per impugnare la sentenza. Se è vero, infatti, che «l'incontestabilità è un carattere ... che può essere conferito all'effetto» prodotto dalla sentenza «senza modificarne l'intima e propria natura»<sup>(38)</sup>, non è meno vero che tale carattere può manifestarsi – ed essere conferito all'effetto medesimo – anche come aspirazione al giudicato o, per l'appunto, come presunzione di conformità al diritto e, in tale veste, consentire che la sentenza, ancorché non passata in giudicato, possa operare, in base alla capacità persuasiva dei suoi argomenti, quell'effetto conformativo che si manifesta nel rapporto di pregiudizialità tecnica tra le situazioni giuridiche soggettive.

Ciò rende *non necessaria* la sospensione del processo sulla causa dipendente (non riunibile *ex artt.* 40 o 274 c.p.c.) in attesa della decisione di quella pregiudicante, ma assegna (alla parte istante e) al giudice la valutazione sull'opportunità di sospendere il processo quando, nel caso concreto, la capacità persuasiva della sentenza – soprattutto se è stata *medio tempore* impugnata – si riveli insufficiente a far presumere la sua conformità al diritto, fermo restando che, in caso di mancata sospensione, il

---

<sup>(38)</sup> Le parole sono di E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., 25. V. anche C. Cavallini, *L'efficacia riflessa della sentenza nel pensiero di E.T. Liebman*, cit., 1226.

rischio del contrasto di giudicati viene risolto con l'estensione alla sentenza sulla causa dipendente della riforma, ottenuta in sede impugnatoria, della sentenza sulla causa pregiudiziale.

In questa prospettiva, la contrazione del giudicato si rivela in modo ancor più marcato ove si consideri che la persistenza della stessa sospensione necessaria non sembra esigere, alla luce della disposizione dell'art. 297 c.p.c., il passaggio in giudicato della sentenza sul rapporto pregiudiziale, posto che un tale momento viene piuttosto a costituire il riferimento temporale per il decorso del termine trimestrale entro cui presentare l'istanza di riassunzione del processo sospeso<sup>(39)</sup>. Ciò che rende necessaria la sospensione *ex art.* 295 c.p.c. non è, dunque, la necessità logica di conseguire l'immutabilità della *res iudicata* sulla decisione della causa pregiudiziale, ma l'assenza di qualsiasi pronunciamento sulla causa pregiudiziale medesima, che impedisce al giudice dell'altro processo di orientare la propria decisione sulla causa dipendente (*rectius* la propria cognizione incidentale della questione relativa al diritto pregiudiziale) alla luce di una sentenza (sul diritto pregiudiziale) che si possa presumere conforme al diritto.

In definitiva, questa conclusione non fa che rafforzare l'impressione che, in funzione della ragionevole durata del processo, l'ordinamento stia rinunciando all'immutabilità del giudicato come condizione necessaria affinché la relazione tra causa pregiudiziale e causa dipendente, emergente in autonomi processi contemporaneamente pendenti, possa svolgersi in modo non contraddittorio; per contro, si viene affermando nell'ordinamento la convinzione, produttiva di numerosi attriti rispetto alla dogmatica tradizionale, che la decisione sulla causa pregiudicata possa esprimersi in modo coerente anche quando, nel caso concreto, ricorrono le *condizioni minime* – consistenti, come detto, nella pronuncia di una sentenza di primo grado resa nel rispetto delle garanzie del giusto processo – per la formazione di una regola sostanziale corretta. Ciò che viene a mutare radicalmente, in forza della nuova centralità assunta dalla sentenza di primo grado, è l'atteggiamento del giudice e delle parti della causa dipendente, la cui percezione del condizionamento imposto dal vincolo di pregiudizialità tecnica, in forza del quale la causa dipendente va decisa conformemente alla decisione della causa pregiudiziale, non è più mediata dall'immutabilità formale del giudicato. Essa filtra, invece, attraverso una «ragionevole valutazione prognostica»<sup>(40)</sup> del giudice e delle parti

---

<sup>(39)</sup> In questo senso v., in particolare, Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, cit.

<sup>(40)</sup> Le parole riportate tra virgolette esprimono ancora il pensiero prudente di Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, cit.

relativa alla conformità al diritto – e, quindi, alla correttezza sostanziale – della sentenza di primo grado e, se del caso, anche alla fondatezza dell'appello che sia stato proposto contro di essa.

Nel passaggio dall'oggettività, che è implicita nell'immutabilità del giudicato, alla soggettività, che è espressa nella valutazione prognostica dei soggetti interessati, si misura, dunque, il nuovo contesto entro cui sembra destinato ad operare il vincolo della pregiudizialità tecnica.

STEFANIA CIRILLO

Assegnista di ricerca presso l'Università Bocconi

## «EFFICACIA» E «AUTORITÀ» DELLA SENTENZA NEL PRISMA DELLA RIFORMA DEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. *Finality vs efficiency*: una chiarificazione dei termini a confronto. – 2. L'attualità della distinzione di Liebman tra «efficacia» e «autorità» della sentenza. – 3. Il paradigma di una (nuova) regola di definitività. – 4. La definitività «tendenziale» delle nuove ordinanze ex artt. 183-ter e 183-quater c.p.c. – 5. L'efficacia che supera l'autorità: il nuovo art. 391-quater c.p.c. – 6. La centralità di un risultato stabile in quanto soddisfacitivo (al di là della sentenza): la nuova conciliazione obbligatoria.

1. – Sulle pagine dell'*NYU Law Review*, nel 2003, il Professor Arthur Miller lamentava la deriva del sistema processuale statunitense dovuta alla proliferazione di sistemi di risoluzione anticipata delle controversie, con particolare riguardo all'uso smisurato del *summary judgment* <sup>(1)</sup>. L'Illustre Autore, con la locuzione ironica di *the pre trial rush to judgment* denunciava il fatto che l'anelito a una rapida risoluzione delle controversie, o genericamente all'*efficiency*, avesse eroso una serie di diritti dei litiganti <sup>(2)</sup>. L'articolo appare interessante in quanto associa il pericolo della prevalenza di logiche di stampo efficientistico nel processo non tanto alla mera rinuncia alla *finality* del *verdict*, come si supporrebbe trattandosi di mezzi alternativi alla classica *adjudication*, quanto alla limitazione del diritto al *trial by jury* e, di conseguenza, alla funzione stessa della giuria. Questa funzione – spiega Miller – consiste nella capacità dei giurati di formulare valutazioni di *senso comune* sul comportamento umano, di ragionevolezza e sullo stato mentale dei soggetti coinvolti, basandosi su *standards* obiettivi, il cui paradigma è quello della «persona ragionevole» <sup>(3)</sup>. Il rischio di un'eccessiva

---

<sup>(1)</sup> A.R. Miller, *The pretrial rush to judgment: are the «litigation explosion», «liability crisis», and efficient clichés eroding our day in court and jury trial commitments?*, in *New York University Law Review* 2003, 982. Dello stesso avviso, J. Resnik, *Finding the factfinders*, in Aa.Vv., *Verdict assessing the civil jury system*, a cura di R.E. Litan, Brookings 1993, 503.

<sup>(2)</sup> In particolare, il prof. Miller fa riferimento al diritto al *Day in Court*, al *trial by jury*, a un *effective appellate review* (A.R. Miller, *op cit.*, 1075 ss.).

<sup>(3)</sup> A.R. Miller, *op. cit.*, 1134.

espansione di metodi di risoluzione delle controversie nella fase *pre-trial* porterebbe, quindi, a una sorta di de-legittimazione del sistema da parte degli stessi destinatari poiché venendo meno alcuni *standards* di buon senso nella decisione, l'esito della controversia verrebbe mal percepito o, detto in maniera più drastica, non verrebbe accettato dalle parti<sup>(4)</sup>. È chiaro che un'operazione di mera *translatio* di dette riflessioni sul sistema italiano risulterebbe una banalizzazione. Non si possono infatti associare le derive di alcuni istituti del sistema statunitense, con le loro peculiarità, a quelle di un sistema, che non conosce, innanzi tutto, la giuria<sup>(5)</sup>.

L'operazione che si propone con questo breve scritto è allora più articolata. Queste riflessioni suggeriscono un legame tra la cosa giudicata e il binomio accettazione-legittimazione. In altre parole, all'incontrovertibilità (processuale e sostanziale) del giudicato si affaccia la possibilità di affiancare anche la (vera) regola di definitività di ogni decisione, *i.e.* l'accettazione della stessa da parte del suo destinatario<sup>(6)</sup>, il cui antecedente logico dovrebbe essere la legittimazione del soggetto che emette la decisione (accettata), *i.e.* il giudice.

Ed ecco allora che nel contrasto definitività vs. efficienza, il primo va inquadrato con la sua «veste attuale» e ciò al fine di comprendere se i due aspetti si pongano in un rapporto di alternatività o di complementarità. Questa «veste attuale» rappresenta un nuovo connotato del concetto di definitività che si potrebbe definire «tendenziale», il quale si sostanzia nella progressiva «trasformazione» del modo di intendere l'immutabilità di una sentenza del giudice, confermato dall'ultima riforma del processo, come si dirà *funditus* nelle prossime pagine.

2. – Per comprendere ed eventualmente giustificare le ragioni di questa metamorfosi, oltre che il relativo legame con una regola di accettazione della sentenza da parte del suo destinatario, occorre in *apicibus* porsi due

---

<sup>(4)</sup> Per una riflessione sul ruolo del precedente, l'accettazione da parte dei destinatari in termini di *substitute of consent* e la legittimazione dei giudici, sia consentito di rinviare a C. Cavallini, S. Cirillo, *Does Ginsburg's Judicial Voice Get the International Level?*, in *Global Jurist* 2021, in <https://doi.org/10.1515/gj-2021-0030>.

<sup>(5)</sup> Riprendo, a supporto, le parole del Prof. Cavallini secondo cui «innanzi tutto, è opportuno premettere che ogniquale si appropria una *doctrine* del sistema (processuale) americano, anche se di pura matrice giudiziale, come quella della *res judicata*, è doveroso iniziare con la prospettazione chiara delle *policies* sottostanti. In altri termini, è opportuno appropria la *doctrine*, per comprenderla, iniziando col chiedersi del perché della sua utilità, al punto da ritenerla *non-optional*, e, in altri semplici termini, a cosa serve per il sistema della giustizia civile», in questa *Rivista* 2024.

<sup>(6)</sup> In questi termini F. Auletta, *Gli ultimi cinquant'anni del «fa[re] stato»*, in questa *Rivista* 2024.

domande: *a chi* si rivolge il giudicato e *cosa* si intende, a tutto tondo, per decisione incontrovertibile?

La riflessione sul destinatario della norma di comportamento contenuta e nella legge e nella sentenza non era sconosciuta ai padri della concezione sostanziale del giudicato. Fra questi, *primus*, Enrico Allorio, il quale considerava come destinatari della norma giuridica i soli organi di Stato (legislatore, giudice, amministratore) e, più precisamente, le norme di diritto privato come regole che governano il comportamento dei privati ma dirette, principalmente, agli uffici giurisdizionali e atte a disciplinare la loro decisione sulle pretese dei privati<sup>(7)</sup>. Sulla base di questa premessa, la cosa giudicata determina, secondo l'Autore, un «nuovo regolamento» dei rapporti sostanziali con essa decisi e, così, «modifica» il diritto sostanziale. La modifica si sostanzia, poi, nel porre i giudici dello Stato in condizione di non poter giudicare sul rapporto controverso se non nel modo che risulta nella precedente sentenza dichiarativa, divenuta immutabile<sup>(8)</sup>. Di nuovo, quindi, una regola di condotta (nuova) indirizzata ai giudici. Preferibile, a mio modesto parere, la tesi che si contrappose a questa impostazione, ritenendo che un ragionamento in questi termini svalutasse lo stesso diritto, quasi che l'ordinamento consentisse al privato di scegliere tra seguire (o meno) la regola contenuta nella norma di comportamento<sup>(9)</sup>. Al contrario, la funzione del diritto, secondo questa diversa impostazione, è proprio quella di porre direttive di condotta indirizzate al singolo e ciò affinché quest'ul-

---

(7) E. Allorio, *La pluralità di ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.* 1955, 278. L'idea dell'Autore è che l'obbligo contenuto nella norma rappresenta la situazione in cui alcuno (un privato) se non agisce in un determinato modo fa sorgere un dovere altrui (ossia il dovere condannatorio del giudice). L'origine di questa concezione si deve a R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1904, 261 ss. Si consideri, comunque, che l'Allorio, con questa concezione, non voleva ammettere che le norme di diritto privato regolano primariamente il contegno degli uffici giurisdizionali e, secondariamente, il contegno dei privati. Egli volle intendere che tra gli organi di una comunità autoritaria, le norme di diritto privato regolano *principalmente* il contegno dei giudici.

(8) E. Allorio, *op. cit.*, 281 ss. Con questa definizione, si noti, l'Allorio si propone di unificare la teoria sostanziale del giudicato, secondo cui la sentenza irrevocabile di accertamento determina un nuovo regolamento del rapporto materiale controverso, con quella processuale, in forza della quale essa crea solamente un vincolo per i giudici futuri. Orbene, secondo l'Autore se si è d'accordo sulla premessa che il diritto dello Stato opera solamente attraverso i vincoli posti agli organi di stato e, in particolare, ai giudici, «la cosa giudicata modifica il diritto sostanziale proprio perché mette i giudici dello Stato in condizione da non poter giudicare, sul rapporto già controverso, se non nel modo, che risulta dalla precedente sentenza dichiarativa, divenuta immutabile».

(9) M. Vellani, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano 1958, 18.

timo «senta il dovere» che è posto a lui direttamente di comportarsi in un determinato modo in una società<sup>(10)</sup>.

Se il destinatario dell'accertamento è il singolo (*rectius*, i singoli) cui la sentenza è diretta, occorre allora riflettere sul contenuto di questo accertamento e, così, sul concetto di giudicato sostanziale. Enrico Tullio Liebman, rifiutando l'impostazione per cui l'accertamento sia una qualità ineliminabile di tutte le sentenze e, altresì, l'identificazione dell'accertamento giurisdizionale con l'autorità di cosa giudicata, distinse tutti i possibili effetti di una sentenza (dichiarativo, costitutivo o di condanna) dalla cosa giudicata, considerando quest'ultima un *quid pluris* che si aggiunge, per accrescere la loro stabilità, a detti effetti<sup>(11)</sup>. Così egli formulò la distinzione tra l'efficacia e l'autorità della sentenza, dalla quale trasse il titolo di una sua importante monografia. La sentenza, dunque, secondo l'Autore, è imperativa e spiega i suoi effetti «prima» e «indipendentemente» dal suo passaggio in giudicato<sup>(12)</sup>. In altre parole, l'accertamento di una sentenza non deve essere confuso con la cosa giudicata, che ne esprime un'altra qualità, *i.e.* la «immutabilità» dei suoi effetti. L'idea del giudicato come una «qualità» della sentenza consente di separare l'elemento della «imperatività» (o dell'efficacia) da quello della «immutabilità» (o autorità o definitività). L'imperatività è un elemento naturale e costante, essendo proprio di ogni provvedimento che promana da un'autorità dello Stato,

---

<sup>(10)</sup> M. Vellani, *op. cit.*, 19 ss. L'Autore precisa, inoltre, che sussistono anche alcune norme dirette solo agli organi statali, ponendo agli stessi una direttiva di condotta ma si tratta viepiù di casi eccezionali.

<sup>(11)</sup> Così E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., Milano 1962, 12 ss. In particolare, il pensiero dell'Autore muoveva dalla critica all'impostazione, considerata errata logicamente, la quale, sostenendo che l'accertamento sia una qualità ineliminabile di tutte le sentenze e partendo dalla considerazione che la cosa giudicata consistesse nella «forza vincolante» di un accertamento, sistemava la cosa giudicata accanto agli altri possibili effetti della sentenza, ad esempio costitutivi o esecutivi. Così operando, si mettevano, secondo Liebman, sullo stesso piano qualità eterogenee ed effetti ben diversi. L'impostazione di Liebman è stata accolta, nelle sue linee essenziali, da G.A. Micheli, *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in questa *Rivista* 1947, I, 194; C. Vocino, *L'opposizione di terzo contro la sentenza dichiarativa di falso*, in questa *Rivista* 1947, II, 131; M. Cappelletti, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in questa *Rivista* 1956, I, 135, 140; V. Denti, *La verifica delle prove documentali*, Torino 1957, 175; V. Andrioli, in *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., II, Napoli 1956, sub art. 337, 419. Per le osservazioni critiche a questa teoria v. S. Satta, *Efficacia e autorità della sentenza (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.* 1935, I, 363; F. Carnelutti, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in questa *Rivista* 1935, 205.

<sup>(12)</sup> E.T. Liebman, *op. cit.*, 25 ss. L'autore infatti spiega come tutti i possibili effetti di una sentenza possono immaginarsi, almeno in via puramente ipotetica, come prodotti indipendentemente dall'autorità della cosa giudicata, senza che per questo venga meno la loro essenza o la loro natura specifica.

sebbene soggetto a essere riformato da una pronuncia della stessa autorità. Si tratta, in altre parole, di un concetto che va di pari passo con l'attendibilità del modo in cui viene emanata la sentenza e la legittimazione del soggetto che la emana; di cui è *longa manus* il concetto di accettazione del risultato da parte del destinatario. La immutabilità, invece, rappresenta un elemento che si può aggiungere a una pronuncia imperativa, per mezzo della quale la stessa raggiunge quel più alto grado di inalterabilità che la rafforza, salvo ovviamente i casi di impugnazione straordinaria<sup>(13)</sup>. Si può così affermare che il concetto di *imperatività* della sentenza «superi» quello di «immutabilità»<sup>(14)</sup>. Questo superamento è tracciato evidentemente dall'art. 282 c.p.c. che definisce la esecutività della sentenza, implicando, quindi, la necessità di obbedienza. Detta obbedienza si risolve, se non altro, nella sua efficacia<sup>(15)</sup>. Lo stesso discorso si estende alle sentenze non definitive che, seppur ancora impugnabili, spiegano una efficacia immediata nel processo: esse, infatti, vincolano sempre il giudice che le ha pronunciate, sebbene non siano ancora irrevocabili (cioè siano ancora impugnabili)<sup>(16)</sup>. Tra le sentenze non definitive, l'esempio paradigmatico

---

<sup>(13)</sup> E.T. Liebman, *op. cit.*, 37 ss.; Sulla distinzione imperatività e immutabilità si v. anche F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, rist., Padova 1931, IV, n. 311. L'Autore opera una scissione tra l'efficacia che la sentenza spiega nel processo (immutabilità) e quella che spiega fuori dal processo (imperatività). La differenza, tuttavia, tra Liebman e Carnelutti è che mentre il primo riduceva la *res iudicata*, prevalentemente, all'immutabilità, considerando l'imperatività un aspetto di tutte le sentenze; il secondo, considerava la *res iudicata* come composta necessariamente da entrambe gli aspetti. Nella parte finale di questo paragrafo cercherò di conciliare la discrasia tra questi due orientamenti. Contrari a qualsiasi scomposizione di questi aspetti A. Rocco, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in *Opere giur.*, II, Roma 1932, 205 ss.; così anche M. Vellani, *op. cit.*, 53 secondo cui un accertamento come contenuto è completo benché soggetto a riforma, ma privo ancora di quell'imperatività che lo rende atto a costituire la regola del rapporto sostanziale accertato dal giudice.

<sup>(14)</sup> E.T. Liebman, *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in questa *Rivista* 1936, I, 242 dove si legge che l'efficacia della sentenza qualifica la stessa in modo così caratteristico al punto che sembra «prevalere» sulla immutabilità «sino ad assorbirla».

<sup>(15)</sup> F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5<sup>a</sup> ed., Roma 1956, I, n. 81, 82 secondo cui « anche prima di passare in giudicato la sentenza può essere esecutiva e la possibilità della sua esecuzione implicando la necessità dell'obbedienza non in altro si risolve se non nella sua imperatività ». Si veda altresì V. Andrioli, in *Commento, op. loc. cit.*, il quale scrive che «la sentenza, ancorché impugnabile, ha effetti suoi propri, che, non potendo per ragione di esclusione identificarsi con la efficacia di cosa giudicata, debbono essere costitutivi ovvero dichiarativi. Riprova più sicura della esattezza della dottrina di Liebman (almeno nel suo nucleo centrale), che distingue l'efficacia dalla autorità della sentenza ». Sul collegamento tra l'art. 282 c.p.c. e la teorica liebmaniana C. Cavallini, *L'efficacia della sentenza impugnata*, in questa *Rivista* 2015, 343 ss.

<sup>(16)</sup> E. Redenti, M. Vellani, *Diritto processuale civile*, Milano 2011, 321; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 13<sup>a</sup> ed., Milano 2023, II, 381.

di efficacia senza immutabilità è la sentenza di condanna generica ai sensi dell'art. 278 c.p.c. emessa nel corso di un processo instaurato sia per l'*an* che per il *quantum*, nel caso in cui il giudice abbia già accertato la sussistenza del diritto e disposto la prosecuzione per la liquidazione<sup>(17)</sup>. La sentenza (non definitiva) di condanna generica è infatti titolo per la iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 2818 c.c. nel riferimento al «risarcimento del danno da liquidarsi successivamente») e altresì idonea a trasformare una prescrizione più breve in decennale<sup>(18)</sup>. Soprattutto con riferimento al primo effetto, l'efficacia della pronuncia, seppur non definitiva, è lampante: nel momento in cui consente l'ottenimento di un titolo di preferenza da far valere in sede di distribuzione del ricavato, la sentenza non fa altro che spiegare la sua piena efficacia. E financo l'esistenza di mezzi straordinari di impugnazione dimostra che la immutabilità è destinata a cedere a fronte della (in)efficacia della sentenza.

Il concetto di efficacia della sentenza, inoltre, si lega indissolubilmente al concetto di accettazione da parte del destinatario del precetto contenuto nella stessa: la prima ha bisogno sempre della seconda. Per evitare fraintendimenti, con accettazione non si intende che entrambi le parti siano d'accordo con la pronuncia del giudice ed è ovvia la considerazione per

(17) E. Redenti, M. Vellani, *op. cit.*, 321; F.P. Luiso, *op. cit.*, 211 s. Per un'indagine sull'oggetto e sulla natura dell'istituto contemplato nell'art. 278 c.p.c. si v. C. Cavallini, *L'oggetto della sentenza di condanna generica*, in questa *Rivista* 2002, 523. In particolare, giova riprendere le parole dell'Autore nel punto in cui precisa che «affinché si possa giustificare un frazionamento dell'oggetto del processo, e da esso la configurabilità di un accertamento parziale destinato comunque ad acquisire autorità di cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909, bisognerebbe dimostrare che quell'oggetto sia frazionabile, cioè possa scindersi in due pronunce su diversi ma dipendenti diritti *ab origine* cumulati nella formalmente unica domanda giudiziale. E se una consimile prospettiva è stata avanzata da una (pur autorevole) dottrina, nondimeno non riesce a persuadere della sua congruità, posto che il diritto fatto valere con la domanda di condanna generica, ovvero con quella di condanna specifica "separata" lite pendente, è sempre lo stesso uno ed unico, ed è il diritto risarcitorio; la cui fattispecie costitutiva, se non m'inganno, rimane sempre la stessa, così come allegata dall'attore a fondamento della domanda, unica, fatta valere a guisa di azione di condanna avverso il convenuto asserito come responsabile del danno cagionato» (545). Se allora la domanda è unica, è chiaro che la efficacia della sentenza non definitiva, soprattutto con riguardo alla possibilità di iscrizione di ipoteca, si apprezza nella sua interessezza: e, infatti, precisa ancora il Prof. Cavallini, «ché, anzi, proprio in questa situazione processuale, dalla consacrata unicità della domanda proposta, si desume *a fortiori* come il proseguimento del processo sia preordinato alla completa attuazione del dovere decisorio»; v. altresì A. Carratta, voce *Condanna generica*, in *Enc. giur.*, VII, Roma 1997, 1 ss.

(18) La giurisprudenza è unanime nell'estensione dell'art. 2953 c.c. alle sentenze di condanna generica, cfr., *ex multis*, Cass. 7 ottobre 2005, n. 19636, in *OneLegale*; Cass. 23 maggio 2003, n. 8154 in *OneLegale*; Cass. 28 marzo 2000, n. 3727, in *Mass. Foro it.* 2000, 370; Cass. 15 settembre 1995, n. 9771, in *Foro it.* 1996, I, 961.

cui il soccombente «accetterà» difficilmente la pronuncia a suo sfavore. Per accettazione, di nuovo, si intende la legittimazione da parte dei destinatari dell'organo che l'ha emanata e, soprattutto per la parte risultata vittoriosa, la possibilità di considerare di aver raggiunto un risultato satisfattivo. È stato infatti acutamente fatto notare che l'efficacia della sentenza soggiace, sempre, al libero potere di disposizione delle parti che potrebbero decidere di regolare diversamente il loro rapporto sostanziale, a prescindere dalla pronuncia giudiziale, con l'unico limite che chiaramente deriva dalla natura (indisponibile) di detti rapporti<sup>(19)</sup>.

All'impostazione del Liebman, tuttavia, si potrebbe aggiungere una suggestione: identificare la cosa giudicata «solamente» con l'elemento della immutabilità comporterebbe una svalutazione dell'accertamento giudiziario. A cosa servirebbe un giudicato privo di efficacia, seppur immutabile? In altre parole, a cosa servirebbe una regola di condotta immutabile non accettata e, quindi, con basse probabilità che venga rispettata?

3. – La critica più acuta mossa a Liebman fu quella di Francesco Carnelutti, il quale, pur distinguendo i concetti di efficacia e di immutabilità della sentenza, sostenne che gli stessi sostanzialmente coincidono, essendo di fatto un modo di essere dell'efficacia di una sentenza. In altre parole, secondo Carnelutti, una sentenza, quando diviene *res iudicata*, acquisisce piena efficacia e definitività<sup>(20)</sup>. E non mi pare peregrino effettivamente giungere ad affermare che entrambi gli elementi fanno parte di una decisione finale e vincolante, seppur – diversamente da Carnelutti e in linea con Liebman – l'efficacia possa esistere anche «prima» che la sentenza divenga immutabile per le ragioni anzidette. Ma la vera distinzione, ed è qui il fulcro di questa analisi, è che l'«imperatività» (o efficacia), proprio perché può esistere senza l'«immutabilità», risulta l'elemento imprescindibile di ogni decisione che sia da considerarsi *res iudicata*; mentre la seconda può cedere e divenire, dunque, «tendenziale». In altre parole, mi pare che il vero elemento che caratterizza la possibilità di una sentenza di «fare stato» tra le parti sia proprio l'imperatività di una sentenza.

---

<sup>(19)</sup> In questi termini, E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto a terzi*, rist., Milano 1992, 40; S. Satta, *op. cit.*, 364, il quale, pur se in senso critico verso la distinzione operata da Liebman precisa che gli «effetti (*di una sentenza*) sono per definizione mutabili, almeno per accordo delle parti»; E.T. Liebman, *Ancora sulla sentenza*, cit., 250; G.A. Micheli, *Sulla natura giuridica dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Giur. compl. cass. civ.* 1945, 86; E. Fazzalari, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1323.

<sup>(20)</sup> F. Carnelutti, *Efficacia, autorità e immutabilità*, cit., 205. Più precisamente, secondo Carnelutti, la «autorità è un modo di essere dell'efficacia e consiste nella sua immutabilità».

L'immutabilità, infatti, è un concetto che non coincide con l'efficacia della sentenza al punto da non esistere *ab origine* ma anche al punto da poter essere sacrificata *ex post* e la possibilità di un'attenuazione di un aspetto della *res iudicata* si giustifica proprio al fine di confermare la necessaria e costante presenza dell'altro aspetto e, dunque, dell'«imperatività». Detto in altri termini, il legislatore, considerando il rischio che il processo, il giudice e le relative decisioni siano mal percepite dal soggetto a cui l'imperatività delle pronunce è diretta, a causa dei costanti disfunzionamenti cui la giustizia è sottoposta, potrebbe decidere di attenuare l'aspetto della immutabilità, a mezzo di strumenti che – pur garantendo una definitività attenuata o tendenziale – possano rafforzare la «percezione positiva» del sistema giustizia dai suoi destinatari e, quindi, preservare al massimo la efficacia della sentenza<sup>(21)</sup>. Con ciò non si vuole affatto intendere che bisogna rinunciare al giudicato come *legibus soluta*, né sacrificare un principio fondamentale quale quello della certezza del diritto. Occorre però prendere coscienza che il prezzo della certezza è ormai troppo alto e ha comportato come sacrifici la legittimazione dei giudici, la percezione del sistema giustizia, la svalutazione della professione forense. E allora più che una rinuncia all'incontrovertibilità, si affaccia l'ipotesi che il processo possa aspirare a risultati stabili nella misura in cui il sistema venga «percepito» come stabile da parte dei suoi destinatari. Ed è in questi termini che possono essere letti alcuni istituti dell'ultima riforma del processo civile (c.d. Riforma Cartabia) che sembrano di fatto attenuare la componente dell'immutabilità del giudicato. Alla triade «speditezza, semplificazione, razionalizzazione», che si erge ormai a manifesto dell'ultima riforma del processo<sup>(22)</sup>, si potrebbe aggiungere l'elemento della «satisfattività», intesa come soddisfazione del risultato processuale percepito da parte dei destinatari dello stesso.

4. – Tra le innovazioni della Riforma, emergono due nuovi strumenti di definizione anticipata della controversia, *i.e.* le ordinanze provvisorie regolate agli artt. 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c. In particolare, il giudice, se la

---

<sup>(21)</sup> In questo senso G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, rist., Napoli 1965, 906, il quale faceva notare che il giudicato, quale requisito ineliminabile della funzione giurisdizionale, trova fondamento in mere «ragioni di opportunità». Si legga così anche A. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.* 1990, 402 secondo cui «l'importanza della cognizione piena e del giudicato [...] nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status* non significa rendere coesistente alla giurisdizione contenziosa il giudicato nel senso che le manifestazioni della prima debbano sempre e contemporaneamente mirare alla realizzazione del secondo».

<sup>(22)</sup> Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, 6.

controversia presenta determinate caratteristiche, potrà emettere un'ordinanza di accoglimento della domanda, «quando i fatti costitutivi sono provati e le difese della controparte appaiono manifestamente infondate» o di rigetto, quando la domanda è «manifestamente infondata» ovvero «se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito di cui all'articolo 163, comma 3°, n. 3, e la nullità non è stata sanata o se, emesso l'ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda, persiste la mancanza dell'esposizione dei fatti di cui al numero 4), terzo comma del predetto articolo 163»<sup>(23)</sup>. In entrambi i casi, deve trattarsi di una controversia di competenza del tribunale e che abbia a oggetto diritti disponibili; è poi richiesta, per entrambe le ordinanze, apposita istanza di parte. Una volta pronunciata l'ordinanza, il giudizio può dirsi concluso: la parte soccombente non può infatti, con un proprio atto di impulso, proseguire il processo; può solamente proporre reclamo contro l'ordinanza e in caso di una pronuncia di accoglimento, il processo potrà riprendere, davanti a un magistrato diverso da quello che ha reso l'ordinanza reclamata. L'ordinanza di accoglimento è, inoltre, provvisoriamente esecutiva. L'aspetto senz'altro più cruciale e problematico di questi strumenti risiede nel fatto che, per quanto siano atti a «definire formalmente il giudizio nel merito», «non» siano idonei a formare *res iudicata*, un aspetto di cui si è al tal punto discusso in dottrina da portare molti a definire questa nuova ordinanza come un provvedimento inutile o comunque poco appetibile nel quadro delle tutele già esistenti<sup>(24)</sup>. Si potrebbe evidenziare, anzitutto, che

---

(23) Per un'analisi più approfondita su queste due ordinanze, si legga G. Costantino, *Il processo di cognizione in primo grado*, in Aa.Vv., *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. Costantino, Bari 2021, 180; B. Capponi, *Sulla nuova ordinanza di rigetto (art. 183-quater c.p.c.)*, in *Foro it.* 2022, 299; G. Scarselli, *I punti salienti dell'attuazione della riforma del processo civile*, in *www.giustiziainsieme.it* 2022; A. Carratta, *Le riforme del processo civile. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino 2023, 55; D. Menchini, E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in questa *Rivista* 2023, 578; G. Trisorio Liuzzi, *Le nuove ordinanze definitive (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in Aa.Vv., *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, Piacenza 2023, 125; G.P. Califano, *Le nuove ordinanze «decisorie» di cui agli articoli 183-ter e quater c.p.c.*, in *www.ildirittoprocessualecivileitalianoecomparato* 2023; M. Stella, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in *DPCIeC* 2023, 241; D. Turroni, *La definizione anticipata del giudizio – Artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.*, in *Giur. it.* 2023, 454; M.L. Guarniri, *Le ordinanze sommarie ex artt. 183-ter e 183-quater c.p.c. nella trama del giudizio a cognizione piena*, in *Judicium* 2023; L. Galanti, *Le nuove ordinanze definitive del giudizio di primo grado*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, 947; A. D'Addazio, *Ordinanze di accoglimento e di rigetto (artt. 183-ter e 183-quater, c.p.c.)*, in Aa.Vv., *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa 2023, 312 ss.; B. Capponi, *Sulla nuova ordinanza di accoglimento (art. 183-quater c.p.c.)*, in *Judicium* 2024.

(24) Si v. B. Capponi, *Sulla nuova ordinanza di accoglimento*, cit., che la definisce «un

riflettere in termini di totale inutilità di queste ordinanze significa affermare che le stesse, sol perché non abbiano il requisito dell'immutabilità, siano di fatto inefficaci. Di qui, allora, si pone la necessità di comprendere due aspetti: da un lato, se vi possa essere uno spazio di imperatività da assegnare a queste ordinanze e dall'altro lato, se questo spazio giustifichi, di fatto, una definitività delle stesse, per quanto solo tendenziale. Sul primo punto non può non evidenziarsi che questi provvedimenti si esplicano in un processo a cognizione piena, nel contraddittorio tra le parti e a seguito della fissazione completa, alla luce delle nuove memorie *ex art. 171-ter c.p.c.*, del *thema decidendum atque probandum*; oltre che, per quanto concerne l'ordinanza di accoglimento, la prova raggiunta dei fatti costitutivi. Questi aspetti risultano determinanti in quanto conferiscono alle ordinanze quella qualificazione di *giustizia del risultato* percepito dalle parti<sup>(25)</sup> che fonda, come ho detto precedentemente, il binomio accettazione del risultato-legittimazione dell'organo giudicante<sup>(26)</sup>. Vi è poi da considerare che l'ordinanza di accoglimento è già esecutiva e, quindi, contiene la caratteristica essenziale dell'efficacia della sentenza. È vero che l'efficacia preclusivo-conformativa propria dell'immutabilità del giudicato è assente, consentendo alla parte insoddisfatta dalla pronuncia di riproporre la stessa domanda di fronte a un altro giudice ma occorre, più concretamente, domandarsi quale dovrebbe essere l'incentivo per una parte di riproporre il procedimento dall'inizio, sulla base di una stessa domanda per la quale è già risultata soccombente. Qualora la parte soccombente decida di ricominciare da zero un procedimento dovrà comunque aspettarsi che un altro giudice, di fronte a un processo completo, magari inclusivo anche dell'esito del reclamo e un'ordinanza motivata<sup>(27)</sup>, con una pretesa che ha già mostrato i tratti della manifesta infondatezza, con ogni probabilità, deciderà di adeguarsi alla statuizione del giudice che

---

provvedimento Frankenstein», poiché «assembla forme di tutela e di controllo in modo disordinato, assicurando all'attore che ha ragione» una tutela imperfetta e inadeguata, ben lontana dagli obiettivi divisati dai proponenti»; G. Costantino, *op. cit.*, 181; D. Turrone, *op. cit.*, 459.

<sup>(25)</sup> A. Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, 241, il quale evidenzia un significativo rapporto tra le forme processuali e la qualità degli effetti prodotti dal provvedimento.

<sup>(26)</sup> M.L. Guarnieri, *op. cit.*, 8 secondo cui «lo spirito del nuovo istituto dovrebbe essere quello di offrire alle parti un provvedimento che sebbene provvisorio, possa comunque aspirare ad una certa stabilità nella misura in cui si riveli soddisfacente per il richiedente e venga accettato (nei fatti) dal soccombente, così apprestando una regolamentazione della vicenda sostanziale potenzialmente definitiva per le parti».

<sup>(27)</sup> Si precisa, infatti, che è verosimile aspettarsi che la parte vittoriosa alleghi come primo documento nelle proprie difese l'ordinanza alla stessa favorevole.

ha emesso l'ordinanza; e ciò soprattutto se si considera che si tratta di un nuovo giudizio sugli stessi fatti e non di una contestazione della precedente pronuncia. Applicando le categorie della metodologia *Law and Economics*, si potrebbe dire che gli incentivi per la riproposizione sono a tal punto bassi da giustificare il sacrificio della immutabilità<sup>(28)</sup>. L'ordinanza, dunque, ha in sé un grado di definitività che è dato dalla sua efficacia, derivante, a sua volta, sia dal fatto che la stessa giunge all'esito di un giusto processo e sia, per quella di accoglimento, dal fatto che è esecutiva. A ciò, come detto, si aggiunga che con riguardo alla possibilità di una riproposizione della stessa si deve comunque tener conto, in concreto, dell'opzione poco suggestiva per la parte soccombente di perdere, con buona probabilità, per due volte, con quello che comporta in termini di tempo e denaro. E in verità a rifletterci a fondo, questi esiti sono già conosciuti da un altro strumento, *i.e.* le pronunce cautelari, che – pur giungendo all'esito di un procedimento sommario – non formano *res iudicata* (art. 669-*octies*, ult. comma c.p.c.) e ciononostante contengono già, se si tratta di provvedimenti di stampo anticipatorio, alla luce dell'aspetto della strumentalità attenuata, un alto grado di definitività, seppur solo tendenziale<sup>(29)</sup>. Con questo strumento, quindi, il legislatore si è proposto di attenuare – per un'esigenza anche di speditezza – il ruolo dell'immutabilità della decisione, senza tuttavia rinunciare alla sua piena efficacia.

5. – La possibile disgiunzione tra l'efficacia e l'autorità della sentenza emerge in maniera preponderante da un'altra novità della Riforma, consistente nell'introduzione della revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 391-*quater* c.p.c.)<sup>(30)</sup>. In particolare, con il nuovo art. 391-*quater* c.p.c., il legislatore ha cercato di trovare una soluzione all'annoso problema dell'esecuzione da parte dello Stato italiano delle

(28) Per tutti, R.A. Posner, *The Economics of Justice*, 2<sup>a</sup> ed., Chicago 1981, *passim*.

(29) Sulle *rationes* delle riforme portate dal d.lgs. n. 5/2003 e dalla l. n. 80/2005 che hanno attenuato il nesso di strumentalità delle misure cautelari anticipatorie al giudizio di merito e la stabilità del relativo provvedimento cautelare, si v. B. Sassani, *Sulla riforma del processo societario*, in Aa.Vv., *La riforma delle società*, a cura di B. Sassani, Torino 2003, 10; R. Vaccarella, *La riforma societaria: aspetti processuali – Il rito ordinario*, in *Corriere giur.* 2003, 1504; E.F. Ricci, *Verso un nuovo processo civile?*, in questa *Rivista* 2003, 215.

(30) Sul nuovo art. 391-*quater* c.p.c., si v. A. Proto Pisani, *Note a prima lettura di una brutta riforma del processo civile (parte prima-agosto 2022)*, in *Questione Giustizia* 2022, § 10; A.D. De Santis, *Le impugnazioni*, in Aa.Vv., *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. Costantino, *op. cit.*, 261; G. Impagnatiello, *La revocazione*, in Aa.Vv., *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, *op. cit.*, 327; A. Carratta, *La riforma del processo civile nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. int.* 2023, 915; A. Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in questa *Rivista* 2023, 667.

sentenze della corte di Strasburgo che hanno accertato la contrarietà di una sentenza passata in giudicato ai diritti fondamentali sanciti nella Cedu<sup>(31)</sup>. Secondo la norma di nuovo conio, dopo l'accertamento da parte della corte europea della violazione di un «diritto di stato della persona»<sup>(32)</sup>, qualora la liquidazione di «equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione» non risultasse idonea a compensare le conseguenze della violazione di una sentenza italiana passata in giudicato (di merito o di legittimità), la parte (o il procuratore generale presso la corte di cassazione) potrà impugnare per revocazione detta sentenza, con il limite della salvezza dei diritti acquisiti da terzi in buona fede. In tal caso, l'immutabilità del giudicato cede di fronte alla possibilità che il contenuto dello stesso sia a tal punto ingiusto (ingiustizia che il canone legislativo traccia nella contrarietà della stessa ai diritti fondamentali della Cedu) da rendere la sentenza inefficace. In altre parole, la necessità che la sentenza sia imperativa e, dunque, altresì accettata dai litiganti consente di mettere in discussione la sua incontrovertibilità. Si potrebbe evidenziare che l'introduzione di questa novità porta a una disparità di trattamento irragionevole, con riguardo all'impossibilità di impugnare per revocazione un giudicato contrario a una sentenza della corte costituzionale: ci troviamo, adesso, di fronte a un giudicato che è sempre incontrovertibile anche se viola le norme della Costituzione ma instabile di fronte alla violazione di norme convenzionali. E allora, una lettura costituzionalmente orientata della nuova disposizione consentirebbe di supportare la tesi secondo cui la sentenza civile passata in giudicato potrebbe risultare sensibile anche alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma sostanziale la cui applicazione abbia inciso in modo determinante sul contenuto della decisione della causa. In siffatto caso, se la giustizia di un giudicato venisse meno poiché contrario a una successiva sentenza della corte costituzionale, la relativa immutabilità potrebbe a sua volta cedere<sup>(33)</sup>. Il legislatore conferma, quindi, un'attenua-

---

<sup>(31)</sup> Per un approfondimento F. Auletta, *Uno stress test per la revocazione*, in *Giusto proc. civ.* 2020, 83; E. D'Alessandro, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2018, 711; 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).

<sup>(32)</sup> Sulla poca chiarezza del riferimento e al fatto la norma non possa essere limitata alle sole ipotesi dei diritti di stato della persona si v. A. Carratta, *La riforma del processo civile nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale*, cit., 926 ss.; negli stessi termini, A. Graziosi, *op. cit.*, 694.

<sup>(33)</sup> Si v., sul punto, M. Gradi, *Cosa giudicata incostituzionale*, in questa *Rivista* 2022, 1190, il quale considera inaccettabile la possibilità che una cosa giudicata, soprattutto se si

zione dell'incontrovertibilità del giudicato, e, in particolare, con l'introduzione dell'art. 391-*quater* c.p.c. dimostra che l'efficacia della sentenza *supera* il concetto di immutabilità, diventando così il vero elemento imprescindibile del giudicato.

6. – Aggiungo, infine, che il complessivo impianto della Riforma denota la centralità di un sistema che punta a modelli processuali concentrati sulla satisfattività del risultato per le parti e, quindi, sui destinatari del provvedimento. Questo ruolo cruciale delle parti in termini di soddisfazione del risultato concreto della pronuncia che consente di giustificare la prevalenza dell'efficacia rispetto all'autorità della decisione si coglie, in particolare, in una novità che afferisce, più in generale, alla funzione del processo. Si tratta della (re)introduzione del tentativo di conciliazione obbligatorio ai sensi del riformato art. 183, comma 3, c.p.c.: «il giudice interroga liberamente le parti, richiedendo, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e tenta la conciliazione a norma dell'articolo 185»<sup>(34)</sup>. Questo strumento è stato infatti rispolverato dalla Riforma nel quadro della nuova definizione della materia del contendere, consentendo alle parti di essere messe di fronte a una possibile soluzione conciliativa quando questa è stata già definita; per altro si tratta non una conciliazione qualsiasi, ma di una conciliazione di fronte a un organo di Stato, che ha l'obbligo di promuoverla in prima udienza. L'emersione di un ruolo cruciale del componimento della lite come «istituto» consente di giungere alla riflessione sul componimento della lite come «scopo» del processo. L'evoluzione della funzione giurisdizionale, corredata anche da un'evoluzione legislativa sui c.d. mezzi di risoluzione alternativa della controversia stanno facendo emergere l'opportunità (o quantomeno la rinvigorita esigenza) di ragionare intorno lo/gli scopo/i del processo. Se il processo contenzioso possa o sia financo indotto a sfociare, anziché in una pronuncia del giudice, in un accordo tra le parti, significa che esiste un interesse dello Stato

---

tratti di lesione dei diritti fondamentali, possa continuare ad essere efficace se incostituzionale. Un'apertura, negli stessi termini anche da parte di R. Caponi, *Giudicato civile e identità nazionale (appunto con contrappunto sul caso Taricco)*, in *Questione Giustizia* 2017, 106 secondo cui la soluzione di un'intangibilità indiscriminata del giudicato appare troppo rigida e occorre affacciarsi alla possibilità, quantomeno nei casi più gravi, di cedimento del giudicato.

<sup>(34)</sup> R. Tarantino, *La conciliazione giudiziale*, in Aa.Vv., *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, *op. cit.*, 139; L. Iannicelli, M. Angelone, *La fase introduttiva e di trattazione nella cognizione di rito ordinario in primo grado dinanzi al tribunale*, in Aa.Vv., *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. Didone, F. De Santis, Milano 2023, 166.

di garantire la pace tra i consociati, interesse distinto da quello di dare ragione a chi ce l'ha, che è l'intimo contenuto della funzione giurisdizionale; e ciò al punto che Carnelutti arrivò a considerare la risoluzione del conflitto come lo scopo ultimo di tutto il processo<sup>(35)</sup>. Si potrebbe allora affermare che la «risoluzione» della controversia e la satisfattività delle parti del relativo risultato, implicite nella presenza di un accordo, divengono un metro di misura sul quale soppesare il nuovo volto del processo. Il (nuovo) processo dimostra di puntare a modelli di giustizia che mirano – innanzi tutto – alla «composizione» del conflitto, anche – a costo – di alcuni sacrifici; soprattutto se si considera che il costo, in termini di durata, del processo è già il vero sacrificio cui è sottoposta, oggi, la tutela dei diritti.

---

<sup>(35)</sup> Secondo l'Autore l'attuazione della volontà della legge non va confusa con lo scopo ultimo del processo, che è appunto quello di comporre, nel senso di risolvere, il conflitto, costituendone piuttosto un aspetto caratterizzante (F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 13 ss., 26 ss.; Così Id., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova 1936, 12-17).

## ATTUALITÀ LEGISLATIVA

---

GIAN FRANCO RICCI

già ordinario nell'Università di Bologna

### ALCUNE OSSERVAZIONI SUL NUOVO PROCESSO DI FAMIGLIA. ERRORI CONCETTUALI E DISARMONIE DEL SISTEMA

SOMMARIO: 1. Una disciplina temporanea di cui non si sentiva il bisogno. – 2. L'aumento incontrollato del rito camerale e la diminuzione delle garanzie del giusto processo. – 3. La sfasatura cronologica fra l'entrata in vigore del nuovo rito e quella del nuovo organo. – 4. Punti critici. L'ascolto del minore. – 5. La superficiale disciplina dell'attuazione dei provvedimenti del giudice. – 6. I poteri officiosi del giudice e l'istruttoria atipica del p.m. Necessità di un'interpretazione razionale degli artt. 473-bis.2 e 3 c.p.c.

1. – Il primo saggio che ho avuto modo di leggere sulla Riforma Cartabia è stato quello di Proto Pisani, giurista che unitamente alla grande preparazione scientifica ha potuto sempre vantare la mancanza di ogni avversione verso l'una o l'altra tendenza politica, essendo il suo pensiero da sempre uniformato unicamente all'obbiettivo della valutazione delle scelte fatte dal legislatore, senza preconcetti atti a sviarne le idee in funzione di interessi che non siano sempre stati quelli di un'obiettiva interpretazione della norma giuridica<sup>(1)</sup>. Tanto più utile era dunque il fatto che fosse da lui che proveniva il primo spunto per la valutazione della riforma del processo civile del 2022 (di cui peraltro nessuno sentiva il bisogno!).

L'attenzione di Proto Pisani era incentrata essenzialmente sulla creazione del «tribunale della famiglia e delle persone» che avrebbe dovuto finalmente porre fine al *caos* (perché veramente di *caos* si tratta) determinato dalla molteplicità dei procedimenti familiari, con la *reductio ad unum* (finalmente!) in un unico organo ed in un unico tipo di rito che potessero disciplinare la materia, sopprimendo soprattutto la dualità delle giurisdizioni fra tribunale ordinario e tribunale minorile prevista dal mal concepito art. 38 disp. att. c.c.

---

<sup>(1)</sup> A. Proto Pisani, *Note a prima lettura di una brutta riforma del processo civile*, in *Foro italiano.it*. 29 settembre 2022.

Nella sua indagine l'A. notava immediatamente una stonatura di fondo data dal fatto che, nonostante le premesse della riforma, accanto all'organo di nuovo conio che avrebbe dovuto prendere corpo nell'ambito della giustizia ordinaria come unico «tribunale» nella gestione della materia familiare, sembrava che continuasse a convivere anche il vecchio ed antiquato rito del tribunale minorile<sup>(2)</sup>.

Parve a prima vista solo un'impressione, data dal fatto che l'A. scriveva commentando esclusivamente la l. d. n. 206/2021, dal momento che all'epoca il decreto delegato non sussisteva ancora. Alla verifica dei fatti, tuttavia l'emanazione del d.lgs. n. 149/2022, non solo ha dato ragione all'A., ma ha addirittura aumentato le perplessità dei giuristi perché, oltre al fatto che la nuova formulazione dell'art. 38 disp. att. c.c. non ha cancellato la dualità degli organi giudiziari sopra indicati (tribunale ordinario e tribunale minorile), gli organi giudiziari diventano tre perché il nuovo art. 473-ter c.p.c. mantiene ancora in vita quel fantasma giuridico che è il giudice tutelare, la cui utilità non si è mai praticamente capita e la cui esistenza ha sempre segnato inesorabili complicazioni circa il riparto fra le sue competenze e quella del tribunale ordinario<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> P. Pisani, *op. cit.*, § 6, che considera la nuova normativa sul tribunale delle persone, dei minorenni e della famiglia nella previsione della l. d. n. 206/2021, una vera e propria «presa in giro», poiché a fronte dell'idea di prevedere un unico processo con un unico rito innanzi al «Tribunale della persona, dei minori e della famiglia», nel testo della legge delega appariva già la previsione di due riti diversi, l'uno relativo alle «controversie in materia di famiglia», l'altro relativo esclusivamente «ai processi dei minorenni», cioè alle controversie di cui agli artt. da 330 a 336 c.c. Di minor peso, anche se ancora più arroventata, è la circolare del 16 settembre 2022 diffusa dalla A.I.M.M.F. (Associazione italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia) che attacca la riforma definendola «reazionaria» non si sa bene sulla base di quale presupposto che non sia quello della «prevista radicale emarginazione delle istruttorie dei giudici onorari», grazie ai quali gran parte dei tribunali minorili più oberati di lavoro riuscirebbe a garantire un funzionamento qualitativamente e quantitativamente adeguato. Ci pare comunque che questa sia una ragione solo di comodo per colpevolizzare la riforma. E in ogni caso va sottolineato che la sottrazione ai giudici onorari dell'istruttoria introdotta dal secondo comma dell'art. 473-bis.1 (che vieta loro di procedere all'ascolto del minore e di assumere le testimonianze), lungi dal dovere essere criticata, costituisce una specifica garanzia del giusto processo, giacché non è chi non veda come debba essere guardata con sospetto un'acquisizione probatoria effettuata da chi non ha neppure una laurea in legge. La posizione critica dell'A.I.M.M.F. è anche segnalata da C. Cecchella, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglia*, in questa *Rivista* 2023, 1093, nota 9.

<sup>(3)</sup> Il riparto di competenze è delineato com'è noto dall'art. 38 disp. att. c.c., divenendo ancor più complicato con le modifiche introdotte alla norma dalla riforma del 2022. Precisa esattamente C. Cecchella, *op. cit.*, 1096, che l'eventualità dell'abrogazione dell'art. 38 disp. att. c.c. (peraltro non avvenuta), era stata salutata con favore a causa degli innumerevoli problemi che la disposizione comporta.

È lecita dunque una prima domanda: e cioè dove stia l'innovazione del tanto proclamato giudice unico della famiglia, quando all'atto pratico i giudici che si occupano di questa materia sono rimasti quelli di prima.

Si potrà dire che il legislatore messo di fronte alla riforma del processo di famiglia, più che della competenza degli organi si sia preoccupato della necessità di costruire un rito unitario che potesse raggruppare tutti i variegati procedimenti che sono sempre proliferati *in subiecta materia*.

Solo che anche sotto questo profilo la riforma pare avere fallito il suo scopo, giacché invece di un unico rito volto a riportare il contenzioso familiare nell'alveo di un solo tipo di giudizio con tutte le garanzie per le parti proprie del processo ordinario (al fine se non altro di sottrarre una vasta parte della materia allo sconclusionato procedimento di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., reso ancor meno garantistico dalla personalizzazione che ne fa la maggior parte dei magistrati grazie all'ultimo comma dell'art. 738 c.p.c.), la riforma accanto alla figura di quello che il legislatore ha chiamato processo ordinario di cui all'art. 473-*bis*.11 ss. c.p.c., che almeno a prima vista sembrerebbe munito delle garanzie necessarie alla tutela dei diritti soggettivi in gioco, ha creato una serie di *sub* procedimenti agli artt. 473-*bis*.39 ss. c.p.c., che non solo ne compromettono l'unità, ma sono inesorabilmente sottratti alle garanzie del giusto processo, o perché violano il principio della domanda (art. 473-*bis*.39 c.p.c.: che prevede che nel caso di gravi inadempienze ai provvedimenti del giudice, quest'ultimo «può d'ufficio modificare i provvedimenti in vigore»); o perché violano le regole di una garantistica istruttoria (artt. 473-*bis*.44 ss. c.p.c.: ove è detto che nel caso di presunta violenza domestica o di genere, l'istruttoria possa svolgersi semplicemente anche solo sulla base di «sommarie informazioni» o di «rapporti di intervento e relazioni di servizio redatti dalle forze dell'ordine», senza alcuna garanzia di rispetto del contraddittorio); o perché infine non sono sufficientemente chiari sulle posizioni di difesa delle parti (art. 473-*bis*.68 c.p.c., sulla sostituzione dell'amministratore del patrimonio familiare, che prevede che di fronte al ricorso dell'attore, il giudice fissa il termine per la notifica del ricorso e del decreto, ma non specifica né quale sia quello assegnato per la costituzione del convenuto, né tantomeno prevede l'atto con cui questo possa costituirsi). Il discorso su questa indicibile provvisorietà potrebbe continuare.

Non solo, ma quel che è più grave non è soltanto l'aver creato tale pluralità di *sub*-procedimenti, ciascuno con un rito diverso, ma di avere lasciato in vita il procedimento in camera di consiglio da applicare nelle numerose ipotesi previste dall'art. 473-*ter* c.p.c., oltretutto in quelle dell'art. 38, comma 4, disp. att. c.c. nella nuova formulazione, anziché abolire una volta per tutte quest'ultima norma in nome dell'unico rito familiare del

quale il legislatore ci aveva illusi e che avrebbe dovuto costituire, da un lato l'unico modo per eliminare le inevitabili difficoltà interpretative generate dall'intreccio dei più procedimenti esistenti e dall'altro per offrire alle parti le dovute garanzie difensive, inevitabilmente compromesse dal procedimento camerale dell'art. 737 ss. c.p.c. che continua ad esistere in una pluralità di ipotesi e che invece dovrebbe essere impiegato esclusivamente per la risoluzione dei più semplici casi di giurisdizione volontaria.

Il dubbio aumenta se si considera poi il già citato ultimo comma dell'art. 38 disp. att. c.c., che prevede la competenza della corte d'appello per i minorenni per il reclamo contro i provvedimenti del tribunale minorile quando «quest'ultimo procede ai sensi dell'art. 737 del codice di procedura civile». Il che inevitabilmente fa supporre che il tribunale minorile possa procedere anche con il rito ordinario di cui all'art. 473-*bis*.11 ss. c.p.c. Solo che il legislatore si è dimenticato di dire, per lo meno in modo chiaro, quand'è che si utilizza l'uno o l'altro rito. Va poi aggiunta l'introduzione del richiamato nuovo art. 473-*ter* c.p.c., il quale prevede che i decreti del giudice tutelare, oltre agli altri provvedimenti previsti nelle specifiche ipotesi indicate dalla norma «sono pronunciati in camera di consiglio».

Tirando le somme, a fronte della previsione originaria dell'introduzione di un tribunale unico delle persone, dei minori e della famiglia, con un unico rito, la situazione che emerge dal d.lgs. n. 149/2022 è ben diversa, giacché esso prevede:

1) un processo ordinario per tutti i procedimenti «che riguardano un minore», il cui rito è delineato dall'art. 473-*bis*.11 ss. c.p.c., nel quale si cerca (almeno apparentemente) di rispettare le garanzie del contraddittorio e della difesa;

2) vari sotto-modelli, con diversificazione di rito rispetto a quello ordinario, come quelli di separazione e divorzio, di cui agli artt. 473-*bis*.47 ss. c.p.c., a loro volta distinti fra procedimenti contenziosi o a domanda congiunta;

3) il procedimento di fronte al tribunale per i minorenni, attuabile nei casi indicati dall'art. 38 disp. att. c.c., che stando al quarto comma della norma, può procedere tanto con rito camerale *ex art.* 737 c.p.c., quanto con rito diverso (che non si sa quale sia);

4) il procedimento di fronte al giudice tutelare, competente nei casi di cui all'art. 344 c.c., che procede con il rito in camera di consiglio *ex art.* 737 c.p.c. (art. 473-*ter* c.p.c.);

5) infine, il procedimento di fronte al tribunale ordinario, che oltre che con il rito di cui all'art. 473-*bis*.11 c.p.c., nelle materie previste dall'art. 473-*ter* c.p.c. procede secondo il rito camerale *ex art.* 737 c.p.c.

Ora, non è chi non veda come un tale sistema tutto possa rappresentare tranne il tanto auspicato (e promesso) processo per le persone, per i minori e per la famiglia, che avrebbe dovuto procedere di fronte ad un giudice unico e con rito unico.

2. – Il mantenimento del rito camerale nella grande quantità delle ipotesi previste dall'art. 473-ter c.p.c., che certo appare un controsenso nella materia familiare in cui si contende di diritti soggettivi e più ancora di potestà (non è di gran significato che l'art. 316 c.c. abbia sostituito quest'ultimo termine con quello del tutto anonimo di «responsabilità» genitoriale), è stato giustificato da qualche autore con l'affermazione che anziché continuare a ragionare «in termini di principii» (quali la tutela del diritto di difesa e del giusto processo), bisognerebbe spostare l'angolo visuale sull'«effettività» della tutela che il processo in camera di consiglio sembrerebbe meglio raggiungere (forse per la presunta maggior velocità), tanto più che anch'esso non urterebbe contro il concreto dispiegamento del contraddittorio fra le parti e considerando inoltre che il margine di discrezionalità in capo al giudice concesso dall'art. 738 c.p.c. (si allude forse alla possibilità di decidere sulla base delle semplici «informazioni»!), rientrerebbe «fisiologicamente» all'interno di ogni attività decisoria, se preceduta da un'accurata valutazione del materiale probatorio<sup>(4)</sup>.

Ma il problema sta proprio qui, poiché l'uso del rito camerale nella natura contenziosa pecca a partire dalla premessa, dato che tale modello non appare idoneo allo scopo fin dal dispiegamento dell'attività iniziale del processo che è quella delle allegazioni, giacché sotto questo profilo conviene ricordare che l'art. 737 c.p.c. non prende neppure in considerazione l'atto con cui possa costituirsi il convenuto. E se questa mancanza poteva giustificarsi nelle intenzioni del legislatore del 1940, dato che all'epoca in una visione molto più realistica e sicuramente molto più conforme alla legge, la procedura camerale era riservata ai soli casi di giurisdizione volontaria nell'accezione originaria e certo più corretta del termine, quella cioè di un procedimento destinato esclusivamente alla disciplina di situazioni non conflittuali di carattere sostanzialmente amministrativo, ai tempi odierni in cui nel calderone dell'art. 737 c.p.c. confluiscono anche modelli di giurisdizione contenziosa, la mancanza di un atto con cui il convenuto possa difendersi, è francamente inconcepibile. Talché in questi termini il

---

<sup>(4)</sup> C. Briguglio, in *La riforma Cartabia del processo civile (Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149)*, a cura di R. Tiscini, Pisa 2023, 985.

rito in questione rappresenta la più palese violazione delle regole del giusto processo fin dal momento delle «allegazioni».

La situazione ovviamente peggiora quando si passa all'istruttoria, giacché le fatidiche «informazioni» camerali di cui all'art. 738 c.p.c. come ognun sa vengono raccolte senza contraddittorio (si pensi alle relazioni degli assistenti sociali nelle controversie *de potestate*); e se si considera l'abuso che ne fanno i giudici con il pretesto di un risparmio di tempo e di fatica rispetto all'istruttoria ordinaria, non può non convenirsi sul fatto che il magistrato finisce per decidere su materiale formatosi *aliunde* rispetto al processo, sulla cui formazione le parti non hanno potuto interloquire<sup>(5)</sup>.

Talché non si tratta di riconoscere in capo al giudice «un certo margine di discrezionalità», ma una discrezionalità incontrollata, non filtrata attraverso le garanzie difensive istruttorie, che prevedono in primo luogo la presenza delle parti nell'acquisizione della prova. È ben vero che il ricorso sempre più frequente alle istruttorie atipiche, come la decisione sulla base delle prove raccolte in un altro processo o degli scritti dei terzi, ci ha abituati a metodi di acquisizione probatoria eterodossi che scavalcano il contraddittorio. Ma un conto è l'impiego dell'istruttoria atipica nel procedimento ordinario, ove la stessa funge tutt'al più da supporto all'acquisizione delle prove in contraddittorio ma non le esclude<sup>(6)</sup>, altro conto è la decisione della causa sulla base «solo» di un'istruttoria esclusivamente atipica che mette al bando l'ordinario regime di assunzione delle prove (l'opinione corrente è infatti quella per cui nel procedimento camerale non si abbia diritto all'istruttoria ordinaria<sup>(7)</sup>) e che trasforma il giudice in un

---

<sup>(5)</sup> L'inidoneità del rito camerale a disciplinare la materia contenziosa è stata sottolineata più volte, per cui appare quasi superfluo ricordare la vasta dottrina in proposito. Un cenno però merita l'approfondita indagine fatta a suo tempo da L. Lanfranchi, *La roccia non incrinata (Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti)*, 2ª ed., Torino 2004, soprattutto 499 ss. Fra gli scritti più recenti si vedano G. Costantino, *Note sulla tutela dei diritti e regole del processo*, in *La tutela dei diritti e regole del processo*, in *Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del processo civile*, LXVII, Bologna 2019, 21; I. Pagni, *Principio di proporzionalità e regole minime tra rito ordinario, rito sommario, rito del lavoro e tutela sommaria*, in *op. cit.*, 185.

<sup>(6)</sup> Sui limiti dell'utilizzo delle c.d. «prove atipiche», mi sia permesso di rinviare al mio volume su *Le prove atipiche*, Milano 1999, 459 ss., ove il problema dei limiti e delle garanzie nell'uso di siffatto genere di prove è esaminato dettagliatamente. In riferimento, si rinvia inoltre ai classici studi di M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in questa *Rivista* 1973, 423 ss.; di B. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 335 ss.; e di S. Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, ora in *Formalismi e garanzie (Studi sul processo civile)*, Torino 1995, 209.

<sup>(7)</sup> L'assetto dell'istruzione probatoria nei procedimenti camerali in cui vengono presi

decidente *legibus solutus*, capace di giudicare sulla semplice impressione dei fatti più che sulla prova effettiva dei medesimi.

La verità è che, quando si contende di diritti soggettivi o ancor più di potestà, il contraddittorio deve dispiegarsi in modo pieno sia per le «allegazioni» (il che è precluso in sede camerale, non solo come si è visto per il convenuto, privato della possibilità di costituzione in giudizio con un atto scritto, ma anche per l'attore che non ha altro che il semplice verbale di udienza per replicare alle eventuali deduzioni del convenuto), sia per l'«acquisizione probatoria» (le cui garanzie sono negate in sede camerale, ove può decidersi esclusivamente sulla base delle «informazioni»).

3. – Il quadro è dunque molto più complicato e certo anche meno edificante, di quanto non fosse prima della riforma Cartabia.

Ma la domanda più critica è la seguente. Come mai si è moltiplicato il frazionamento dei procedimenti di fronte a giudici diversi rispetto lo stato *quo ante*, quando tutto ciò come ben si sa ha vita provvisoria, dal momento che entro due anni dalla riforma il panorama è destinato a cambiare, venendo il contenzioso familiare tutto quanto convogliato nell'unico organo del tribunale della famiglia, dei minori e delle persone, che determinerà l'effettiva scomparsa del tribunale per i minorenni e del giudice tutelare?

---

in considerazione diritti soggettivi, specie di fronte all'abitudine ormai consolidata dei giudici di decidere anche solo sulla base delle «informazioni» di cui all'art. 738, comma 3, c.p.c., è stato esaminato con dovizia di dettagli da M.G. Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino 1994, 189, la quale afferma che in via generale in tali procedimenti l'assunzione di informazioni costituisce il mezzo tipico di istruttoria ricomprendente fonti «eterogenee» di prova, accomunando fatti tipici (dichiarazioni delle parti interessate e dei terzi) e fatti atipici (atti giustificativi, informazioni scritte della pubblica amministrazione, verbali e rapporti della polizia giudiziaria, ecc.). Quanto all'efficacia di siffatto tipo di istruttoria, l'a. in contrasto con tesi per la verità molto più prudenziali che attribuiscono a tali tipi di informazione il valore di semplici presunzioni, sembra invece ritenere la loro completa idoneità a fondare anche in modo autonomo il convincimento del giudice (*ivi* 194).

Tuttavia, se l'oggetto del contendere riguarda diritti soggettivi (come nel caso delle controversie relative all'affidamento dei figli), non dovrebbe essere escluso un pieno riconoscimento del diritto alla prova, con la facoltà oltretutto di produrre documenti, anche «chiedere l'ammissione di prove costituente a prova diretta e a controprova» (*ivi* 198).

Pertanto, di fronte a richieste in quest'ultimo senso delle parti, il giudice non potrebbe rifiutarne l'accoglimento (se non nel caso in cui si tratti di prove inammissibili o irrilevanti), adducendo il pretesto di una mancata previsione legislativa dell'impiego di mezzi istruttori tipici o dell'ampia libertà del giudice di decidere sulla base esclusiva delle informazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 738, comma 3, c.p.c. Di fatto però la prassi deviante che si è ormai radicata nella pratica è quella per cui il giudice del giudizio camerale si ritiene libero di non ammettere le prove tipiche previste per il processo ordinario e decidere anche solo sulla base delle informazioni.

Sembra infatti che ci si dimentichi che in attuazione dei principi e dei criteri direttivi individuati dalla legge delega (art. 1, comma 24, l. n. 206/2021), il nuovo art. 49 ord. giur. prevede che in ogni sede di corte d'appello e di sezione distaccata di corte d'appello, venga «costituito un Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, il quale si articola in una sezione distrettuale e in una o più sezioni circondariali». La sezione distrettuale giudica in composizione collegiale ed ha sede nel capoluogo di distretto della corte d'appello o di sezione di corte d'appello, mentre quella circondariale, monocratica, è costituita in ogni sede del tribunale. Il nuovo tribunale, secondo quanto disposto dall'art. 49, primo comma, d.lgs. n. 149/2022, entrerà in funzione decorsi due anni dalla data di pubblicazione del decreto e cioè nell'ottobre 2024 ed avrà competenza non solo civile, ma anche penale (art. 50.1, ord. giud.).

Sotto il primo profilo (quello civile) il nuovo tribunale si occuperà di ogni controversia inerente alla famiglia (procedimenti aventi ad oggetto lo stato e la capacità delle persone, controversie in materia di famiglia, di unioni civili, convivenza e minori: art. 50.1, lett. a) ord. giud.), assorbendo tutte le controversie del tribunale per i minorenni e del giudice tutelare, che verranno pertanto aboliti (l'abrogazione del giudice tutelare è peraltro espressamente prevista dalla lett. c) dell'art. 50.1 ord. giud., mentre quella del tribunale per i minorenni si ricava implicitamente dalla lett. a) della norma, che devolve al nuovo tribunale ordinario tutte le controversie riguardanti i minori).

La ripartizione delle competenze in materia civile fra le sezioni circondariali e quella distrettuale è disposta dall'art. 50.5 ord. giud., che attribuisce alle prime tutte le controversie indicate nel comma 1 ed alla seconda oltre ai giudizi di impugnazione e di reclamo avverso i procedimenti pronunciati dalle sezioni circondariali, anche i giudizi di primo grado in materia familiare diversi da quelli indicati nel primo comma della norma (art. 50.5, comma 2).

Non rientrano in ogni caso nella competenza del nuovo tribunale i procedimenti aventi ad oggetto la cittadinanza, le immigrazioni e il riconoscimento della protezione internazionale, che rimangono di competenza del tribunale ordinario (art. 50.1, comma 2, ord. giud.).

In materia penale, il nuovo tribunale assorbirà invece tutta la materia attualmente devoluta al tribunale minorile.

È da sottolineare, infine, che l'art. 70-ter ord. giud. prevede l'istituzione di un apposito ufficio del pubblico ministero presso il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, ufficio che ha sede nel capoluogo del distretto di corte d'appello ed in ogni sua sezione distaccata.

Essendo questo l'assetto della riforma, nella materia civile ci troveremo all'ottobre di quest'anno di fronte alla seguente situazione.

1) Vi sarà la «competenza» unitaria di un unico giudice che dovrà occuparsi di tutte le controversie in materia di famiglia, di minori e delle persone e che sostituirà tanto il tribunale minorile, quanto il giudice tutelare, che andranno a scomparire.

2) Fino ad allora vivremo in una situazione di disciplina temporanea, con il *caos* dei tre vecchi tribunali civile, minorile e giudice tutelare, per i quali la ripartizione delle competenze è stata resa addirittura più complicata dal nuovo testo dell'art. 38 disp. att. c.c. e dell'art. 473-*ter* c.p.c. Ci domandiamo pertanto che senso ha l'aver introdotto tali modifiche che dovranno scomparire nel giro di poco meno di un anno.

3) Il nuovo giudice funzionerà secondo «il rito» già designato dagli artt. 473-*bis*.11 ss. c.p.c., le cui salienti particolarità è d'uopo prendere pertanto in esame fin d'ora, giacché già in vigore (funziona cioè il nuovo rito, ma non il nuovo organo).

4) Nonostante la garanzia di un unico giudice ed un unico rito previsto dalla l. d. n. 206/2021, ci troveremo invece in futuro di fronte ad un unico giudice, ma «non ad un unico rito», sia per l'intervenuta creazione dei vari *sub*-procedimenti disposti dagli artt. 473-*bis*.36 ss. e 473-*bis*.40 ss. c.p.c., sia per la permanenza nelle varie materie indicate dall'art. 473-*ter* c.p.c. del faticoso procedimento camerale che ha sempre rappresentato una spina nel fianco per la decisione delle controversie in materia contenziosa.

Tutto ciò ci consente di dire senza tema di smentita, che rispetto al prognostico della legge delega, la riforma del processo di famiglia risulta attualmente realizzata solo a metà.

4. – Mettendo comunque al passo la disciplina futura della nuova e unica «competenza» giudiziale che opererà dall'ottobre 2024, con la nuova disciplina già in vigore disciplinante il «rito» operante fin da adesso con gli attuali giudici ed in futuro con il nuovo giudice, val la pena soffermarsi su alcuni punti estremamente problematici, che assieme all'eccessivo frazionamento dei riti segnalato nel paragrafo che precede, rappresentano già fin da ora vere e complesse problematiche per l'interprete.

La prima di queste è costituita dalla confusa disciplina dell'«ascolto del minore», disposta dalla nuova normativa. Scomparso dai vecchi artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c., l'istituto dell'ascolto è stato inserito nell'ambito delle disposizioni processuali sul processo familiare, trovando ora collocazione nell'art. 473-*bis*.4 c.p.c. ed in altre norme successive, come ad esempio l'art. 473-*bis*.5 c.p.c. che disciplina le modalità dell'ascolto e l'art. 473-

*bis.6* c.p.c., che impone l'obbligo dell'ascolto nei casi in cui il minore rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori.

L'art. 473-*bis.4* c.p.c. impone l'obbligo dell'ascolto del minore che ha compiuto gli anni dodici o se di età inferiore qualora sia capace di discernimento (la cartina di tornasole che attesta tale capacità dovrebbe essere ovviamente l'età scolare). Si fa ovviamente eccezione solo nei casi eccezionali in cui l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore o è manifestamente superfluo ovvero il minore è in stato di incapacità fisica o psichica o rifiuta l'ascolto (comma 2). L'importanza dell'ascolto è confermata dal fatto che il diniego del giudice deve essere motivato: ed è ovvio che per motivazione non può intendersi il semplice richiamo *sic et simpliciter* di casi indicati dal comma secondo, ma occorre specificare le ragioni per cui si versa in una di tale condizione. Obbligo di motivazione che i giudici difficilmente rispettano<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Il problema dell'ascolto del minore nelle controversie familiari aventi per oggetto il suo affidamento e il diritto di visita del genitore non affidatario, ha assunto un'importanza notevole negli ultimi anni, anche precedentemente alla riforma Cartabia, ove era previsto dal codice civile all'art. 336-*bis* e all'art. 337-*octies*. La riforma ha soppresso tali norme trasferendo il tutto nel codice di procedura nell'ambito delle disposizioni sul nuovo processo di famiglia (art. 473-*bis. 4*, art. 473-*bis. 5*, art. 473-*bis. 6* e art. 473-*bis. 45*), sia pur attraverso una scrittura non sempre precisa e soggetta ad equivoci, come detto nel testo. L'incerto testo legislativo non deve comunque fare sottovalutare l'istituto, del quale invece di solito i magistrati (anche quelli del tribunale per i minorenni) tendono ad evitare l'applicazione senza peraltro motivazioni convincenti se non quella (peraltro sottintesa) che il ricorrere a tale mezzo di indagine con le garanzie di legge farebbe loro perdere tempo. In proposito va in primo luogo sottolineato che l'ascolto del minore da parte del giudice è un obbligo previsto a pena di nullità del processo, come rilevato espressamente da Cass., sez. I, 23 giugno 2022, n. 20323, la quale ha annullato con rinvio la sentenza di appello che non aveva ritenuto necessario tale adempimento, precisando che «l'audizione del minore infradodicesenne capace di discernimento si configura come un adempimento prescritto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo». La Cassazione ricorda che si tratta di un adempimento già previsto dall'art. 12 della Convenzione di New York (Convenzione sui «diritti del fanciullo», resa esecutiva in Italia con l. n. 176/1991) e dall'art. 6 della Convenzione europea di Strasburgo (Convenzione Europea sull'«esercizio dei diritti dei minori», del 25 gennaio 1996, resa esecutiva in Italia con l. n. 77/2003), costituendo una modalità tra le più rilevanti del riconoscimento del diritto fondamentale del minore «ad essere informato ed esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano». Il diniego, quando si tratta del minore infradodicesenne, richiede una espressa motivazione, riflettente l'assenza di discernimento o altre gravi ragioni, le quali non possono essere fatte consistere nel semplice mero riferimento al disagio che un ulteriore approfondimento delle indagini avrebbe causato al minore, sul presupposto per esempio di una precedente audizione già effettuata dagli operatori del Servizio sociale, ritenuta erroneamente equivalente a quella che deve fare il giudice. È estremamente importante rilevare che, a parere della Corte, la nullità in oggetto sfugge allo stesso principio devolutivo, tant'è vero che il processo è stato annullato con rinvio ancorché la nullità dedotta in primo grado non fosse stata riproposta nei motivi di appello. Nello stesso senso v. anche Cass., sez. I, 24 marzo 2022, n. 9691, la

L'art. 473-*bis*.6 c.p.c. si occupa della situazione estremamente frequente in cui il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, prescrivendo che in tale caso il giudice debba procedere all'ascolto del minore senza ritardo. L'obbligo è preciso e la norma non prevede deroga.

---

quale nel riconfermare l'obbligo di audizione del minore come un inadempimento prescritto a pena di nullità, precisa anche che il giudice non può ritenere superflua l'audizione del minore motivando con il fatto che esso sia già stato effettuato nel corso delle indagini peritali o demandato ad un esperto al di fuori di detto incarico, atteso che solo «l'ascolto diretto del giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda». In senso analogo, Cass. 25 gennaio 2021, n. 1474. La decisione n. 9691 del 2022 ha cura di precisare che all'audizione del minore da parte del giudice non si può sfuggire neppure nei procedimenti volti all'«attuazione» del provvedimento sull'affidamento, determinati da presunti ostacoli frapposti dal genitore collocatario (nella fattispecie, la madre) alla frequentazione del genitore non collocatario, il che costituiva appunto l'oggetto specifico della materia del contendere del caso sottoposto alla Corte. Vale la pena di osservare che tali decisioni emesse prima della riforma del 2022, quando l'audizione era prevista dal solo codice civile (art. 336-*bis* e art. 337-*octies* c.c.), si basavano sul presupposto che il minore, pur non essendo parte formale del procedimento dal momento che nessuna disposizione di legge gli attribuiva una legittimazione processuale, è sempre stato ritenuto parte sostanziale, in quanto portatore di specifici interessi «comunque diversi, quando non *contrapposti*, rispetto a quelli dei genitori». Ciò posto è da dire che la riforma del 2022 ha accentuato ancora di più l'obbligo di audizione del minore dal momento che sembra attribuirgli anche una specifica legittimazione processuale, tanto che provvede espressamente la possibilità di nominargli un curatore speciale per il giudizio (art. 473-*bis*.8 c.p.c.). Occorre aggiungere che la riforma (la quale come si è detto ha trasferito la disciplina dell'ascolto nel codice di procedura sopprimendo le citate norme del codice civile), prevede che la deroga all'ascolto del minore infradodicenne debba essere contenuta negli stretti limiti dell'art. 473-*bis*.4 c.p.c., e soprattutto debba essere espressa con «provvedimento motivato». Ma ciò che è più importante è che anche la dottrina successiva alla riforma si è espressa nel senso che la mancata audizione del minore determina pur sempre la nullità del procedimento. In tal senso, F. Molinaro, in *La riforma Cartabia del processo civile (Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149)*, a cura di R. Tiscini, cit., 772, il quale rinvia a tale conseguenza già enunciata da Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238 (e poi ripresa, come si è visto, da tutta la giurisprudenza successiva), le quali hanno per prime precisato che il mancato ascolto del figlio viola il principio del contraddittorio e del giusto processo. D'altro canto diversamente non potrebbe essere con la riforma del 2022, dal momento che l'obiettivo dell'ascolto del minore è stato imposto dalla stessa l. d. n. 206/2021, che all'art. 1, comma 22, lett. t) stabiliva che il legislatore dovesse prevedere che «il giudice, anche relatore, debba procedere al previo ascolto non delegabile del minore anche infradodicenne, ove capace di esprimere la propria volontà» (A. Arceri, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole dell'ascolto e sulla rappresentanza*, in *Fam. e dir.* 2022, 384). Sul problema dell'audizione del minore in generale, vedi G. Ruffini, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. e pers.* 2006, 1257; A. Graziosi, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in *Fam. e dir.* 2010, 364; T. Iannone, *Le Sezioni Unite danno voce ai figli contesi fra genitori separati*, in *Fam. pers. succ.* 2010, 652; E. Italia, *L'ascolto del minore*, in *Fam. e dir.* 2020, p. 718; F. Danovi, *L'ascolto del minore è esplicitazione del contraddittorio nei confronti della parte in senso sostanziale*, in *Fam. e dir.* 2021, 717; R. Russo, *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Fam. e dir.* 2022, 649. Sui vari aspetti dell'ascolto del minore, v. da ultimo C. Cecchella, *op. cit.*, 1120 ss.

È dunque da vedersi se anche per tale ipotesi valgano i limiti all'ascolto previsti dall'art. 473-*bis*.4 (salvo ovviamente quello dell'impossibilità fisica o psichica del minore, che è ovviamente insuperabile). La legge non offre alcun criterio interpretativo, né sarebbe esatto dire che questa norma ha carattere generale, per cui i limiti dovrebbero essere operativi anche nel caso del rifiuto all'incontro con il genitore. La soluzione sarebbe infatti irrazionale, giacché ad esempio ove il minore rifiuti ogni rapporto con il genitore non affidatario, appare evidente la necessità di approfondirne le ragioni al fine della tutela dell'affidamento condiviso, il che potrebbe essere facilmente vanificato dal provvedimento del giudice che non consentisse all'ascolto. Neppure si potrebbe dire che in questo caso l'ascolto del minore sarebbe «manifestamente superfluo», essendo qui l'audizione di importanza fondamentale per capire le ragioni del rifiuto.

È dunque da ritenersi che la norma dell'art. 473-*bis*.6 c.p.c. sia norma speciale e che quindi allorché si verifichi la fattispecie che la legittima, il minore deve essere in ogni caso obbligatoriamente sentito.

L'art. 473-*bis*.5 c.p.c. sulle «modalità di ascolto», impone che l'audizione debba essere inderogabilmente condotta dal giudice, ancorché con l'assistenza di esperti o di altri ausiliari. L'ascolto non è dunque delegabile ad altri e neppure al consulente tecnico<sup>(9)</sup>. Ci si domanda allora che senso

---

(9) L'art. 473-*bis*.5 c.p.c. chiarisce un punto su cui spesso sorgono dissensi nei processi di famiglia nei quali si discute sull'affidamento, quando non sono condotti da magistrati decisi e preparati. La norma afferma che l'ascolto del minore «è condotto dal giudice», ancorché possa farsi «assistere» da esperti e altri ausiliari. Il che significa che l'ascolto non è delegabile né al consulente tecnico, né tantomeno agli assistenti sociali. In pratica i magistrati tendono a liberarsi dall'incombente delegandolo al consulente tecnico (c.d. ascolto «delegato» o «indiretto»), ma tale prassi ed il tutto ritenuta deviante dal nuovo testo legislativo che espressamente indica nel giudice l'organo deputato all'ascolto. Gli esperti potranno al massimo prendere parte all'esame, quando il giudice lo ritiene necessario, ma non potranno condurlo in prima persona (F. Molinaro, *op. cit.*, 773; R. Donzelli, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, in *www.judicium.it*, 31 gennaio 2022). Particolarmente curato, tranne che per uno specifico particolare che vedremo, è l'art. 473-*bis*.5 c.p.c. sulle «Modalità dell'ascolto», il quale stabilisce una serie di prescrizioni per la migliore riuscita dell'incombente. a) Si ribadisce in primo luogo che l'ascolto è «condotto» dal giudice, ancorché possa essere assistito da esperti o altri ausiliari (psicologi, assistenti sociali, ecc.). b) Prima dell'ascolto il giudice deve indicare ai genitori, ai difensori e al curatore speciale «i temi» oggetto dell'adempimento: cioè i vari punti su cui verterà l'ascolto (non sembra sufficiente un semplice riferimento generico alle domande che saranno fatte al minore). Questi soggetti non hanno diritto di assistere all'ascolto (possono farlo solo se autorizzati dal giudice), ma possono pur sempre indicare al giudice «argomenti» e «temi di approfondimento» da trattare. c) Le garanzie per il minore sono sia oggettive (l'incontro deve turbare il meno possibile la psiche del minore: deve avvenire al di fuori dell'orario scolastico e in locali «idonei ed adeguati alla sua età», anche al di fuori del tribunale), che soggettive (il giudice tenuto conto dell'età e del grado di

abbia il disposto dell'art. 152-*sexies*, comma 3, disp. att. c.p.c., riferito al consulente tecnico, a cui è imposto l'obbligo di depositare assieme alla propria relazione di cui all'art. 195 c.p.c. anche «i supporti contenenti le registrazioni audiovisive delle operazioni relative al minore».

Di fronte all'equivoca formulazione legislativa la soluzione più razionale dovrebbe essere la seguente. Fermo l'obbligo che l'audizione del minore debba essere fatta dal giudice, sia pur con l'ausilio di esperti, l'esito di tale incumbente altro non potrebbe essere che quello di registrare il suo comportamento: ad es. il fatto che il minore rifiuti ogni contatto con il genitore non affidatario, impedendogli il diritto di visita. L'intervento del consulente dovrebbe invece servire in una situazione di tal genere ad approfondire il problema sotto il profilo psicologico per accertare il perché del rifiuto (se per esempio si tratta di un comportamento spontaneo del figlio o il comportamento è indotto dalla madre o da terzi). Questa interpretazione parrebbe suggerita anche dal fatto che il cit. art. 152-*sexies* disp. att. c.p.c. non devolve al consulente l'esame del minore, ma usa la ben più lata formula delle «operazioni relative al minore», facendo con ciò comprendere che si tratta di un genere di attività che possono servire a chiarire la ragione delle risposte date dal minore durante l'esame tenuto dal giudice. Attività che potranno consistere in approfondimenti psicologici o *test* diagnostici che possano spiegare le ragioni di una data risposta all'esame. Ma in ogni caso l'attività del consulente non può mai essere sostitutiva di quella del giudice.

---

maturità del minore, lo deve informare della «natura del procedimento», degli «effetti» dell'ascolto e deve procedere all'incumbente con modalità che ne garantiscono la «serenità» e la «riservatezza»). L'unica nota stonata è quella che riguarda le garanzie delle risposte. È stabilito infatti che dell'incontro debba essere fatto «registrazione audiovisiva»: il che significa che i genitori, i difensori e il curatore, possono assistere all'esame in contemporanea al suo espletamento in modo da vedere il suo svolgimento ed udire le domande e le risposte, così come esplicitamente detto dall'art. 473-*bis.5* c.p.c. La norma non manca tuttavia di prevedere che qualora per motivi tecnici non sia possibile provvedere alla registrazione, dovrà farsi ricorso al «processo verbale» che dovrà descrivere «dettagliatamente» il contegno del minore. La norma non è affatto garantistica, in quanto si presta con scuse più o meno plausibili (difficilmente controllabili dai genitori e dai difensori) ad evitare la videoregistrazione. Il che non dovrebbe avvenire, perché se la registrazione non può avere luogo nel giorno fissato per motivi tecnici, non dovrebbe essere difficile spostare l'audizione ad un altro giorno. In secondo luogo la norma dice che in mancanza di videoregistrazione, il verbale deve descrivere dettagliatamente «il contegno» del minore, ma non è garantito, né che chi ascolta possa avere contezza delle «domande» fatte al minore, né delle sue «risposte». Per cui non vi è alcuna sicurezza che per esempio non vengano fatte al minore domande suggestive o che tutte le risposte vengano verbalizzate.

Certo che il tutto poteva essere spiegato meglio dal testo legislativo, ma anche in assenza di una disciplina precisa la coordinazione fra le due norme non appare difficile.

5. – Procedendo, come si suol dire a «vol d'uccello», sulla panoramica normativa del nuovo rito familiare, una battuta d'arresto è data sicuramente dalle misure predisposte per l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento previste dall'art. 473-*bis*.38 c.p.c., che segnano un'altra delle incongruenze della riforma.

Quella dell'individuazione di un sistema che possa garantire l'attuazione concreta delle misure sull'affidamento, soprattutto per ciò che concerne la riuscita del diritto di visita da parte del coniuge non affidatario (ma oggi si direbbe meglio da parte del coniuge presso il quale non è collocata la residenza del figlio<sup>(10)</sup>), è come tutti sanno un annoso problema che ha sempre creato dissenso fra i giuristi e che si è tentato di risolvere nelle più varie maniere nel quadro di quella che potrebbe genericamente definirsi, anche se non del tutto propriamente, come l'«esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia» e che per ciò che riguarda la mancata attuazione del diritto di visita, ha fatto capo dapprima all'idea dell'impiego delle norme del processo esecutivo che potrebbero in qualche modo consentire il «trasferimento» del minore presso l'altro genitore nei giorni consentiti, per poi transitare verso la forma meno drammatica dell'attuazione del diritto di visita sotto il diretto controllo del giudice che ha emesso il provvedimento escludendo ogni ricorso alla tutela offerta dal libro III del codice, non potendosi considerare il minore come semplice merce di scambio il cui trasferimento da un genitore all'altro possa essere garantito dall'esecuzione forzata<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Poiché, come è noto, il d.lgs. n. 154/2013 sull'attuazione della riforma sulla filiazione, ha introdotto all'art. 337-*ter* c.c. il sistema dell'«affidamento condiviso» (beninteso ove il giudice non disponga l'affidamento esclusivo ad uno dei due genitori), il genitore presso il quale viene stabilita la residenza del figlio, viene correttamente indicato con il termine di genitore «collocatario» anziché affidatario.

<sup>(11)</sup> Le problematiche connesse all'attuazione del diritto di visita del genitore non collocatario, ove quest'ultimo lamenti che il proprio diritto non viene rispettato, hanno dato luogo a vasta problematica inserita nel più ampio tema dell'esecuzione forzata nell'ambito del diritto di famiglia (L. Malagu, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano 1986), anche se il termine non è appropriato non potendosi virtualmente equiparare lo strumento volto a garantire l'attuazione del diritto di visita del coniuge non collocatario, con i mezzi che il codice appresta per la tutela esecutiva, che ovviamente fanno riferimento a rimedi coattivi aventi per oggetto «beni» e quindi mal ricollegabili alla persona fisica del minore (R. Vaccarella, *Problemi vecchi e nuovo dell'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna dei minori*, in *Giur. it.* 1982, I, 2, 301 ss.). Pur essendosi tentato per molto tempo di risolvere il

---

problema mediante il ricorso alle varie misure previste dal Libro III del codice di procedura, le soluzioni non hanno mai convinto, come esattamente osservato da B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2015, 369 e 370, che individua le criticità di ognuno dei rimedi ricollegabili al libro III del codice, anche se mostra di ritenere che il più accreditato dei rimedi in proposito dovrebbe essere quello dell'esecuzione ai sensi dell'art. 612 c.p.c. Ma l'inadeguatezza del ricorso alle varie misure offerte dal processo di esecuzione emerge in modo evidente considerando che diversamente da tutte le altre ipotesi della vita reale che richiedono un intervento coattivo dello Stato, quello riguardante la mancata attuazione del diritto di visita al minore da parte del coniuge non collocatario, può dipendere da due circostanze del tutto differenti, che rendono inadeguata anche la tutela apprestata dalla riforma Cartabia che ha preteso di risolvere il problema con l'introduzione dell'art. 473-bis.38, che però non va aldilà della solita generica dizione per cui il giudice, sentite le parti e tentata la conciliazione, ove questa non riesca «determina la modalità dell'attuazione» (art. 473-bis.38, comma 3, c.p.c.), della misura con evidente richiamo all'art. 612 c.c. che dispone che per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare, si chiede al giudice che siano «determinate le modalità dell'esecuzione», salva solo nella riforma Cartabia la sostituzione della parola «esecuzione» con quella di «attuazione». Ma il senso non cambia perché anche attenuando l'etimologia della parola divenuta «attuazione» (e non più «esecuzione»), il legislatore ha dimostrato ancora una volta che ci si dovrebbe trovare di fronte ad un «fare» inattuato, donde il richiamo seppur mascherato all'esecuzione degli obblighi di fare. Il richiamo l'risulta ancor più evidente dal comma 5 della norma che prevede l'autorizzazione del giudice all'impiego della «forza pubblica», anche se ciò viene controbilanciato dall'ipotesi in cui ciò risulti «assolutamente indispensabile» (anche C. Cecchella, *op. cit.*, 1135 ritiene assolutamente «eccezionale» l'uso della forza pubblica). Che si tratti comunque di una soluzione insoddisfacente il legislatore non può non essersi accorto, tanto è vero che al successivo art. 473-bis.39, lett. b), c.p.c., prevede l'impiego dell'*astreinte* dell'art. 614-bis c.p.c. a carico dell'obbligato, che dovrebbe essere appunto il «genitore inadempiente», beninteso quando non sia sufficiente la semplice sua «ammonizione» di cui alla lett. a) della norma. Qui il legislatore è infatti apparso alquanto astratto, mostrando di non rendersi conto dell'atipicità della situazione dovuta al fatto che la mancata realizzazione dell'aspettativa al diritto di visita del genitore non collocatario può derivare da due situazioni completamente diverse. La prima, che sembra essere la sola prevista dal legislatore, è quella per cui il diritto di visita non si realizzi per l'ostruzionismo determinato dal genitore collocatario, come nel caso in cui questo impedisca materialmente il contatto del figlio con l'altro genitore o renda difficile tale contatto anche solo sul piano psicologico (cosiddetto «complotto di famiglia» fra il genitore collocatario e il minore, ai danni del non collocatario). In tal caso possono essere non solo giustificabili ma anche attuabili le misure previste dall'art. 473-bis. 38 e dall'art. 473-bis. 39 c.p.c., non senza però una precisa graduazione, che può andare dall'intervento della forza pubblica e l'applicazione congiunta dell'art. 614-bis c.p.c. se l'ostruzionismo è fisico, alla sola applicazione dell'art. 614-bis c.p.c. nel caso di ostruzionismo solo morale (non potendosi ovviamente impiegare in questo secondo caso il brutale uso della forza pubblica per la consegna del minore al genitore non collocatario, ove il minore sia solo psicologicamente condizionato dal genitore con cui vive, risolvendosi altrimenti la misura coattiva in un danno psicologico per il minore). La seconda situazione, molto più complessa e assai più frequente, che appare totalmente ignorata dal legislatore è quella che si verifica quando sia il minore a rifiutare il contatto con l'altro genitore per motivi suoi personali (ad es. per una particolare avversione verso il genitore). In tal caso nessuna misura coattiva né diretta, né indiretta può essere usata e questo è ciò che non ha compreso il legislatore. Come sarà dimostrato più avanti nel

Quest'ultima è in sostanza l'idea recepita anche dal nuovo art. 473-*bis*.38 c.p.c., ove è disposto che l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento della prole si effettua sotto il controllo del giudice del «procedimento in corso» (comma 1) o, se il procedimento è ormai chiuso, sotto quello del giudice «che ha emesso il provvedimento da attuare» che provvede sempre in composizione monocratica (comma 2). Competenza quest'ultima che può essere variata nell'ipotesi che successivamente alla richiesta di intervento, venga instaurato «tra le stesse parti un giudizio» sulla titolarità o l'esercizio della potestà genitoriale, nel qual caso quest'ultimo diventa il procedimento assorbente di fronte al quale va effettuata la *translatio iudicii* di quello già iniziato (seconda parte del comma 2).

Fin qui siamo di fronte ad un semplice esercizio di procedura, ma nulla più. Il problema nasce quando si va a vedere in che modo possa concretamente provvedere il giudice nei casi sopra indicati.

La questione è risolta sbrigativamente dal legislatore affermandosi che il giudice adito, ove non riesca la conciliazione fra le parti, pronuncia ordinanza con cui determina le «modalità dell'attuazione» (art. 473-*bis*.38, comma 3, c.p.c.), che se non rispettate gli consentono di disporre con provvedimento motivato anche il ricorso «all'uso della forza pubblica» (i.e. intervenuto *manu militari*, attraverso polizia o carabinieri) per garantire l'attuazione del provvedimento (comma 5). Anche se poi viene introdotto il temperamento che l'uso di tali provvedimenti coattivi è possibile solo «se assolutamente indispensabile» e avendo riguardo alla preminente «tutela della salute psicofisica del minore».

Qui si ha tutta l'impressione che tale sistema attuativo sia del tutto superficiale e scarsamente aderente alla realtà delle cose, giacché il richiamo all'assoluta «indispensabilità» del provvedimento coattivo o al fatto che tale provvedimento venga attuato avendo riguardo alla «salute psicofisica» del minore, non solo sono prescrizioni troppo generiche, ma non fanno neppure i conti con una consolidata giurisprudenza che vieta l'uso della forza per attuare il diritto di visita del minore, in quanto riconosce il diritto incoercibile di costui di rifiutare uno o entrambi i genitori. Situa-

---

testo e alla successiva nota 12, la giurisprudenza e la dottrina riconoscono infatti il pieno diritto del minore di rifiutare il contatto con il genitore non collocatario, diritto che in quanto tale non può essere violato dalla consegna *manu militari* del minore a costui (per cui va esclusa l'applicazione dell'art. 473-*bis*.38 c.p.c.), né può essere inferta al genitore collocatario l'*astreinte* dell'art. 614-*bis* c.p.c., in quanto la mancata attuazione del diritto di visita non dipende da lui. Come si vede e come sarà precisato nel testo, il sistema di tutela coattiva per l'attuazione del diritto di visita del minore suggerito dalla riforma è in gran parte inefficiente.

zione quest'ultima prevista del resto dal primo comma dell'art. 473-*bis*.6 c.p.c., come possibile prospettabile eventualità, ma della quale non si è tenuto minimamente conto nella redazione dell'art. 473-*bis*.38 c.p.c. sull'attuazione del provvedimento di affidamento<sup>(12)</sup>.

Vale a dire che l'impiego delle misure coattive di cui al comma quarto di quest'ultima norma, non solo è subordinato ai presupposti dell'indispensabilità assoluta ed al fatto che esse non incidano sulla salute psico-fisica del minore, ma va del tutto «escluso» nel caso piuttosto frequente in cui il diritto di visita non possa attuarsi per la resistenza o il diniego del minore stesso ad avere contatti con il genitore non affidatario.

La situazione come si diceva è frequentissima e non sarebbe sbagliato dire che quasi sempre la mancata realizzazione del diritto di visita dipende dalla resistenza del minore, anziché essere imputabile al comportamento ostativo del genitore presso il quale il minore risiede<sup>(13)</sup>.

---

(12) La giurisprudenza ha ormai da tempo confermato che il minore ha diritto a frequentare il genitore non collocatario «quale esito di una sua scelta libera e autodeterminata», per caratteri tanto più inderogabili quanto più sia la maggiore età e che, in quanto tali, possono spingersi fino al rifiuto stesso (Cass., sez. I, 6 marzo 2020, n. 6471, la quale afferma che tale libera scelta di non frequentare il genitore non collocatario non è neppure coercibile nelle forme indirette previste dall'art. 614-*bis* c.p.c., in quanto la norma si pone «in evidente contrasto con l'interesse del minore il quale viene a subire in tal modo una monetizzazione preventiva»). L'orientamento della Cassazione che è costante su questo punto non confligge affatto con il principio della «bigenitorialità», in quanto tale principio è posto principalmente nell'interesse del minore che ha diritto a mantenere con entrambi i genitori un rapporto adeguato al fine di essere mantenuto, educato ed assistito moralmente da entrambi. Essendo essenzialmente a beneficio del minore (Cass. 7 ottobre 2016, n. 20107), il diritto alla bigenitorialità si può esprimere anche in un limite negativo consistente nel «rifiuto» del minore a mantenere rapporti con uno dei genitori (F. Molinaro, *op. cit.*, 773, che precisa non solo il riconoscimento del fatto che il diritto al rifiuto perdura anche dopo la riforma del 2022, ma è reso ancora più evidente dalla stessa, che nel caso del rifiuto impone all'art. 473-*bis*.6 c.p.c. l'ascolto «senza ritardo del minore»).

(13) Del tutto destituiti di fondamento e riconducibili solo a prassi totalmente devianti che comunemente si seguono nella pratica dei tribunali, sono i tentativi di ricondurre necessariamente l'atteggiamento del minore renitente a quello che tanto comunemente quanto erroneamente si suole chiamare «complotto di famiglia» o «patto di famiglia» con allusione al fatto che il minore sia istigato al rifiuto del genitore non collocatario da parte del genitore con cui vive (normalmente la madre, presso la quale vengono generalmente collocati i figli minori). La dizione, che va anche sotto il nome di PAS (sindrome di alienazione parentale) è stata coniata dagli psicologi, ma di essa è stato contestato ogni valore scientifico, come esattamente evidenziato da Cass. 24 marzo 2022, n. 286, la quale non ha mancato di rilevare che il richiamo alla sindrome di alienazione parentale e ad ogni suo più o meno evidente corollario, in uso molto spesso nelle relazioni dei consulenti, «non può dirsi legittimo», costituendo il fondamento «pseudoscientifico» di provvedimenti gravemente lesivi dei diritti dei minori. È proprio per tali motivi che la riforma del 2022 ha imposto nel caso di rifiuto del genitore da parte del minore, che si debba procedere con la massima urgenza («senza ritardo»: art. 473-*bis*.6 c.p.c.) all'ascolto del minore da parte del giudice

Pertanto l'intervento della forza pubblica può essere legittimato «solo» ove la mancata realizzazione del diritto di visita derivi eventualmente da tali comportamenti ostativi posti in essere dal genitore presso cui il minore risiede (ad es. costui si oppone affinché il figlio si rechi dall'altro genitore), nel qual caso può essere consentita oltre all'applicazione delle misure di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., anche il prelievo coattivo del minore dalla propria residenza e l'accompagnamento presso l'altro genitore. Ma mai una misura del genere potrà essere attuata ove il rifiuto provenga dal minore stesso, talché un prelievo forzato dello stesso in siffatta situazione, violando il suo diritto al diniego, darebbe inevitabilmente luogo ad un atto di violenza privata o di abuso d'ufficio se compiuto dalle forze dell'ordine<sup>(14)</sup>. Di tutto ciò il legislatore non sembra avere tenuto conto.

---

onde accertare le ragioni del rifiuto e valutare se vi sia un condizionamento da parte del genitore collocatario. Questi evidenti rilievi emergenti in modo chiarissimo dalla giurisprudenza ed oggi dalla riforma del 2022, non vengono quasi mai tenuti presenti dai magistrati a cui sono devolute le controversie familiari (e ancor meno dei loro consulenti tecnici), ancorati all'idea ormai superata che il concetto di «bigenitorialità» vada inteso esclusivamente in senso positivo come obbligo del minore di frequentare entrambi i genitori, forzando con metodi totalmente eterodossi il minore ad abdicare al proprio rifiuto che invece costituisce un vero e proprio suo diritto soggettivo. Eppure la Cassazione è chiara nella citata decisione n. 286 del 2022 nel precisare il concetto di «abuso psicologico» sul minore su cui spesso insistono i consulenti tecnici, «appare indeterminato e vago e di incerta pregnanza scientifica, insuscettibile di essere descritto secondo i parametri diagnostici della scienza medica, e di ardua definizione anche secondo le categorie della disciplina psicologica. Non può essere sottaciuto che quest'ultima, a differenza della disciplina medica, utilizza modalità e parametri che pervengono a risultati valutativi non agevolmente suscettibili di verifiche empiriche, che siano ripetibili, falsificabili e confutabili secondo i canoni scientifici universalmente approvati, e di riscontri univoci attraverso protocolli condivisi dalla comunità scientifica». Nello stesso senso v. Cass. 24 marzo 2022, n. 9691, ord., la quale espressamente definisce la cornice dell'alienazione parentale «notoriamente un costrutto ascientifico».

<sup>(14)</sup> Cass. 24 marzo 2022, n. 9691, cit. alla nota che precede, dopo avere specificato che nella pratica dei tribunali «il rifiuto o disagio dei minori non viene approfondito ricorrendo agli ordinari mezzi di prova e al loro ascolto diretto per indagare gli eventi traumatici riconducibili al genitore nei confronti del quale il minore esprime una paura tale da precludere una frequentazione serena», continua precisando che un'esecuzione diretta di consegna del minore al genitore non collocatario non è ammissibile, perché ciò comporta che «un minore viene ridotto sempre più spesso a *res* di un'esecuzione assistita dalla forza pubblica, con autorizzazione a rimuovere ogni ostacolo all'esecuzione dei provvedimenti», cosa non assolutamente concepibile nei confronti di una persona. In quest'ottica, esattamente la decisione del 14 agosto n. 2011 del giudice delle indagini preliminari di Arezzo, chiamato a pronunciarsi sul reato di cui all'art. 388 c.p. contestato alla madre collocataria della minore su denuncia del padre che affermava di non riuscire a vedere la figlia, constatato che il diritto di visita del padre non riusciva a realizzarsi esclusivamente per il rifiuto della minore di incontrarlo, ha pronunciato ordinanza di archiviazione del processo penale nei confronti della madre, sul presupposto che qualora il genitore affidatario viene a trovarsi

La preoccupazione dell'interprete deriva dunque dal fatto che di fronte ad un eventuale istanza del genitore non affidatario che lamenti la mancata attuazione del diritto di visita, si intervenga con provvedimenti coattivi senza una ponderata valutazione della situazione, che deve escluderne l'impiego nel modo più assoluto allorché il rifiuto o la resistenza provengano liberamente dal minore.

Né sarebbe possibile giustificare l'impiego della forza pubblica tentando di aggirare l'ostacolo, con l'imputazione del rifiuto del minore ad eventuali presunte suggestioni che possa avergli inculcato il genitore collocatario. Chi ha pratica di tribunali sa benissimo che questo di solito è quello che pensano i giudici o gli «ausiliari incaricati» di cui parla il quarto comma dell'art. 473-*bis*.38 c.p.c. (normalmente gli «assistenti sociali»), che paventano molto spesso al genitore collocatario lo spettro del prelievo forzato del figlio, sul presupposto che ad esso sia da imputare il rifiuto di costui. Ma una soluzione di questo genere apparirebbe adottata con mano ruvida, ove non si dimostri con dati certi e sicuri la concreta esistenza di quello che in gergo comune è chiamato «complotto di famiglia», cioè «plagio» del minore o più genericamente PAS (*Parental Alienation Syndrome*), cioè la c.d. «sindrome di alienazione parentale». Del resto un'indagine di questo genere è necessaria, da quando la Cassazione ha considerato la PAS come un concetto completamente privo di ogni rilevanza scientifica, che non autorizza affatto a ricondurre il rifiuto del minore a supposte suggestioni inculcategli dal genitore affidatario<sup>(15)</sup>.

Di fronte a tali problematiche, chiarite peraltro in modo deciso dalla giurisprudenza della Cassazione, il legislatore non avrebbe dovuto condizionare l'impiego della forza pubblica ai soli semplici presupposti della assoluta indispensabilità o del fatto che non venga turbato l'equilibrio psico-fisico del minore, ma avrebbe dovuto espressamente precisare che tale intervento deve essere del tutto bandito tutte le volte che il rifiuto al diritto di visita dipenda esclusivamente dalla volontà del minore.

Ed è il caso di aggiungere che è soprattutto nella sede attuativa dei provvedimenti sull'affidamento che, di fronte al rifiuto del minore di incontrare il genitore non affidatario, il giudice dovrebbe necessariamente ricorrere all'ascolto del minore (del resto reso obbligatorio dall'art. 473-*bis*.6 c.p.c., in ogni caso di rifiuto), anziché trincerarsi come praticamente avviene sempre dietro le consuete generiche affermazioni del pregiudizio

---

in situazioni di difficoltà determinate dalla «resistenza del minore», è l'interesse del minore che deve ritenersi «preminente».

<sup>(15)</sup> Cfr. Cass. 24 marzo 2022, n. 286, ord.

che al minore deriverebbe dall'esame o della sua opportunità a delegarlo al consulente tecnico<sup>(16)</sup>.

In sostanza pare lecito concludere che la disciplina dell'art. 473-*bis*.38 c.p.c., debba essere necessariamente rivista, introducendo ulteriori precisazioni volte ad evitare ogni forma di vessazioni o di abusi.

6. – Varie riserve sono suggerite dall'art. 473-*bis*. 2 e dall'art. 473 *bis*. 3 c.p.c. che conferiscono un'eccessiva latitudine ai poteri del giudice e del pubblico ministero, sulla quale non si può essere completamente d'accordo.

a) L'allargamento dei poteri del giudice qui coinvolge sia la tutela giurisdizionale, che la tecnica del processo<sup>(17)</sup>. Sotto il primo profilo, fatta eccezione per la funzione strumentale della nomina d'ufficio del curatore speciale per il minore che può giustificarsi sotto il profilo delle necessità della «rappresentanza tecnica» dello stesso e che investe anche l'ipotesi dell'art. 78 c.p.c.<sup>(18)</sup>, l'aspetto inquisitorio del nuovo processo familiare è del tutto evidente nella facoltà concessa al giudice di superare il principio della domanda, potendo «adottare provvedimenti opportuni» in deroga all'art. 112 c.p.c. (art. 473-*bis*.2, comma 1, c.p.c.). Anche volendo addurre la giustificazione della tutela del soggetto più debole, cioè del minore, già sotto un profilo generale la componente ufficiosa concessa al giudice della famiglia non può vedersi con favore, dal momento che l'iniziativa inquisitoria costituisce pur sempre un'alterazione del principio dispositivo che governa il processo civile e con il pretesto della tutela dell'interesse del minore, finisce inevitabilmente per favorire uno dei genitori a danno dell'altro.

---

<sup>(16)</sup> In tal senso Cass. 24 marzo 2022, n. 9691, ord., cit. nelle note 13 e 14, che espressamente depreca la prassi vigente in molti tribunali nei quali di fronte al rifiuto del minore di frequentare uno dei genitori, «il rifiuto al disagio dei minori non viene approfondito ricorrendo agli ordinari mezzi di prova e al loro ascolto diretto» per indagare sulle ragioni del rifiuto del genitore.

<sup>(17)</sup> Si allude alla nota distinzione di T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti nel XL Anno del Suo insegnamento*, II, Milano 1951, 695 ss., fra i due momenti, l'uno della tutela giurisdizionale afferente alla possibilità di agire o non agire in giudizio e l'altro della tecnica del processo che riguarda il modo di impiego degli strumenti istruttori per giungere alla sentenza. Per una trattazione dei poteri del giudice nel nuovo processo di famiglia, v. B. Ficarelli, *I poteri del giudice*, in *La riforma del giudice e del processo per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di C. Cecchella, Torino 2022; della stessa v. *Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. Cecchella, Torino 2023, 107 ss.

<sup>(18)</sup> L'art. 80, comma 1, c.p.c. ha mantenuto l'iniziativa ufficiosa di nomina del curatore speciale, quando la necessità «sorge nel corso di un procedimento».

Per tale motivo pare essenziale non solo il fatto che l'eventuale superamento dell'art. 112 c.p.c. vada rigorosamente motivato, ma anche che tale potere venga esercitato entro limiti contenuti, come parrebbe suggerito dalla lettera stessa della legge che non attribuisce *ex abrupto* al giudice la possibilità di superare l'art. 112 c.p.c., ma solo di adottare «provvedimenti opportuni» in deroga a tale norma. Non ci sentiremo pertanto di avallare la tesi che consente al giudice di incidere sulla domanda principale, come per esempio nel caso in cui discutendosi fra i genitori per l'affidamento del figlio, il giudice possa disporre d'ufficio ai sensi dell'art. 330 c.c. la decadenza della responsabilità genitoriali di uno di essi o disporre nei suoi confronti gli eventuali provvedimenti limitativi di cui all'art. 333 c.c.<sup>(19)</sup>, apparendo più sensato, anche in riferimento alla lettera della legge, limitare il potere ufficioso a provvedimenti complementari anche se non richiesti dalle parti, come ad esempio nel contrasto fra i genitori per l'affidamento esclusivo del figlio, quello di disporre l'affidamento agli assistenti sociali o di modificare il calendario del diritto di visita rispetto a quello richiesto dai genitori, ma non oltre. In sostanza i provvedimenti opportuni in deroga al principio della domanda non dovranno mai alterare l'oggetto del processo<sup>(20)</sup>, ma solo risolversi in statuizioni atipiche volte a perfezionare la tutela familiare richiesta, magari apportando sfumature ulteriori alle quali le parti non avevano pensato.

La seconda parte del primo comma della norma investe invece la tecnica del processo, attribuendo al giudice non solo il potere ufficioso di disporre mezzi di prova ma di esercitarlo anche «al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile». Il principio è lo stesso che governa all'art. 421 c.p.c. il rito laburistico: tant'è vero che è stato giustificato sulla

---

<sup>(19)</sup> Così invece, C. Briguglio, in *La riforma Cartabia del processo civile (Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149)*, a cura di R. Tiscini, cit., 761, nota 6.

<sup>(20)</sup> Oggetto del processo inteso come situazione coinvolgente «la questione dell'esistenza o dell'inesistenza della situazione giuridica sostanziale quale affermata nella domanda» (C. Consolo, voce *Domanda giudiziale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, VII, Torino 1991, 52). Nello stesso senso A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, dir. da E. Allorio, II, Torino 1980, sub. art. 163, 274, per il quale l'oggetto del processo è il «diritto per cui si agisce». Ora non è concepibile un processo civile in cui il giudice possa cambiare l'oggetto del processo, neppure facendo leva sull'esistenza di interessi pubblicistici. Questo è tanto vero che anche nel processo penale, ove l'aspetto pubblicistico assume il massimo rilievo, il giudice non può cambiare l'imputazione se non c'è richiesta del p.m. (art. 516 c.p.p.). Ne consegue che anche nel processo familiare, pur nella consapevolezza dell'esistenza di una componente pubblicistica, specie nel caso in cui esso coinvolga minori, il potere di deroga dell'art. 112 c.p.c. dovrà essere contenuto in quelle pronunzie che pur introducendo elementi non presenti negli atti introduttivi, non debordino dalle pretese costituenti la situazione sostanziale dedotta in giudizio.

base di una specie di equivalenza fra la posizione di debolezza del lavoratore nelle controversie di lavoro e quella del minore in quelle familiari<sup>(21)</sup>. Ora, a parte la criticabilità della disposizione in oggetto, come del resto quella dell'art 421 c.p.c., in quanto i limiti probatori presenti nel codice civile sono dettati da un'obiettivo garanzia nell'espletamento delle prove in funzione di una più sicura ricerca della verità, il che dovrebbe valere in tutti i processi, si deve almeno tenere per fermo che il superamento di tali limiti deve in primo luogo essere rigorosamente motivato<sup>(22)</sup> ed in secondo luogo non può avvenire in violazione del rispetto del principio del contraddittorio e del diritto alla prova contraria, il che comporta che il giudice non dovrebbe potere derogare in questo caso dal disposto dell'art. 183, comma 5, c.p.c., per cui deve concedere alla parte con l'ordinanza ammissiva dei mezzi di prova ufficiosi, un termine per prove contrarie ed un successivo termine per repliche.

b) Per ciò che riguarda i poteri di indagine patrimoniale relativi alle domande di contributo economico (ad es. assegno per il mantenimento dei figli minori), i provvedimenti ufficiosi attribuiti al giudice dal secondo comma dell'art. 473-*bis*.2 c.p.c., sono addirittura maggiori e trovano un supporto nel comma 23, lett. t) della legge delega, estremamente chiaro nel precisare che il decreto delegato avrebbe dovuto riconoscere al giudice della famiglia «poteri officiosi di indagine patrimoniale». Tale principio è stato direttamente applicato dall'ultimo comma dell'art. 337-*ter* c.c., mantenuto dalla riforma Cartabia nella formula *quo ante*, che per ciò che concerne i «provvedimenti riguardo ai figli» (così si legge nella rubrica dell'articolo), stabilisce che quando «le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi». A parte l'infelice formulazione della norma, perché l'oggetto della contestazione è «l'assegno» di mantenimento, non i redditi o i beni di chi è tenuto a versarlo (ma il legislatore odierno è ormai abituato a simili improprietà linguistiche), la disposizione pare tuttavia trovare adeguata giustificazione in un interesse del minore che potrebbe non essere adeguatamente tutelato da eventuali manovre finanziarie spregiudicate del genitore tenuto al mantenimento, volte ad occultare sotto il profilo economico il principio di

---

(21) In tal senso, anche C. Briguglio, *op. cit.*, 761.

(22) Principio ribadito espressamente da Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, che impone la motivazione, tanto per superare i limiti previsti dal codice civile, quanto per non superarli.

proporzionalità con l'altro genitore richiamato dal quarto comma della norma.

Il fatto è che tale disposizione si pone in evidente antitesi con il secondo comma dell'art. 473-*bis*.2 c.p.c., il quale con riferimento alle «domande di contributo economico» in generale (e quindi anche quelle in cui non sono coinvolti i figli) attribuisce al giudice poteri officiosi ben più ampi, consentendogli oltre al potere di ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti, anche quello di disporre «ordini di esibizione e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi, valendosi se del caso della polizia tributaria».

L'antitesi è chiara: per ciò che riguarda i provvedimenti economici a favore dei figli per i quali la tutela dovrebbe essere più forte, l'art. 337-*ter* c.c. prevede la sola possibilità di disporre accertamenti fiscali nei confronti dell'obbligato, mentre per le altre domande a carattere patrimoniale (che possono anche prescindere dall'esistenza dei figli, come ad es. nei casi di separazione o di divorzio in assenza di prole), i poteri officiosi del giudice si fanno molto più pesanti comprendendo, non solo la possibilità di chiedere anche l'esibizione senza l'istanza di parte<sup>(23)</sup>, ma pure di effettuare indagini oltretutto sui patrimoni e sui redditi (similmente all'art. 337-*ter* c.c.), anche «sull'effettivo tenore di vita» del soggetto presuntivamente obbligato. Il che si risolve in un'inammissibile violazione della *privacy* che nessun provvedimento del giudice dovrebbe poter giustificare.

Inoltre, la legge prevede che tutti questi provvedimenti possono essere disposti anche nei confronti dei terzi. Il che significa che per i terzi, tali indagini non sono limitate, così come vuole l'art. 337-*ter* c.c. al solo scopo dell'accertamento dell'effettiva titolarità dei beni di cui essi siano formalmente intestatari coprendo un'eventuale effettiva titolarità in capo alla parte, ma sembra potersi estendere anche al loro stile di vita, non si comprende a qual fine, ma con la sicura conseguenza di un danno ancora maggiore alla *privacy* di chi non è neppure parte del processo.

Di fronte a tanta sciatta scrittura, l'augurio è che la norma venga interpretata non in funzione sostitutiva del potere delle parti volta a superare la loro inerzia o la loro incerta condotta processuale, ma esclusivamente con funzione sussidiaria di integrazione probatoria, consolidando anche per questa ipotesi l'interpretazione che si è venuta creando per l'art.

---

(23) Dovrebbe invece rimanere fermo il presupposto previsto dal primo comma dell'art. 210 c.p.c. e cioè che l'esibizione può essere disposta solo nei limiti in cui può essere effettuata l'ispezione secondo l'art. 118 c.p.c.: disposizione non derogabile neanche facendo riferimento al primo comma dell'art. 473-*bis*.2 c.p.c., poiché la norma consente il superamento dei limiti previsti dal codice civile, non di quello di procedura.

421, comma 2, c.p.c., per il processo del lavoro, per cui il potere officioso non può mai sostituire l'onere della prova, ma va utilizzato esclusivamente per superare eventuali dubbi istruttori rimasti nonostante le prove assunte<sup>(24)</sup>.

c) Anche la norma dell'art. 473-*bis*.3 c.p.c. sui «Poteri del pubblico ministero» esige delicate riflessioni, la prima delle quali è quella per cui la nuova vasta gamma di poteri che la norma attribuisce all'organo pubblico è esercitabile unicamente nell'ambito dell'«esercizio dell'azione civile»,

---

(24) L'interpretazione restrittiva dell'art. 421, comma 2, c.p.c., per il processo di lavoro e che dovrebbe valere anche nel caso dell'art. 473-*bis*.2, comma 1, c.p.c., ha una duplice portata. Sotto il primo profilo, l'attribuzione di poteri istruttori officiosi al giudice oltre i limiti previsti dal codice civile è una regola valevole esclusivamente per l'istruzione probatoria, ma non può in alcun modo incidere sull'«onere delle allegazioni» che spetta solo alle parti, tanto per ciò che riguarda i fatti principali (costitutivi o impeditivi del diritto), che per i fatti secondari o semplici (quei fatti da cui può desumersi l'esistenza dei fatti principali). Il che significa che il giudice non può disporre prove d'ufficio su fatti non allegati dalle parti, vale a dire che non può andare alla ricerca di ulteriori fatti rispetto a quelli dedotti dai contendenti (G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, 4<sup>a</sup> ed., Milano 1999, 148 e 153; F.P. Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino 1992, 187 e 191). Quanto al secondo aspetto, i poteri istruttori officiosi dal giudice esercitabili come si è detto solo sui fatti allegati, non sovvertono neppure il principio dell'onere della prova che resta vigente anche nel processo del lavoro, per cui tali poteri officiosi non possono essere utilizzati per superare decadenze o per sopperire alla mancata indicazione di mezzi di prova dalla parte negligente, ma hanno solo poteri integrativi dell'istruttoria dedotta: discutendosi peraltro anche sui limiti di tali poteri integrativi, che taluni vogliono molto restrittivi, ritenendo che l'iniziativa officiosa del giudice potrebbe essere esercitata solo in presenza di «fonti materiali» di prova già indicate dalla parte ancorché questa non le abbia «formalizzate» come mezzi di prova, come nel caso in cui abbia indicato un soggetto a conoscenza dei fatti, ancorché non inserito nella lista dei testimoni (L. Montesano, R. Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli 1996, 189), mentre altri optano per un'interpretazione più lata affermando che il giudice potrebbe esercitare i suoi poteri istruttori sulla base di tutto il materiale acquisito (F.P. Luiso, *op. cit.*, 192; G. Tarzia, *op. cit.*, 153, quest'ultimo con varie esemplificazioni, quale ad esempio quella per cui il giudice potrebbe assumere d'ufficio come testimoni soggetti i cui nomi risultino anche semplicemente da documenti prodotti o esibiti). Resta comunque fermo il fatto che il giudice non può trasformarsi in un «libero investigatore» dovendo i suoi poteri officiosi trarre origine pur sempre dal materiale versato in atti (G. Tarzia, *op. cit.*, 153). Ora, non v'è ragione per ritenere che tali limiti non debbano sussistere anche nel processo di famiglia ai sensi del comma primo dell'art. 473-*bis*.2 c.p.c., dovendo lo stesso essere governato da principi identici a quelli già descritti e cioè: a) divieto assoluto di superare l'onere delle allegazioni, cioè di introdurre in causa fatti (principali e secondari) non dedotti dalle parti. b) obbligo di esercitare i poteri di ammissione officiosa di mezzi istruttori, solo in quanto le fonti degli stessi risultino dagli atti di causa: vale a dire divieto di assumere prove ricercate dal giudice di sua iniziativa non risultanti dal materiale in atti. Il superamento di tali limiti non sarebbe ammissibile neanche sul presupposto della tutela della parte più debole (il minore, così come il lavoratore), poiché com'è stato esattamente osservato, marciando in tale direzione il giudice si sottrarrebbe all'imparzialità che gli è propria per trasformarsi «in distruttore di garanzie fondamentali per ogni cittadino» (L. Montesano, R. Vaccarella, *op. cit.*, 184).

cioè nel solo caso degli artt. 69 e 70 c.p.c. Vale a dire che si tratta di una disposizione che opera nelle sole ipotesi del pubblico ministero agente o interveniente previste dal codice di procedura, cioè che intende aumentarne i suoi poteri istruttori esclusivamente in tali ipotesi tradizionali<sup>(25)</sup>. Tale aumento di poteri parrebbe giustificato in funzione di un potenziamento della figura del pubblico ministero nei procedimenti familiari, specialmente se coinvolgenti i minori: ma anch'esso va visto con la massima cautela onde evitare una sperequazione nella posizione delle parti nel processo con violazione del principio di uguaglianza e di parità processuale proclamati dall'art. 111 Cost.

L'attività istruttoria del p.m. si sviluppa infatti attraverso un'istruttoria palesemente atipica consistente nell'«assumere informazioni», che egli può effettuare direttamente o attraverso una pletora di ausiliari (polizia giudiziaria, servizi sociali, sanitari e assistenziali).

Si assiste così al fenomeno non certo condivisibile per cui accanto all'atipicità delle fonti «di prova» (informazioni, acquisizioni di atti, accertamenti, che non si sa bene cosa siano), si pone anche l'atipicità del «modo» in cui tali fonti sono acquisite (cioè il fatto che pervengono nel processo attraverso canali di acquisizione non previsti dalla legge e segnatamente mediante gli ausiliari sopra indicati che non rientrano fra i soggetti deputati a fornire prove dalle norme generali sull'istruttoria civile)<sup>(26)</sup>.

Qualcuno ha giustificato la disposizione con il rilievo che i poteri concessi al p.m. servirebbero essenzialmente ad «accertamenti preliminari» i cui risultati potrebbero avere il benefico scopo di evitargli di inoltrare eventuali ricorsi *ex artt.* 330 e 333 c.c. che possano poi apparire infondati<sup>(27)</sup>.

<sup>(25)</sup> C. Briguglio, *op. cit.*, 765; A. Carratta, *La riforma del processo civile*, Torino 2023, 141.

<sup>(26)</sup> Mentre l'atipicità relativa alla «fonte» di prova è generalmente ammessa dalla dottrina, non altrettanto potrebbe dirsi secondo alcuni autori per i «modi» di acquisizione delle prove al giudizio che dovrebbero essere solo quelli previsti dalla legge, perché solo essi forniscono le dovute garanzie alle parti di un'imparziale istruttoria. Sul punto v. diffusamente G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., 41 ss. V'è anzi da dire che qualche autore non ritiene ammissibile l'atipicità del secondo tipo, affermando che procedimenti di assunzione probatoria diversi da quelli descritti dalla disciplina delle prove, dovrebbero essere esclusi sul presupposto che consentire al giudice di utilizzare canali di acquisizione diversi da quelli tipici, equivarrebbe ad ammettere che esso possa servirsi della propria scienza privata per ricostruire i fatti (L. Montesano, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in questa *Rivista* 1980, 234).

<sup>(27)</sup> C. Briguglio, *op. cit.*, 766.

Ma il rilievo è troppo ottimistico, oltretutto limitativo, proprio perché l'art. 473-*bis*.3 c.p.c., non distingue fra accertamenti preliminari del p.m. ed accertamenti fatti in corso di giudizio. Anzi la norma sembra fare riferimento proprio a quest'ultima ipotesi, nella misura in cui si riferisce ai poteri di cui il p.m. dispone «nell'esercizio, dell'azione civile», cioè nell'ambito dello svolgimento dell'azione. E di fronte a tale formulazione letterale parrebbe proprio una gara dura volere introdurre limitazioni, che sarebbe poi facile per il giudice eludere con il semplice rilievo che la norma non pone distinzioni. In sostanza non pare che ci sia una grossa differenza con il sistema di indagine attraverso le «sommarie informazioni» cautelari dei cui all'art. 669-*sexies* c.p.c. o le «informazioni» camerali di cui all'art. 738, comma 3, c.p.c. Il che ripropone tutta la problematica della scarsa attendibilità di tali mezzi di indagine che si svolgono senza contraddittorio e in modo incontrollato, del tutto inaccettabile in una materia in cui convergono diritti soggettivi come quella familiare.

La conclusione è che il nuovo art. 473-*bis*.2 c.p.c. ed ancor peggio quello successivo, rappresentano un *vulnus* ai principi generali del processo civile, quali quelli del contraddittorio, della difesa e della parità delle parti in una materia così delicata come quella delle controversie familiari, conducendo a decisioni confezionate senza quelle dovute garanzie che l'attività giurisdizionale richiede.

DINO BUONCRISTIANI (\*)

Professore associato nell'Università di Pisa

## ESTROMISSIONE DEL SOCIO LAVORATORE: GENESI E DUBBI INTERPRETATIVI DELL'ART. 441-TER C.P.C.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Estensione della competenza del giudice del lavoro e del rito del lavoro al *quasi* rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato del socio lavoratore. – 3. Genesi giurisprudenziale della duplicità di rapporti. – 4. Dall'atto alla ragione sostanziale dell'effetto. – 5. Disciplina sostanziale e lettura costituzionalmente orientata della disciplina processuale. – 6. Il nuovo art. 441-ter c.p.c. fissa una competenza «esclusiva» sull'estromissione del socio lavoratore?

1. – L'analisi della disciplina, sostanziale e processuale, dell'estromissione del socio lavoratore di cooperativa di produzione e lavoro mostra una reciproca e stretta interdipendenza, nel senso che l'una disciplina cerca di plasmare l'altra e viceversa.

Il nuovo art. 441-ter c.p.c. cerca di reagire a questa logica.

Occorre però partire dall'inizio, per poter meglio apprezzare l'attuale punto di arrivo.

2. – La prima disciplina specifica del rapporto del socio lavoratore di cooperativa, avvenuta con la l. n. 142/2001, è stata preparata da un mutamento di indirizzo della cassazione, verificatosi prima con la sentenza 26 maggio 1997, n. 4662 <sup>(1)</sup> e poi ripreso dalle sezioni unite nella sentenza 30 ottobre 1998, n. 10906 <sup>(2)</sup>.

---

(\*) Questo articolo, con l'aggiunta delle citazioni essenziali, è tratto dalla relazione tenuta il 27 marzo 2023 al Convegno «Le controversie di lavoro dopo la riforma» organizzato dall'Università di Pisa con la collaborazione della Fondazione Giuseppe Pera.

<sup>(1)</sup> Vedila in *Mass. giur. lav.* 1997, 940, con nota di S. Gregorio, *Note sulla pretesa inidoneità dello «scambio» a caratterizzare la causa del rapporto di lavoro coordinato*.

<sup>(2)</sup> Vedila in *Foro it.* 2000, I, 912, con nota di G. Ricci, *Tendenze giurisprudenziali in materia di lavoro nelle cooperative: qualificazione del rapporto, competenza giurisdizionale, trattamento retributivo, diritti sindacali* e 2002, I, 1198, con nota di F. De Santis, *Prime riflessioni sui criteri di ripartizione della competenza nelle controversie tra soci e cooperative alla luce della l. n. 142 del 2001*; in *Giur. it.* 1999, 1811, con nota di L. Negrini, *Il socio della cooperativa di produzione e lavoro e la competenza per materia e territorio del giudice del*

In precedenza, l'orientamento della suprema corte era granitico nel senso che, quando le prestazioni lavorative del socio erano comprese tra quelle previste dai patti sociali e dirette al perseguimento dei fini istituzionali della società, non era configurabile un rapporto di lavoro, subordinato o parasubordinato, stante l'inesistenza di due distinti centri di interesse<sup>(3)</sup>. È la c.d. tesi monista<sup>(4)</sup>, dell'unico rapporto, societario o di

---

*lavoro*; in *D&L* 1999, 107, con nota di A. Pavone, *Lavoro in cooperativa e competenza funzionale del giudice del lavoro*; in *Lav. nella giur.* 1999, 35, con nota di G. Mannacio, *Controversie del socio lavoratore e competenza del giudice del lavoro*; in *Mass. giur. lav.* 1999, 192, con nota di E. Boghetich, *Socio di società cooperativa di produzione e lavoro: qualificazione del rapporto e giudice competente*; in *Riv. giur. lav.* 1999, II, 349, con nota di M. Madera, *Le Sezioni Unite e la nuova figura del socio lavoratore «coimprenditore»: regolamento di competenza e primi commenti al disegno di legge sulle nuove norme in materia di cooperazione*; in *Società* 1999, 305, con nota di G. Bonfante, *Lavoro in cooperativa e competenza del giudice del lavoro: il nuovo orientamento della cassazione*.

<sup>(3)</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., 28 dicembre 1989, n. 5813, in *Giust. civ.* 1990, I, 1537, con nota di F. Ferroni, *Accertamento ed interpretazione delle prestazioni di lavoro, nelle società cooperative*. Orientamento confermato anche dalla Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in *Giur. it.* 1996, I, 389, con nota critica di I. Massa Pinto, *Socio lavoratore e lavoro subordinato: un giudice troppo remissivo ed una Corte poco convincente* e nota adesiva di A. Grasso, *Sulla negata qualità di «lavoratore subordinato» al socio di cooperative di produzione e lavoro*, in *Dir. lav.* 1996, I, 576. Tuttavia, la corte costituzionale, nel respingere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, l. 29 maggio 1982, n. 297, nella parte in cui non prevede la tutela del fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto anche in favore dei soci di cooperative di produzione e di lavoro, precisa in motivazione che il socio lavoratore è vincolato da un contratto che «da un lato lo obbliga a una prestazione continuativa di lavoro in stato di subordinazione rispetto alla società». Insomma, una subordinazione tecnico-funzionale, che però non è ancora sovrapponibile alla subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., in quanto il socio lavoratore è partecipe dello scopo della cooperativa e gode di poteri e diritti di concorrere alla formazione della volontà della società, di controllo sulla gestione sociale, nonché del diritto a una quota degli utili.

Questo orientamento della giurisprudenza è stato definito come un «monolitico trend» da G. Meliàdò, *Le irresistibili trasformazioni delle cooperative di lavoro*, in *D&L* 1995, 604 ovvero come una «zona franca» in cui opera «una sorta di presunzione di non subordinazione, meglio di non ricorrenza della fattispecie tipica» da P. Tosi, *La subordinazione tra fattispecie legale e autonomia delle parti: il lavoro nelle cooperative e il lavoro familiare*, in *Aa.Vv.*, *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Milano 1993, 150, ovvero come «aprioristica» da L. Nogler, *Nuove incertezze sulla qualificazione della prestazione lavorativa del socio della cooperativa*, in *Riv. it. dir. lav.* 1998, II, 486.

<sup>(4)</sup> Cfr., *ex multis*, L. Nogler, *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in *Nuove leggi civili comm.* 2002, 357, con richiami della dottrina laburistica sull'unicità del rapporto, nonché, da ultimo, L. de Angelis, *L'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore e la Corte di cassazione: brevi riflessioni critiche*, in *Studi in onore di Oronzo Mazzotta*, I, Bari 2022, 417 ss.; D. Dalfino, *Rmedi e tutele in favore del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*, in *Vivere il diritto. Scritti in memoria di C.M. Barone*, Piacenza 2020, 101 ss.; G. Trisorio Liuzzi, D. Dalfino, *Manuale del processo del lavoro*, 2<sup>a</sup> ed., Bari 2023, 33 ss.; D. Dalfino, in *Aa.Vv.*, *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano 2023, 479.

lavoro subordinato; quest'ultimo sussiste soltanto previa rigorosa<sup>(5)</sup> dimostrazione di simulazione del rapporto societario ovvero nel (raro) caso di estraneità della prestazione lavorativa rispetto alle attività previste nei patti sociali<sup>(6)</sup>.

La progressiva estensione al socio lavoratore di tutele proprie del lavoratore subordinato (tra cui in particolare l'accesso alla procedura dell'intervento straordinario di integrazione salariale e a quella di mobilità<sup>(7)</sup>) nonché al fondo di garanzia istituito presso l'Inps ai fini del pagamento del trattamento di fine rapporto e dei crediti di lavoro relativi agli ultimi tre mesi di rapporto, in caso di insolvenza della cooperativa<sup>(8)</sup>) ha portato le sezioni unite nella ricordata sentenza 10906/1998 a plasmare la disciplina processuale, rimasta invece invariata.

Ecco che le sezioni unite:

a) inseriscono il socio lavoratore in una «categoria contigua e interdependente a quella del lavoro subordinato» o parasubordinato<sup>(9)</sup>;

b) riconoscono la prevalenza degli elementi della subordinazione o parasubordinazione sugli elementi associativi;

c) affermano la competenza del giudice del lavoro e l'applicazione del rito del lavoro alle liti in cui si controverte dell'impegno lavorativo del socio di cooperativa «vuoi in regime di subordinazione, vuoi in regime di parasubordinazione».

Insomma, non viene (ancora) superata la teoria monista dell'unico rapporto, ma si plasma la disciplina processuale: ai sensi dell'art. 409

<sup>(5)</sup> Cfr. Cass. 17 giugno 1988, n. 4145, in *Riv. giur. lav.* 1989, II, 94, che in motivazione esclude che abbia rilevanza circa la qualificazione del rapporto il fatto che il socio lavoratore non abbia mai partecipato alla gestione della cooperativa, sia pure in sede assembleare, dato che tale fatto poteva soltanto dar luogo ad un'azione di responsabilità contro gli amministratori, da far valere in qualità di socio nella sede giurisdizionale competente.

<sup>(6)</sup> V. le critiche di M. Franzoni, *Mutualità e scambio nella società cooperativa*, in *Riv. critica dir. priv.* 1983, 839; E. Gragnoli, *Recenti orientamenti normativi sull'esclusione del socio lavoratore di impresa cooperativa*, in *Riv. it. dir. lav.* 1998, 850; R. Genco, *Lavoro cooperativo: note su un'ipotesi di nuova definizione normativa*, in *Dir. relazioni ind.* 1998, 223, riprese da G. Meliadò, *Il lavoro nelle cooperative: tempo di svolte*, in *Riv. it. dir. lav.* 2001, I, 29, sol tenendo conto che nelle imprese complesse, come possono ben essere anche le cooperative di lavoro, anche attività estranee a quelle specificatamente previste negli atti sociali possono servire per il corretto, funzionale ed efficace svolgimento dell'attività d'impresa.

<sup>(7)</sup> V. art. 8, d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito in l. 19 luglio 1993, n. 236.

<sup>(8)</sup> V. art. 24, l. 24 giugno 1997, n. 196. Da notare che proprio il rischio d'impresa sopportato dal socio lavoratore in caso di insolvenza della cooperativa, dato dall'esclusione dell'accesso al fondo di garanzia dell'Inps, aveva portato Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 30, cit., a confermare la validità della teoria monista dell'unico rapporto, pur riconoscendo la presenza di connotati di subordinazione tecnico-funzionale del socio lavoratore.

<sup>(9)</sup> Le parole virgolettate sono così riportate in motivazione.

c.p.c. sono controversie di lavoro non soltanto quelle relative a rapporti di lavoro subordinato o parasubordinato, ma anche quelle relative a rapporti *con prevalenza* di elementi della subordinazione o parasubordinazione, pur non essendo *tout court* né l'uno né l'altro tipo di rapporti.

Ma l'art. 409 si riferisce ai rapporti di lavoro subordinato (o parasubordinato) e non anche ai rapporti *quasi* subordinati (o parasubordinati).

Ecco come la disciplina sostanziale tende a plasmare quella processuale.

E viceversa, perché, una volta fatti rientrare questi rapporti *quasi* subordinati o parasubordinati tra le controversie di lavoro, c'è l'ulteriore e riflessa ricaduta sulla disciplina sostanziale: ai crediti di lavoro del socio lavoratore va riconosciuto il cumulo di rivalutazione monetaria ed interessi di cui all'art. 429 c.c., nonché l'invalidità delle rinunce e transazioni che hanno per oggetto diritti derivanti da disposizioni inderogabili, come previsto dall'art. 2113 c.c., nonché l'invalidità di clausole compromissorie, in difetto di previsione nella legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro, come previsto dall'art. 806 c.p.c.

Tuttavia, il giudice del lavoro non poteva applicare le norme proprie del solo rapporto di lavoro subordinato (quanto in particolare alla tutela retributiva, sindacale e del posto di lavoro), se non estese espressamente anche al *quasi* rapporto di lavoro subordinato del socio lavoratore di cooperativa.

Occorreva togliere il *quasi* ed affermare l'esistenza di un ordinario rapporto di lavoro subordinato.

3. – Agli inizi degli anni 2000 e ancora per oltre un lustro<sup>(10)</sup> vigeva un regime previdenziale di favore per quelle che avrebbero dovuto essere piccole cooperative, al margine del settore produttivo: il d.p.r. n. 602/1970 consentiva alle cooperative di cui all'allegato (svolgenti anche promiscuamente attività di facchinaggio, trasporto, guardiania, pulizia, guide turistiche, polizia e investigazioni private, barbieri ed affini) di calcolare i contributi previdenziali dovuti, applicando l'aliquota percentuale non già al compenso effettivo percepito dal socio lavoratore o comunque al compenso dovuto in base al contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale<sup>(11)</sup>, bensì su

---

<sup>(10)</sup> Il d.lgs. 6 novembre 2001, n. 423 ha previsto un progressivo (dal 2003 al 2006) riallineamento dei contributi previdenziali non più su un compenso convenzionale, ma sul minimale di cui al CCNL di riferimento.

<sup>(11)</sup> Così, per la generalità dei lavoratori dipendenti, *ex art.* 1, d.l. n. 338/1989, convertito in l. n. 389/1989.

un compenso convenzionale fissato con decreto ministeriale. Tale compenso convenzionale era notevolmente inferiore a quello effettivo praticato o comunque a quello minimale; conseguentemente, la cooperativa poteva contare su un costo del lavoro molto più contenuto rispetto ad altra azienda non cooperativa, svolgente la stessa attività.

Questa situazione di vantaggio aveva portato alla formazione di grandi realtà cooperative, soprattutto nel settore delle pulizie, guardiania e del trasporto/facchinaggio, con centinaia di addetti per singola cooperativa.

In realtà societarie così grandi si affievolisce la coincidenza tra proprietà e gestione dell'impresa<sup>(12)</sup>; l'organizzazione aziendale e, in particolare, il potere direttivo sul personale è esercitato dal *management*; si realizza la diversità, l'alterità, tipica del rapporto di lavoro subordinato, tra chi esercita il potere direttivo (e gestionale) e chi è tenuto ad osservare le prescrizioni altrui<sup>(13)</sup>.

Allora, il socio *quasi* lavoratore subordinato, per ottenere dal giudice del lavoro l'applicazione della normativa sostanziale non ancora espressamente estesa al socio lavoratore (come la tutela avverso il licenziamento individuale, la tutela sindacale, la tutela retributiva), utilizzava la leva processuale dell'azione di simulazione del rapporto associativo.

La simulazione non riguardava il singolo rapporto di lavoro del socio ricorrente, ma la generalità dei rapporti instaurati dai soci di quella grande cooperativa. L'affermazione giudiziale della simulazione del rapporto associativo, ma per ragioni riguardanti tutti i rapporti associativi, spalancava le porte ad un'azione di recupero contributivo da parte dell'Inps, nei confronti di tutte quelle grandi realtà cooperative, che svolgevano una delle attività di cui all'allegato del d.p.r. n. 602/1970 e pagavano i contributi sul compenso convenzionale ridotto fissato per decreto ministeriale.

<sup>(12)</sup> Cfr. Pret. Pisa 10 febbraio 1981, in *Foro it.* 1981, I, 1766, con nota di F. Pietrosanti, che ritiene sussistente il rapporto di lavoro subordinato del socio lavoratore, quando l'assemblea dei soci «di fatto convocata quasi esclusivamente per gli adempimenti di legge, è risultata costituire non già momento di dibattito delle questioni comuni e di effettivo contributo dei singoli alla gestione sociale, bensì necessario e rituale momento di approvazione, in un clima di delega generalizzato, delle decisioni dell'organo amministrativo». V. Castronovo, in R. Zangheri, G. Galasso, V. Castronovo, *Storia del movimento cooperativo in Italia (1886-1986)*, Torino 1987, 842, circa la consapevolezza all'interno dello stesso mondo cooperativo come oramai nelle grandi cooperative le scelte imprenditoriali e finanziarie sono fatte senza consultare la base, mentre «una volta ci si riuniva per decidere se dovevamo comprare il camion».

<sup>(13)</sup> Con l'ulteriore problema che il *management* risponde ad una proprietà diffusa, la quale si trova concretamente in difficoltà a sostituire il *management*, tenuto conto dello scarto notevole di cultura e quindi dell'incapacità di apprezzare e valutare le scelte gestionali.

Ciò avrebbe comportato l'insolvenza e, quindi, la liquidazione coatta amministrativa o il fallimento della cooperativa, con la perdita di migliaia di posti di lavoro.

Era questo il prezzo da pagare per consentire al socio lavoratore di ottenere, oltre alla tutela processuale, anche quella sostanziale tipica del rapporto di lavoro subordinato?

Il *commodus discessus* era sposare la teoria della dualità dei rapporti, cioè la coesistenza di un rapporto associativo e di un rapporto di lavoro. Non c'era più bisogno della leva della simulazione (generalizzata) del rapporto associativo per far corrispondere alla tutela processuale anche la tutela sostanziale tipica del rapporto di lavoro subordinato.

La l. n. 142/2001 bollinava questo mutamento di rotta e, da una parte, l'art. 1, comma 3, affermava la possibile coesistenza del rapporto associativo ed un ulteriore e distinto rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato o autonomo<sup>(14)</sup>; dall'altra parte, l'art. 4, comma 3, delegava il governo, sentite le parti sociali, ad emanare entro sei mesi uno o più decreti legislativi intesi a riformare la disciplina di favore di cui al d.p.r.

---

<sup>(14)</sup> V., *ex multis*, Aa.Vv., *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, a cura di Nogler, Tremolada e Zoli, in *Nuove leggi civili comm.* 2002, p. 369 ss.; Aa.Vv., *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato. Commento alla l. 3 aprile 2001, n. 142*, a cura di Montuschi e Tullini, Torino 2002, *passim*; F. Alleva, *I profili giuslavoristici della nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *Riv. giur. lav.* 2001, I, 353 ss.; F. Amato, *La tutela economica prevista per il socio-lavoratore dalla l. n. 142 del 2001*, in *Dir. rel. ind.* 2002, 189 ss.; A. Andreoni, *La riforma della disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, in *Lav. nella giur.* 2001, 205 ss.; M. Biagi, M. Mobiglia, *La nuova disciplina applicabile al socio lavoratore di cooperativa*, in *Guida al lavoro* 2001, n. 45, 13 ss.; F. Campi, *Un punto fermo nella «galassia normativa» ma siamo ancora lontani dal definitivo riordino*, in *Guida al dir.* 2001, n. 18, 36 ss.; L. de Angelis, *Il lavoro nelle cooperative dopo la l. n. 142 del 2001: riflessioni a caldo su alcuni aspetti processuali*, in *Lav. nella giur.* 2001, 813 ss.; Id., *L'esclusione e il licenziamento del socio lavoratore tra diritto e processo*, *ivi* 2002, 605 ss.; M. De Luca, *Il socio lavoratore di cooperative: la nuova disciplina (l. 3 aprile 2001, n. 142)*, in *Foro it.* 2001, V, 233 ss.; L. Di Paola, *Società cooperativa: il legislatore si pronuncia sulla posizione del socio lavoratore*, in *Nuove leggi civili comm.* 2001, 909 ss.; G. Dondi, *Primi appunti sulla riforma della posizione del socio lavoratore di cooperativa*, in *Atti del seminario Regolamenti e statuti delle cooperative dopo la legge n. 142/2001* (Forlì 26 ottobre 2001), Roma 2002, 13 ss.; G. Furfari, *Socio lavoratore: l'intervento del legislatore*, in *Riv. crit. dir. lav.* 2001, 303 ss.; G. Meliàdo, *La nuova Legge sulle cooperative di lavoro: una riforma necessaria*, in *Riv. it. dir. lav.* 2002, I, 345 ss.; M. Miscione, *Il socio lavoratore di cooperativa (regolamentazione forte dopo la l. 142 del 2001)*, in *Dir. e pratica lav.* 2001, inserto fasc. 34; M. Pallini, *La «specialità» del rapporto del socio di cooperativa*, in *Riv. it. dir. lav.* 2002, I, 371 ss.; A. Vallebona, *L'incostituzionale stravolgimento del lavoro in cooperativa*, in *Mass. giur. lav.* 2001, 813 ss.; D. Vedani, *Le novità per il socio lavoratore di cooperativa*, in *Dir. e pratica lav.* 2001, 1307 ss.; G. Spolverato, *I diritti individuali e collettivi dei soci lavoratori di cooperativa*, in *Lav. nella giur.* 2002, 305 ss.; L. Riciputi, *Appunti per un contributo interpretativo sul nuovo «socio lavoratore»*, in *Lav. e prev.* oggi 2001, 673 ss.

n. 602/1970, arrivando gradualmente ad equiparare la contribuzione previdenziale ed assistenziale dei soci lavoratori a quella dei lavoratori dipendenti.

Possibile e non necessaria coesistenza di rapporto associativo e rapporto di lavoro: l'instaurazione dell'ulteriore e distinto rapporto di lavoro poteva avvenire al momento dell'adesione o successivamente (così l'art. 1, comma 3, l. n. 142/2001).

Del resto, per sostituire un socio lavoratore assente per malattia, infortunio o maternità ovvero per sopperire ad esigenze straordinarie, non può impedirsi alla cooperativa di avvalersi anche di lavoratori non soci.

Anzi, se la qualità di socio fosse un presupposto giuridico essenziale per la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato<sup>(15)</sup>, la cooperativa rischierebbe di uscire dal mercato, sol tenendo conto del frequente ricorso, per *lex specialis* di gara o per disposizione del contratto collettivo, alla c.d. clausola sociale, cioè alla previsione dell'obbligo per l'impresa subentrante in un appalto di assumere i lavoratori della ditta uscente; il lavoratore "ereditato" ben potrebbe rifiutarsi di diventare socio, preferendo restare come mero lavoratore subordinato; la cooperativa si troverebbe di fronte all'alternativa, comunque ingiustamente penalizzante, tra rischiare liti con i lavoratori "ereditati" che non intendono diventare soci ovvero non partecipare alla gara per l'assegnazione dell'appalto.

In sintesi, nel momento costitutivo non c'è un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra rapporto associativo e rapporto di lavoro. Il socio può non essere anche lavoratore della cooperativa; il lavoratore può non essere anche socio della cooperativa.

Una volta instaurato sia il rapporto associativo che il rapporto di lavoro subordinato, si mantiene questa autonomia, almeno fino alla riforma del 2003, anche nel momento estintivo, nel senso che si può avere lo scioglimento di uno solo dei due rapporti. Questo avviene in particolare:

a) nelle ipotesi di giustificato motivo oggettivo di risoluzione del rapporto di lavoro, come il ridimensionamento dell'attività produttiva, che non rileva direttamente sul rapporto associativo ed anzi sia il socio che la cooperativa possono avere interesse a mantenere il rapporto associativo nell'auspicio di nuove opportunità di lavoro, da far svolgere a persona fidata, capace ed esperta. Infatti, il lavoratore licenziato ha la possibilità di iscriversi nelle liste di collocamento ed ottenere il trattamento di disoc-

---

(15) Cfr. in questo senso M. Pallini, *op. cit.*, 375 s. V. anche F. Alleva, *op. cit.*, 358, nota 18, ove afferma che «se aspirante socio e cooperativa non raggiungono un accordo su uno dei due contratti (quello associativo o quello di lavoro) non si attiva né il rapporto sociale, né quello di lavoro: non c'è socio e neppure lavoratore».

cupazione, pur mantenendo l'adesione alla cooperativa (art. 24, comma 3, l. 24 giugno 1997, n. 196, come modificato dall'art. 1-*quater*, d.l. 8 aprile 1998, n. 78, convertito in l. 5 giugno 1998, n. 176);

*b)* in alcune ipotesi di esclusione, come il fallimento (art. 2288, comma 1, c.c.) ovvero la condanna ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici (art. 2286 c.c.) ovvero il mancato pagamento della quota associativa, malgrado la diffida (art. 2531 c.c.), ovvero altre ipotesi previste dai patti sociali (ad es., l'ingiustificata non partecipazione ad un certo numero di assemblee), ché non costituiscono giusta causa o giustificato motivo di licenziamento. Pertanto, il venir meno del rapporto associativo non comportava (fino alla riforma del 2003) automaticamente e necessariamente l'estinzione anche del rapporto di lavoro.

In sintesi, duplicità di rapporti; autonomi atti estintivi.

Si rimaneva quindi nello schema della tutela impugnatoria dell'atto.

Era l'atto estintivo a reggere le regole processuali della tutela impugnatoria. Pertanto, l'atto deliberativo dell'esclusione dalla cooperativa doveva essere comunicato al socio lavoratore; dalla comunicazione scattava il termine decadenziale di sessanta giorni per l'impugnazione, *ex art. 2533 c.c.*

Quanto invece al rapporto di lavoro, in caso di licenziamento disciplinare, era necessaria la previa contestazione degli addebiti e la concessione del termine a difesa, come previsto dall'art. 7 statuto dei lavoratori<sup>(16)</sup>; una volta disposto e comunicato il licenziamento, il socio lavoratore doveva entro sessanta giorni procedere all'impugnazione stragiudiziale e all'impugnazione giudiziale nei successivi centottanta giorni.

Era (ed è) espressamente esclusa l'applicabilità dell'art. 18 statuto lavoratori, ogni volta che venga a cessare sia il rapporto associativo che quello di lavoro (così l'art. 2, l. n. 142/2001), ma tale esclusione era letta non come definitiva per il solo dato formale della coesistenza iniziale dell'atto di esclusione e dell'atto di licenziamento, bensì come condizionata risolutivamente all'invalidazione della delibera di esclusione.

Era infine espressamente affermata (*ex art. 5, comma 2, l. n. 142/2001, ante modifica*) la competenza funzionale del giudice del lavoro per le controversie relative ai rapporti di lavoro e del giudice ordinario per le controversie relative al rapporto associativo<sup>(17)</sup>.

<sup>(16)</sup> Prima della riforma, era stata esclusa l'applicabilità dell'art. 7 statuto dei lavoratori, in quanto il rapporto tra la cooperativa e il socio non era qualificabile come lavoro subordinato (cfr. Cass. 4 aprile 1997, n. 2941; Cass. 5 agosto 1994, n. 7308, in *Giust. civ.* 1995, I, 1005 e in *Foro it.* 1995, I, 1546).

<sup>(17)</sup> Cfr. V. Maio, *Di alcuni profili processuali problematici (e connessi risolti sostan-*

Qui, però, finivano le certezze, perché la controversia sul licenziamento, con l'invocazione dell'art. 18 statuto lavoratori, presupponeva l'invaldazione della delibera di esclusione, la cui cognizione poteva essere (anzi, era quasi sempre) devoluta in arbitrato. E, comunque, anche in assenza di clausola compromissoria, risultava complicato svolgere un *simultaneus processus* davanti al giudice del lavoro, in quanto l'applicazione dell'art. 40, comma 3, c.p.c. (che, comunque, si riferisce espressamente al rito con cui trattare le cause connesse, una volta riunite) era contrastata dall'attribuzione della competenza sull'impugnazione di delibere dell'assemblea o del consiglio di amministrazione al tribunale in formazione collegiale (art. 50-*bis*, comma 1, n. 5, c.p.c.) e dalla previsione che, in caso di connessione con altra controversia (come quella sul licenziamento), la riunione doveva essere effettuata davanti al collegio, che decide su tutte le domande (art. 281-*novies* c.p.c.) e non già davanti al giudice (monocratico) del lavoro.

La novella del 2003, invece di risolvere questi problemi, ha acuito i contrasti, intervenendo sia sulla disciplina sostanziale che su quella processuale.

4. – Queste le modifiche apportate dalla l. 14 febbraio 2003, n. 30:

*a*) il socio di cooperativa stabilisce con la sua adesione o successivamente un ulteriore, ma non più «e distinto», rapporto di lavoro<sup>(18)</sup>;

*b*) il rapporto di lavoro si estingue automaticamente con il recesso o l'esclusione del socio, senza necessità quindi di un autonomo atto risolutivo del solo rapporto di lavoro<sup>(19)</sup>;

*c*) l'espressa attribuzione della competenza al giudice del lavoro per le controversie relative al rapporto di lavoro è soppressa ed è invece inserita

---

*ziali) del lavoro nelle società cooperative*, in *Variazioni su temi di dir. lavoro* 2017, fasc. 2, testo e nota 13, ora in *Giuseppe Santoro Passarelli – Giurista della contemporaneità*. Liber amicorum, Torino 2018, 653 ss., il quale fa notare come il legislatore impiega il verbo «restano», quanto alla competenza del giudice ordinario per le controversie inerenti al rapporto associativo, come a voler manifestare un disaccordo rispetto al *dictum* delle Sezioni unite citate *retro* a nota 2.

<sup>(18)</sup> Così il nuovo testo dell'art. 1, comma 3, l. n. 142/2001, come modificato dall'art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 30/2003.

<sup>(19)</sup> Così il comma 2 dell'art. 5, l. n. 142/2001, aggiunto dall'art. 9, comma 1, lett. d), l. n. 30/2003. Cfr. S. Laforgia, *Riflessioni a proposito di esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa*, in *Variazioni su temi di dir. lavoro* 2017, fasc. 2, par. 4, che parla di licenziamento "automatico"; Id., *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Milano 2009, 115, secondo cui si è di fronte ad una «fattispecie estintiva tipica *ad hoc*»; S. D'Ascola, *Quando la forma è sostanza ... La Cassazione alza la voce sul licenziamento del socio lavoratore di cooperativa*, in *Labor* 2016, 135, secondo il quale si tratta di una sorta di meccanismo del tipo *simul stabunt simul cadent*, ma che opera in una sola direzione.

la previsione che le controversie tra socio e cooperativa relative alla «prestazione mutualistica» sono di competenza del giudice ordinario<sup>(20)</sup>.

A livello sostanziale il rapporto associativo e il rapporto di lavoro possono ancora avere una genesi separata, essendo confermato che il socio può stipulare un rapporto di lavoro subordinato, parasubordinato o autonomo sia al momento di adesione alla cooperativa sia successivamente. Ma, una volta stipulati entrambi i rapporti, confluiscono in un unico rapporto complesso, come le due facce di una stessa medaglia<sup>(21)</sup>.

Tuttavia, è divergente la sorte di questo rapporto complesso a seconda che si proceda a terminare il rapporto associativo ovvero il rapporto di lavoro; in caso di licenziamento, viene meno il rapporto di lavoro, ma non anche automaticamente il rapporto associativo; al contrario, in caso di esclusione, si ha l'estinzione automatica del rapporto di lavoro, senza necessità di alcun atto<sup>(22)</sup>.

Il mutamento di disciplina sostanziale e, in particolare, la previsione dell'automatico travolgimento del rapporto di lavoro a seguito della comunicazione della delibera di esclusione, consente alla cooperativa, secondo propri calcoli di convenienza, di plasmare la tutela sostanziale e processuale spettante al socio.

<sup>(20)</sup> Così sempre il comma 2 dell'art. 5, l. n. 142/2001, aggiunto dall'art. 9, comma 1, lett. d), l. n. 30/2003. Cfr. in particolare R. Rivero, *La controriforma sulla competenza in materia di controversie tra socio lavoratore e cooperativa attuata con l'art. 9 l. n. 30/2003*, in *Lav. nella giur.* 2003, 1017 ss. Di controriforma parlano anche C. Cester, *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa: una controriforma? Alcune osservazioni sull'art. 9 della l. 14 febbraio 2003, n. 30*, in *Aa.Vv., Le cooperative ed il socio lavoratore. La nuova disciplina (l. 14 febbraio 2003 n. 30 e d.leg. 10 settembre 2003 n. 276)*, a cura di L. Montuschi, P. Tullini, Torino 2004, 23 ss.; A. Guariso, *Primi appunti sulla «controriforma» del lavoro in cooperativa*, in *D&L* 2003, 39 ss.; M. Quaranta, *Le norme in materia di socio lavoratore: ritocco o controriforma?*, in *Aa.Vv., Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, Napoli 2004, 257 ss. V. anche, in senso critico sulla novella, B. Fiorai, *Il lavoro in cooperativa: riforma "insostenibile"?*, *ivi*, 207 ss.; L. Gaeta, *Lavoro coordinato e lavoro in cooperativa: appunti sulle tecniche legislative*, *ivi*, 267 ss.; G. Meliadò, *La nuova legge sul lavoro cooperativo*, *ivi*, 179 ss., secondo il quale la novella è difettiva di una ponderata valutazione di tutti gli interessi in gioco.

<sup>(21)</sup> Cfr. M. Biagi, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Milano 1983, 415, che già sosteneva la specialità del rapporto del socio lavoratore di cooperativa, in quanto risultante dalla combinazione di due contratti (di società cooperativa e di lavoro).

<sup>(22)</sup> Questa nuova previsione di estinzione automatica del rapporto di lavoro, contenuta nell'art. 5, comma 2, l. n. 142/2001, corrisponde alla previsione generale di cui all'art. 2533 c.c., che, pur affermando l'automatica risoluzione del rapporto mutualistico a causa dello scioglimento del rapporto sociale, ammette però una diversa previsione dell'atto costitutivo. Sulla derogabilità anche della previsione di cui all'art. 5, comma 2, l. n. 142/2001, si rinvia, *si paret*, a D. Buoncristiani, *Esclusione o licenziamento del socio lavoratore di cooperativa?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 1337 s.

La cooperativa, come mossa di apertura del contenzioso<sup>(23)</sup>, può decidere di procedere: *a)* soltanto al licenziamento; *b)* soltanto all'esclusione, che però automaticamente travolge anche il rapporto di lavoro; *c)* sia al licenziamento che all'esclusione.

La prima opzione potrebbe essere preferita dalla cooperativa, per evitare il rischio di una *restitutio in integrum*, a seguito dell'invalidazione della delibera di esclusione<sup>(24)</sup>; infatti, in caso di licenziamento senza anche esclusione, al socio lavoratore spetta soltanto la tutela lavoristica per il licenziamento, che potrebbe consistere in una tutela non restitutoria del posto di lavoro in cooperativa, ma meramente risarcitoria ed eventualmente negli importi contenuti di cui all'art. 8, l. n. 604/1966, tenuto conto del numero di lavoratori impiegati dalla cooperativa al momento del licenziamento<sup>(25)</sup>.

La seconda opzione (soltanto esclusione<sup>(26)</sup>) espone sì la cooperativa, in caso di invalidazione, ad una *restitutio in integrum*, ma le consente di procedere immediatamente all'estromissione, senza dover seguire il procedi-

<sup>(23)</sup> Cfr. V. Maio, *op. cit.*, che richiama per l'appunto l'immagine della scacchiera processuale.

<sup>(24)</sup> Cfr., recentemente, Cass. 2 marzo 2023, n. 6333 e in precedenza Cass. 16 novembre 2021, n. 34721, in *Ius lavoro* 2022, fasc. 18, con nota di T. Zappia, *La disciplina a tutela del socio-lavoratore dipende dal profilo causale delle vicende estintive?*, nonché in *Labor* 5 febbraio 2022, con nota di M. Caro, *Le tutele esperibili in caso di esclusione dalla compagine sociale e di licenziamento del socio lavoratore di cooperativa; in particolare, la fattispecie dell'impugnazione anche della delibera di esclusione, oltre che del provvedimento di licenziamento*, secondo cui «l'effetto pienamente ripristinatorio del rapporto – associativo e di lavoro – conseguente all'annullamento della delibera di espulsione per insussistenza del medesimo fatto alla base del recesso non consente di individuare residui spazi per l'utile esplicazione della tutela reintegratoria di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 18», con conseguente applicazione della tutela di diritto comune, cioè l'affermazione della giuridica continuità del rapporto di lavoro, con effetto ripristinatorio dello stesso e diritto al compenso, ma soltanto dalla messa in mora.

<sup>(25)</sup> Cfr. Cass. 6 agosto 2012, n. 14143, in motivazione, secondo cui «sono computabili i soci lavoratori proprio perché per essi accanto al rapporto societario sussiste un normale rapporto di lavoro».

<sup>(26)</sup> La cooperativa, avvalendosi della nuova previsione di cui all'art. 5, comma 2, l. n. 142/2001, si limita a deliberare l'esclusione e a comunicare tale delibera al socio. Cfr. Cass. 1° aprile 2016, n. 6373, in *Labor* 2016, 123, con nota di S. D'Ascola, *Quando la forma è sostanza*, cit.; in *Riv. it. dir. lav.* 2016, II, 787, con nota di L. A. Cosattini, *Esclusione del socio di cooperativa: risoluzione del rapporto di lavoro e scioglimento del vincolo associativo*; in *Giur. comm.* 2018, II, 66, con nota di A. Donini, *L'obbligo di comunicazione della delibera di esclusione del socio di cooperativa*; in *Dir. relazioni ind.* 2016, 820, con nota di L. Imberti, *Canti e controconti nella giurisprudenza della cassazione in materia di esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa*; in *Lavoro giur.* 2016, 784, con nota di L. Angiello, *La comunicazione dell'esclusione del socio-lavoratore nelle cooperative*, che in motivazione afferma: «per quanto attiene la speciale figura del rapporto di lavoro del socio di cooperativa, la disciplina di legge (*ex art. 2533 c.c.*) va integrata nel senso che alla delibera di esclusione si applicano, in base ad una esigenza di coerenza logica e di sistema, quanto agli

mento disciplinare di cui all'art. 7 statuto lavoratori<sup>(27)</sup>, nonché di portare la lite in arbitrato, in presenza di clausola compromissoria nei patti sociali.

Venendo in considerazione soltanto la delibera di esclusione, la controversia appare (salvo quanto vedremo *infra*) come societaria e, quindi, sottratta ai limiti di cui all'art. 806, comma 2, c.p.c.

L'arbitrato, a differenza della lite davanti al giudice statale, ha tempi certi, prefissati o comunque imposti dalle parti, e la cooperativa è posta in grado di quantificare con sufficiente precisione il rischio economico connesso alla controversia, dato che le conseguenze patrimoniali derivanti dall'eventuale invalidazione della delibera di esclusione saranno al più pari alle retribuzioni *medio tempore* perse dal socio lavoratore estromesso.

Inoltre, il lavoratore è disincentivato a promuovere la lite, tenendo conto dei costi, anche iniziali, dell'arbitrato.

Infine, l'arbitro non ha i poteri istruttori riconosciuti dall'ordinamento al giudice del lavoro, né forse la sua sensibilità e preparazione nell'affrontare tematiche lavoristiche, benché, di regola, l'esclusione è comminata per gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale (art. 2286 c.c.) e l'obbligazione inadempita è quella di svolgere correttamente e diligentemente l'attività lavorativa, cioè un'ipotesi di licenziamento disciplinare.

Questa possibilità di sfuggire alla tutela lavoristica (e al giudice del lavoro) è stata presa in considerazione in giurisprudenza, che, pur in difetto dell'atto licenziamento, dà rilevanza alla ragione dell'effetto.

Si passa dall'atto alla causale dell'effetto, «ciò che conta è la sostanza e, nella sostanza, ... si è avuto un licenziamento disciplinare illegittimo»<sup>(28)</sup>.

La pronuncia prende in considerazione soltanto l'applicabilità o meno della tutela sostanziale prevista per il licenziamento illegittimo e non anche la tutela processuale, non risultando che sia stata contestata la competenza del giudice del lavoro adito dal socio lavoratore estromesso.

---

oneri di comunicazione, i medesimi principi valevoli per il provvedimento di licenziamento».

<sup>(27)</sup> Cfr. Cass. 18 novembre 2021, n. 35341, in *Riv. dottori commercialisti* 2022, 103, che espressamente esclude la necessità del rispetto dell'art. 7 statuto lavoratori nel caso in cui l'estinzione del rapporto di lavoro non si pone come conseguenza di un atto di licenziamento, ma come conseguenza automatica dell'esclusione.

<sup>(28)</sup> Così in motivazione Cass. 23 gennaio 2015, n. 1259, in *Riv. giur. lav.* 2015, II, 255, con nota di S. Laforgia, *Esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa: variazioni sul tema*; in *Giustiziacivile.com* 29 gennaio 2016, con nota di F. Centofanti, *Esclusione o licenziamento del socio di cooperativa: prevale davvero, ai fini della tutela, la ragione sostanziale di cessazione del rapporto?* Cfr. anche R. Rivero, *La nuova disciplina delle competenze sulle controversie tra socio e cooperativa*, in *Le cooperative ed il socio lavoratore. La nuova disciplina*, a cura di L. Montuschi, P. Tullini, Torino 2004, 93.

Tuttavia, una volta affermato che ciò che conta è la sostanza e non la forma ed in particolare rileva che l'esclusione sia avvenuta per ragioni disciplinari e non ragioni attinenti al rapporto societario, allora «nella sostanza», mutuando le parole della Corte, siamo di fronte ad una controversia di lavoro, non arbitrabile in assenza di espressa previsione nella legge o nel contratto o accorto collettivo di lavoro. Controversia assegnata alla competenza funzionale del giudice del lavoro, da trattare con il rito del lavoro, mentre, quanto al merito, va applicata la disciplina sostanziale prevista per il licenziamento viziato, pur non essendoci un licenziamento.

In sintesi, dall'atto si passa alla ragione dell'effetto.

Più recentemente, però, la cassazione è tornata ad affermare la prevalenza della forma sulla sostanza: soltanto in caso di adozione di un formale atto di licenziamento, «in presenza dei relativi presupposti, vi sarà spazio per l'esplicazione delle tutele connesse alla cessazione del rapporto di lavoro»<sup>(29)</sup>.

La Corte si preoccupa anche di rispondere alla critica secondo cui in tal modo è la cooperativa, con la sua mossa di apertura (cioè procedendo soltanto a deliberare e comunicare l'esclusione), a scegliere le tutele esperibili dal socio lavoratore, osservando che la scelta non può tradursi in arbitrarietà, essendo sottoposta a verifica la legittimità del provvedimento di espulsione.

---

<sup>(29)</sup> Così, in motivazione, Cass. 18 novembre 2021, n. 35341, cit., segnalando che in precedenza le Sezioni unite si erano limitate ad osservare che alla duplicità di rapporti *può* (ma non deve) corrispondere la duplicità degli atti estintivi, «in quanto ciascun atto colpisce, e quindi lede, un autonomo bene della vita, sia pure per le medesime ragioni: la delibera di esclusione lo *status socii*, il licenziamento il rapporto di lavoro» (così Cass., sez. un., 20 novembre 2017, n. 27436, in *Foro it.* 2018, I, 3686, con nota di D. Dalfino, *In tema di rimedi e tutele processuali del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*; in *Nuova giur. civ.* 2018, 375, con nota di M. Falsone, *Licenziamento ed esclusione del lavoratore socio di cooperativa: la «terza via» delle sezioni unite*; in *Lav. nella giur.* 2018, 271, con nota di L.A. Cosattini, *Licenziamento del socio di cooperativa: la «terza via» delle sezioni unite*; in *Riv. it. dir. lav.* 2018, II, 324, con nota di S. Sardaro, *Le sezioni unite su esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa: epilogo di una lunga saga?*; in *Riv. giur. lav.* 2018, II, 141, con nota di S. Mangione, *Le sezioni unite sul licenziamento del socio lavoratore di cooperativa*; in *Dir. relazioni ind.* 2018, 281, con nota di L. Imberti, *Le sezioni unite provano a fare chiarezza in materia di esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa, ma l'incertezza del diritto potrebbe perdurare*; in *Danno e resp.* 2018, 693, con nota di V. Ceccarelli, *Sì al risarcimento per il socio lavoratore illegittimamente licenziato anche in assenza di impugnazione della delibera di esclusione*; in *Giur. comm.* 2018, II, 654, con nota di S. Buoso, *Le sezioni unite su esclusione-licenziamento del socio lavoratore di cooperativa*; in *Ius lavoro* 2017, fasc. 5, con nota di P. Laguzzi, *Esclusione e licenziamento del socio lavoratore, il parere delle Sezioni Unite*; in *Dir.&Giust.* 2017, fasc. 186, 9, con nota di M. Scofferi, *Il socio lavoratore può impugnare (anche solo) il licenziamento*; in *Lavoro giur.* 2018, 30, con nota di R. Rivero, *Il socio lavoratore di cooperativa ed il ritorno all'antico delle Sezioni Unite n. 27436/2017*).

Questa replica non coglie nel segno, perché non è in discussione la possibilità di controllo dell'estromissione, bensì le modalità (processuali) di questo controllo e la tutela (sostanziale) spettante al socio.

Il nuovo testo dell'art. 441-ter c.p.c., secondo periodo, come vedremo *infra*, affronta questo tema e indica una soluzione, almeno per il profilo processuale.

5. – Prima di esaminare la nuova disciplina processuale di cui all'art. 441-ter c.p.c. <sup>(30)</sup>, va presa in considerazione la terza possibile mossa di apertura da parte della cooperativa, cioè procedere sia all'esclusione che al licenziamento.

Occorre distinguere tra atto deliberativo (cioè la deliberazione di esclusione presa dagli amministratori o, se l'atto costitutivo lo prevede, dall'assemblea, riportata poi nel libro delle adunanze e delle deliberazioni) e atto terminativo, cioè la comunicazione della delibera stessa.

La comunicazione di estromissione può essere unica e nella stessa può non essere chiaramente distinguibile l'atto esclusione e l'atto licenziamento <sup>(31)</sup>. Inoltre, le parole «licenziamento» o «esclusione» potrebbero non essere utilizzate. Ovvero, potrebbe anche essere espressamente comunicato il licenziamento o l'esclusione, ma soltanto come conseguenza dell'uno <sup>(32)</sup> o

<sup>(30)</sup> Cfr. per i lavori preparatori D. Dalfino, *Un solo rito e un solo giudice per le controversie in materia di licenziamento ed esclusione del socio lavoratore di cooperativa (o quasi)*, in [www.lavorodirittieuropa.it](http://www.lavorodirittieuropa.it), 1° settembre 2021. V. A. Guariso, in *Riforma del processo e controversie di lavoro* (a cura di S. Ciaschi e F.M. Giorgi), Torino 2023, 74 ss.; A.D. De Santis, in *La riforma del processo civile* (a cura di D. Dalfino), *Il Foro italiano – Gli speciali*, Padova 2023, 350; A. Mengali, in *Il processo civile dopo la riforma* (a cura di C. Cecchella), Torino 2023, 219 ss.; R. Bolognesi, in *La riforma Cartabia del processo civile* (a cura di R. Tiscini), Pisa 2023, 1105 ss.; F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, Milano 2023, 256 s.; R. Rivero, *Il licenziamento del socio di cooperativa nella Riforma Cartabia: più dubbi che soluzioni*, in *Lav. nella giur.* 2023, 800 ss.; G. Craca, *Esclusione e licenziamento del socio di cooperativa tra orientamenti giurisprudenziali e riforma Cartabia*, in *Lav. nella giur.* 2023, 696 ss.; D. Dalfino, in *Aa.Vv.*, *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, cit., 478 ss.

<sup>(31)</sup> Cfr. A. Guariso, in *Riforma del processo e controversie di lavoro*, cit., 76, che evidenzia la possibilità di atti “unici ma distinti” come: “la escludiamo e per tal motivo la licenziamo”; “la licenziamo e quindi, non potendo Lei più lavorare, la escludiamo”; “la escludiamo e la licenziamo” e così via all'infinito.

<sup>(32)</sup> Ad es., il superamento del periodo di comporta rileva come giustificato motivo di licenziamento, ma soltanto indirettamente come ipotesi di esclusione, richiedendosi la «mancanza o perdita dei requisiti per la partecipazione alla società». Parimenti, sempre tra le ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, il ridimensionamento dell'attività produttiva (sia per cause fisiologiche quali la perdita o l'ultimazione della commessa o dell'appalto sia per cause patologiche quali la crisi del settore o del mercato o, comunque, per una valutazione di non proficuità dell'attività) non rileva direttamente sul rapporto

dell'altra <sup>(33)</sup>).

Ciò che conta è che l'atto sia «vestito» <sup>(34)</sup>, cioè contenga l'indicazione chiara delle cause che hanno portato la cooperativa ad estromettere il socio lavoratore, a terminare il rapporto instaurato con il socio <sup>(35)</sup>.

Insomma, nel caso in cui l'estromissione sia comunicata con un unico atto, si pone innanzitutto un problema di lettura e comprensione di tale atto terminativo, per stabilire se contiene o meno sia l'atto esclusione che l'atto licenziamento.

Se si conclude per la duplicità di atti, anche se contenuti nello stesso documento, non è ancora detto che alla duplicità di atti corrisponda la duplicità di tutele.

La delibera di esclusione potrebbe poggiare su una causa non rilevante nel distinto rapporto di lavoro, come ad es. il fallimento del socio (art. 2288, comma 1, c.c.) o il mancato pagamento delle quote o l'ingiustificata partecipazione ad un certo numero di assemblee. La comunicazione dell'esclusione potrebbe aggiungere che, a seguito ed in conseguenza dell'esclusione, il socio è altresì licenziato con effetto immediato. Ovvero la comunicazione del licenziamento potrebbe avvenire con separato atto.

Ebbene, quest'atto di licenziamento, anche se formalmente individuabile (specie se comminato con separato atto), è privo di causa <sup>(36)</sup>; l'interruzione del rapporto di lavoro è soltanto la conseguenza, prevista dall'art. 5, l. n. 142/2001, dell'intervenuta esclusione dalla cooperativa.

Dare autonoma rilevanza al (formale, ma non sostanziale) atto di licenziamento e, quindi, applicare la tutela prevista per ciascun atto, può

associativo, essendo infatti legislativamente riconosciuto il diritto alla disoccupazione pur mantenendo l'adesione alla cooperativa, come visto *supra* nel testo.

<sup>(33)</sup> Si pensi alle ipotesi rilevanti soltanto nel rapporto associativo indicate *retro* nel paragrafo 3, lett. b).

<sup>(34)</sup> Si rinvia, *si parat*, a D. Buoncristiani, *Potere e atto. Tutela civile dell'incertezza oppositoria*, Torino 2020, 11 ss., 164 ss., per l'analisi delle modalità di esercizio della situazione potestativa, che si può o meno presentare come un *droit causé*, e, quindi, sulla capacità contenutistica del successivo giudizio oppositorio e sui poteri delle parti e del giudice. V. *retro* nota 26 quanto al contenuto della comunicazione di esclusione.

<sup>(35)</sup> Come si vede, nel testo si è fatto ricorso a termini diversi da esclusione o licenziamento, ma che comunque consentono al destinatario dell'atto di comprendere l'interruzione del rapporto associativo e di lavoro.

<sup>(36)</sup> Cfr. R. Rivero, *op. ult. cit.*, 805, secondo il quale il licenziamento dovrebbe sempre essere dichiarato *tamquam non esset*, «dal momento che se intervenuto dopo il provvedimento di esclusione deve ritenersi *inutiliter datum* (essendo il rapporto di lavoro già estinto *ex lege*); mentre, se intervenuto prima dell'esclusione, il licenziamento sarà destinato ad essere comunque travolto ed assorbito dal successivo più ampio provvedimento di esclusione emesso dalla cooperativa che è per legge tale da risolvere sempre automaticamente anche il rapporto di lavoro, unitamente al rapporto associativo».

consentire alla cooperativa di plasmare la tutela spettante al socio estromesso ed ottenere un risultato altrimenti non spettante: liberarsi comunque del socio lavoratore. Il socio lavoratore estromesso da una piccola cooperativa “sotto soglia”, con meno di sedici soci lavoratori, a seguito dell’invalidazione della delibera di esclusione, non ottiene un’effettiva *restitutio in integrum*, poiché il rapporto di lavoro non è ricostituito, spettando al socio soltanto il modico indennizzo previsto dall’art. 8, l. n. 604/1966 per l’invalidazione del licenziamento.

In quest’ipotesi la sostanza deve prevalere sulla forma; il licenziamento, anche se formalmente comminato, è soltanto apparente, in quanto privo di causa e in tutto dipendente unicamente dall’intervenuta esclusione dalla cooperativa; l’invalidazione dell’esclusione comporta la *restitutio in integrum*, compresa la ricostituzione del rapporto di lavoro.

La delibera di esclusione va impugnata, seguendo le regole sue proprie, cioè entro il termine decadenziale di sessanta giorni dalla comunicazione *ex art. 2533 c.c.*, in sede arbitrale, in presenza di clausola compromissoria nei patti sociali, o davanti al giudice ordinario (tribunale ordinario in formazione collegiale *ex art. 50-bis c.p.c.*, con il rito societario dal 1° gennaio 2004 fino all’abrogazione avvenuta con la l. n. 69/2009; dal 20 settembre 2012, davanti alla sezione specializzata del tribunale delle imprese, istituita con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27<sup>(37)</sup>).

Nell’ipotesi inversa, cioè dell’esclusione deliberata in conseguenza del comminato licenziamento per giustificato motivo oggettivo, si ha comunque l’integrazione di una causa di esclusione (quella generale prevista dall’art. 2533, n. 3, c.c., cioè «per mancanza o perdita dei requisiti previsti per la partecipazione alla società», salvo più specifica previsione contenuta nei patti sociali o nel regolamento) e la cooperativa deve scegliere se avvalersi o meno della possibilità di escludere il socio non più lavoratore. Come ricordato *retro* (paragrafo 3, lett. a), è legislativamente prevista la figura del “socio in attesa” di una nuova opportunità di lavoro in coope-

---

<sup>(37)</sup> L’art. 2, l. 24 marzo 2012, n. 27, come modificato in sede di conversione, ha novellato l’art. 3, d.lgs. n. 168/2003 e ha esteso la competenza delle sezioni specializzate anche alle cause relative «ai rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l’accertamento, la costituzione, la modificazione o l’estinzione di un rapporto societario». La recente riforma Cartabia, nel modificare l’art. 50-*bis* c.p.c., ha sì sottratto alla competenza del giudice collegiale le cause di impugnazione delle deliberazioni dell’assemblea e del consiglio di amministrazione, ma ha fatto salva la previsione contenuta al n. 3 dell’art. 50-*bis*, cioè la competenza collegiale nelle cause devolute alle sezioni specializzate. Pertanto, l’impugnativa della delibera di esclusione, se non è compromessa in arbitrato, va portata davanti alla sezione specializzata del tribunale delle imprese territorialmente competente.

rativa. È quindi possibile distinguere due distinti atti: licenziamento ed esclusione.

Nell'ipotesi dell'estromissione per ragioni disciplinari, si è presenza di una causa direttamente rilevante sia nel rapporto associativo che nel rapporto di lavoro e la cooperativa è chiamata a fare, come detto, la mossa di apertura del contenzioso, cioè deliberare e comunicare unicamente l'esclusione ovvero provvedere sia all'esclusione che al licenziamento.

In presenza di un'esclusione e di un licenziamento non meramente apparente, il socio lavoratore estromesso dispone di una duplicità di tutele: quella prevista per l'esclusione e quella prevista per il licenziamento.

Può non impugnare (tempestivamente) l'esclusione, ma soltanto il licenziamento davanti al giudice del lavoro, nel rispetto dei termini decadenziali di cui all'art. 6, l. n. 604/1966. In tal caso non potrà ottenere la ricostituzione del rapporto di lavoro, non solo perché è esclusa l'applicabilità dell'art. 18 statuto lavoratori *ex* art. 2, l. n. 142/2001, ma anche perché non può imporre una modifica unilaterale del rapporto interrotto, che era associativo e di lavoro e non soltanto di lavoro dipendente; potrà unicamente ottenere l'indennizzo di cui all'art. 8, l. n. 604/1966<sup>(38)</sup>.

Può non impugnare (tempestivamente) il licenziamento, ma soltanto l'esclusione. Ipotesi sicuramente non usuale, ma verificatasi: il socio estromesso aveva impugnato la sola esclusione davanti ad arbitro, secondo le previsioni di clausola compromissoria contenuta nello statuto; aveva altresì separatamente ed autonomamente impugnato il licenziamento davanti al giudice del lavoro. Non era quindi dubbio che la domanda proposta davanti al giudice del lavoro riguardasse unicamente il licenziamento. L'impugnazione del licenziamento era tardiva. Ciononostante, la corte d'appello prima e la cassazione dopo, forzano la disciplina sostanziale per plasmare la tutela sostanziale e processuale spettante. Si parte dalla corretta constatazione che il legislatore, con l'intervento operato con la l. n. 30/2003, ha previsto un rapporto di consequenzialità fra l'esclusione del socio e l'estinzione del rapporto di lavoro, senza la necessità di un distinto atto di licenziamento, anche nelle ipotesi di comportamenti che ledono sia il rapporto associativo che quello di lavoro. Poi però si passa dalla non necessità di un autonomo atto di licenziamento alla superfluità e, quindi, all'irrelevanza dello stesso. Se è irrilevante che la cooperativa abbia comminato il licenziamento, allora è irrilevante anche la tardività dell'iniziativa giudiziale del socio lavoratore, nonché stabilire quale sia la tutela sostanziale spettante a seguito dell'invalidazione del licenziamento. È sufficiente

---

<sup>(38)</sup> In questi termini Cass., sez. un., 20 novembre 2017, n. 27436, cit.

l'invalidazione della delibera di esclusione, avvenuta in sede arbitrale, a travolgere non già il licenziamento, confinato nel territorio dell'irrelevanza, ma l'effetto automatico sul rapporto di lavoro<sup>(39)</sup>.

Di regola, comunque, il socio estromesso impugnerà sia la delibera di esclusione che il licenziamento.

Davanti a quale giudice?

Si è cercato di far leva sul nuovo testo dell'art. 5, l. n. 142/2001 e, in particolare, sulla previsione che «le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario».

La locuzione «prestazione mutualistica» è stata letta come:

a) «prestazione di attività lavorativa», dato che l'art. 1, l. n. 142/2001 precisa che il rapporto mutualistico ha ad oggetto «la prestazione di attività lavorativa», per cui la controversia sull'estromissione è del tribunale ordinario e non del giudice del lavoro<sup>(40)</sup>;

b) «prestazioni che – per eliminare l'intento speculativo delle società capitalistiche – si traducono in prestazioni che la società assicura ai suoi soci in termini più vantaggiosi rispetto ai terzi»<sup>(41)</sup>, per cui è il giudice del lavoro a dover decidere sul licenziamento.

<sup>(39)</sup> Cfr. Cass. 13 maggio 2016, n. 9916, in *Dir. relazioni ind.* 2016, 820, con nota di L. Imberti, *Canti e controcantanti*, cit., con indicazione di precedenti in motivazione. Cfr. S. Laforgia, *Riflessioni a proposito di esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa*, cit., § 6, secondo la quale, a seguito dell'invalidazione della delibera di esclusione, «essa verrebbe meno e con essa anche il licenziamento di cui costituisce il presupposto». La successiva pronuncia delle Sezioni unite (27436/2017, cit.) critica questa ricostruzione al paragrafo 7.1 della motivazione, per poi affermare che alla duplicità di rapporti può corrispondere la duplicità di atti estintivi, con duplicità di tutele, in connessione di cause.

In dottrina, v. R. Rivero, *Il licenziamento del socio di cooperativa nella Riforma Cartabia*, cit., 805, 810, secondo il quale si applica soltanto la tutela di diritto comune, cioè la ricostituzione di entrambi i rapporti, e mai l'art. 18 statuto lavoratori; A. Mengali, in *Il processo civile dopo la riforma* (a cura di C. Cecchella), cit., 238, nota 61, il quale esclude la ricostituzione del rapporto di lavoro, a seguito dell'invalidazione della delibera di esclusione, in presenza di un autonomo atto di licenziamento non impugnato, «a meno che lo statuto non escluda la possibilità del socio non lavoratore».

<sup>(40)</sup> Cfr. in particolare Cass. 6 dicembre 2010, n. 24692, in *Mass. giur. lav.* 2012, 135, con nota di G. Canavesi, *Esclusione del socio lavoratore ed estinzione del rapporto di lavoro* e di A. Pompei, *Lavoro in cooperativa: delibera di esclusione del socio e sorte del rapporto di lavoro*, nonché in *Riv. it. dir. lav.* 2011, II, 1206, con nota di M. Vincieri, *Sulla dibattuta questione dell'applicabilità del rito ordinario alle controversie tra soci lavoratori e cooperative*. La cassazione riconosce l'ambiguità dell'espressione «prestazioni mutualistiche», ma dà rilievo all'«evidente valenza sistematica» delle modifiche apportate dalla l. n. 30/2003.

<sup>(41)</sup> Così Cass. 18 gennaio 2005, n. 850, in *Dir. lav.* 2006, II, 328, con nota di M. Ariotti Branciforti, *La competenza sulle controversie del socio di cooperativa di produzione e lavoro*, nonché in *Dir. e pratica lav.* 2005, 853, con nota di D. Vedani, *Socio lavoratore di cooperativa: quale tutela per le controversie?*, nonché in *Giur. it.* 2005, 1428, con nota di G.

Tuttavia, quest'interpretazione restrittiva dell'espressione «prestazione mutualistica» non è sufficiente per affermare la competenza del giudice del lavoro anche sull'impugnazione della delibera di esclusione. Anzi. L'introduzione del rito societario, avvenuta con il d.lgs. n. 5/2003, e, in particolare, la previsione contenuta nell'art. 1 secondo cui il nuovo rito si applica in tutte le controversie relative all'estinzione di un rapporto societario, nonché a quelle connesse, portava ad accentrare il *simultaneus processus* davanti al tribunale ordinario, in formazione collegiale (ex art. 50-bis c.p.c.), con l'applicazione del rito societario. Questo almeno fino all'intervento della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità, per eccesso di delega, dell'art. 1 nella parte in cui prevedeva l'applicazione del rito societario anche in caso di connessione con una controversia su uno dei rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.<sup>(42)</sup>.

Parimenti, con l'istituzione della sezione specializzata del tribunale delle imprese, è affermata la competenza di questo giudice specializzato sia sulla controversia riguardante l'estinzione del rapporto societario sia su quelle che presentano ragioni di connessione (art. 3, d.lgs. n. 168/2003, come modificato dall'art. 2, d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2012)<sup>(43)</sup>.

Bonfante, *La competenza nelle controversie di lavoro secondo la cassazione*, nonché in *Riv. it. dir. lav.* 2005, II, 708, con nota di M. Pallini, *Il riparto di competenza processuale nelle controversie tra socio-lavoratore e società cooperativa*, nonché in *Mass. giur. lav.* 2005, 883, con nota di G. Franza, *Esclusione del socio di cooperativa e cessazione del rapporto di lavoro: quale è il giudice competente?*

<sup>(42)</sup> Corte cost. 28 marzo 2008, n. 71, in questa *Rivista* 2009, 203, con nota di B. Sassani e F. Auletta, *Ansia da incostituzionalità e processo societario: ancora una discutibile applicazione di giustizia costituzionale*, 211, con nota di D. D'Adamo, *L'incostituzionalità della prevalenza del rito societario sugli altri riti con riguardo alle cause connesse*, nonché in *Foro it.* 2008, I, 1363, con nota di D. Dalfino, *L'(automatica) prevalenza del rito societario è incostituzionale: fine di un primato e ritorno (per il lavoratore) alle garanzie*, nonché in *Giusto processo civ.* 2008, 887, con nota di R. Tiscini, *Il rito societario, l'eccesso di delega e le petizioni di principio*, nonché in *Giust. civ.* 2009, I, 2639, con nota di C. Mancuso, *La disciplina della connessione nel rito societario alla luce di Corte Cost. n. 71 del 2008*, nonché in *ADL* 2008, 1448, con nota di S. Laforgia, *La tutela processuale del socio-lavoratore al vaglio della Corte costituzionale: l'ambiguità di un compromesso*, nonché in *Riv. critica dir. lav.* 2008, 93, con nota di A. Guariso, *E finalmente finì la peregrinazione del socio lavoratore da un giudice all'altro*, nonché in *Lavoro giur.* 2008, 793, con nota di S. Vallone, *L'applicazione del rito societario alle cause connesse tra lavoratori e società*, nonché in *Mass. giur. lav.* 2008, 726, con nota di L. Perina, *La decisione della Corte costituzionale in materia di connessione e i riflessi sul rito del lavoro*.

<sup>(43)</sup> Cfr., anche per i richiami delle prime pronunce di legittimità e di merito sull'attrazione o meno del *simultaneus processus* davanti alla sezione specializzata del tribunale delle imprese, L. Imberti, *Canti e controconti*, cit., 826, C. Gamba, *Questioni processuali controverse sulla tutela del socio di cooperativa estromesso*, in *Riv. it. dir. lav.* 2015, II, 1132.

Stavolta viene in considerazione la locuzione «ragioni di connessione», contenuta nell'art. 3, d.lgs. n. 168/2003. Si afferma una lettura restrittiva di tale locuzione, nel senso che questa previsione speciale di competenza della sezione specializzata non deroga alla regola generale, desumibile dall'art. 40, comma 3, c.p.c., della «*vis attractiva* del rito del lavoro» nell'ipotesi di connessione di controversie relative al rapporto associativo e al rapporto di lavoro. La prevalenza della disciplina generale, benché cronologicamente anteriore, su quella posteriore speciale è imposta da una lettura costituzionalmente orientata: la prevalenza del rito del lavoro su quello ordinario è a presidio di interessi costituzionalmente rilevanti<sup>(44)</sup>.

Si avverte l'eco della dogmatica sulla tutela processuale differenziata<sup>(45)</sup>, che ha portato non soltanto ad un *corpus* normativo autonomo, ma anche all'istituzione di un giudice specializzato, che ha «una maggiore familiarità nel conoscere di un licenziamento e delle limitazioni pattizie (inserite nei contratti o accordi collettivi) al potere di recesso»<sup>(46)</sup>.

Resta tuttavia la sensazione di una forzatura, dell'impostazione del ragionamento in funzione «asseverativa di una soluzione preconcreta»<sup>(47)</sup>, anche perché la discrezionalità del legislatore nella materia processuale incontra il solo limite della manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà<sup>(48)</sup>.

Stavolta, si plasma la disciplina sostanziale (locuzione «prestazione mutualistica») e processuale (locuzione «ragioni di connessione») per affermare la competenza del giudice del lavoro.

Su questo scenario cala adesso il nuovo art. 441-ter c.p.c.

<sup>(44)</sup> Cfr. Cass. 21 novembre 2014, n. 24917, in *Giur. comm.* 2015, II, 1250, con nota di A. Rota, *Socio-lavoratore di cooperativa: quale giudice è competente nelle ipotesi contemplate ex art. 3, 3° comma, d.lgs. 168/2003?* nonché in *Riv. giur. lav.* 2015, II, 255, con nota di S. Laforgia, *Esclusione e licenziamento del socio lavoratore di cooperativa: variazioni sul tema*, nonché in *Lavoro giur.* 2015, 243, con nota di L.A. Cosattini, *Esclusione e concorrente licenziamento del socio di cooperativa: per la cassazione la competenza spetta al tribunale in funzione di giudice del lavoro*, nonché in *Lavoro e prev. oggi* 2015, 62, con nota di M.S. Mariani, *Connessione di cause aventi ad oggetto l'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore di cooperativa: la competenza torna al giudice del lavoro*; Cass. 27 novembre 2014, n. 25237 e Trib. Torino 11 luglio 2014, in *Società* 2015, 578, con nota di D. Buoncristiani, *Estromissione del socio lavoratore: quale tutela?*

<sup>(45)</sup> Cfr. in particolare A. Proto Pisani, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.* 1973, V, 205 ss.

<sup>(46)</sup> Così, in motivazione, Trib. Torino 11 luglio 2014, cit.

<sup>(47)</sup> Così V. Maio, *Di alcuni profili processuali problematici*, cit., § 6.

<sup>(48)</sup> In questi termini L. de Angelis, *L'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore e la Corte di cassazione*, cit., testo e nota 27.

6. – Il nuovo art. 441-*ter* c.p.c., primo periodo, afferma che la controversia sul licenziamento del socio lavoratore è assoggettata alle norme di cui agli artt. 409 ss. c.p.c., cioè è una controversia di lavoro e il giudice del lavoro decide anche sulle questioni relative al rapporto associativo eventualmente proposte.

Quindi,

a) è confermata la possibilità per il socio lavoratore estromesso di impugnare il solo licenziamento, essendo eventuale la richiesta di decisione su questioni relative al rapporto associativo. Non è chiaro se questa possibilità di concentrare la lite sul solo licenziamento dipende dalla mossa iniziale della cooperativa, che ha disposto il solo licenziamento e non anche l'esclusione, ovvero se dipende da una scelta del socio lavoratore, che è stato sia licenziato che escluso dalla cooperativa, ma decide di impugnare il solo licenziamento. Questa seconda ipotesi si lascia preferire, dato che l'eventualità prevista dal legislatore è la *decisione*, subordinata a domanda di parte, per cui è sempre possibile la cognizione *incidenter tantum* delle questioni relative al rapporto associativo, cioè la cognizione della legittimità della delibera di esclusione;

b) il giudice del lavoro decide anche sulle questioni attinenti al rapporto associativo, tra cui *in primis* la legittimità dell'esclusione; stavolta però non in base ad una discutibile lettura costituzionalmente orientata dell'art. 3, d.lgs. n. 168/2003, ma per un'espressa attribuzione di competenza<sup>(49)</sup>;

c) la controversia sull'estromissione (esclusione e licenziamento) è qualificata come controversia di lavoro, con conseguente applicazione anche dell'art. 806, comma 2, c.p.c. e possibilità di deferirla ad arbitro soltanto se previsto dalla legge o da contratti o accordi collettivi di lavoro.

Ma anche nel caso in cui la cooperativa si è avvalsa della possibilità di non procedere al licenziamento, fidando nell'automatica estinzione anche del rapporto di lavoro, secondo la previsione dell'art. 5, l. n. 142/2001, è preclusa alla cooperativa la possibilità di plasmare la tutela processuale, sottraendola al giudice del lavoro con l'applicazione del rito lavoro, in presenza di clausola compromissoria contenuta nei patti sociali.

Il secondo periodo dell'art. 441-*ter* c.p.c., infatti, attribuisce al giudice del lavoro la competenza a decidere sul rapporto di lavoro e sul rapporto associativo, anche nelle ipotesi in cui la cessazione del rapporto di lavoro deriva dalla cessazione del rapporto associativo e non già da un formale

---

<sup>(49)</sup> In questi termini v. A. Guariso, in *Riforma del processo e controversie di lavoro*, cit., 77.

atto di licenziamento. L'espressa attribuzione al giudice del lavoro qualifica tale controversia come di lavoro e, quindi, comporta l'applicazione dell'art. 806, comma 2, c.p.c. e la possibilità di arbitrato soltanto se previsto dalla legge o da contratti o accordi collettivi di lavoro.

Il giudice del lavoro è chiamato a decidere sull'effetto prodotto, pur in assenza dell'atto licenziamento.

Non è più necessario procedere ad una delicata e problematica interpretazione della manifestazione di volontà racchiusa nella comunicazione dell'esclusione. Non serve più stabilire se c'è o meno un atto di licenziamento e se tale atto è o meno soltanto apparente.

Non c'è bisogno di immaginare che «se l'«inesistente» licenziamento (quello cioè implicito in una delibera di esclusione che faccia cessare, in via di fatto e quale effetto automatico, la prestazione lavorativa) attrae comunque la materia avanti il giudice del lavoro, è perché detto licenziamento è comunque «esistente» indipendentemente dalla procedura scelta dalla cooperativa»<sup>(50)</sup>.

La controversia è assegnata al giudice del lavoro, perché comunque viene in considerazione il rapporto di lavoro, anche se non c'è un formale atto di licenziamento.

L'unico aspetto processuale non chiaro è se la controversia è assegnata al giudice del lavoro anche nelle (rare) ipotesi in cui la delibera di esclusione poggia esclusivamente su causali attinenti al rapporto associativo.

Il legislatore della riforma ha voluto introdurre una forma di «competenza esclusiva»?

Ragioni di certezza, specialmente quando in gioco c'è il posto di lavoro, spingono a dare una risposta affermativa, così da evitare di dibattere su competenza e rito da seguire, specialmente nell'ipotesi di esclusione *mixte*, con indicazioni di causali rilevanti nel rapporto associativo ed altre rilevanti nel rapporto di lavoro ovvero nel caso si controverta di motivazioni apparenti, che nascondono diverse, ma non esplicitate, causali attinenti al rapporto di lavoro.

Tuttavia, anche in assenza di un formale atto di licenziamento, si tratta pur sempre di un giudizio oppositorio. Soltanto che l'atto opposto è la comunicazione della delibera di esclusione, alla quale, come visto<sup>(51)</sup>, si applicano, quanto a forma e contenuto, i medesimi principi valevoli per il provvedimento di licenziamento.

---

<sup>(50)</sup> Così A. Guariso, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(51)</sup> V. *retro* nota 26.

Se allora la comunicazione di estromissione (contenente o meno un formale atto di licenziamento) si presenta come espressione di un *droit causé* e i fatti storici assumono rilevanza giuridica causale soltanto se in essa contenuti e specificatamente indicati, allora anche la capacità contentutistica del successivo giudizio oppositorio sarà confinata ai motivi di opposizione fatti valere dal socio lavoratore, senza possibilità per la cooperativa di variare le ragioni dell'esclusione e, parimenti, senza possibilità per il lavoratore opponente di far valere nuovi e diversi motivi di opposizione e per il giudice di rilevare d'ufficio motivi non fatti valere<sup>(52)</sup>.

Risolti i problemi processuali, rimane sullo sfondo l'incertezza sulla tutela rimediabile spettante al socio estromesso, specialmente nel caso in cui non sia individuabile un atto di licenziamento, ma la delibera di esclusione poggia su circostanze rilevanti anche nell'ulteriore rapporto di lavoro subordinato. Il giudice del lavoro, una volta invalidata la delibera di esclusione, deve disporre la *restitutio in integrum* ovvero deve applicare «le sanzioni proprie del licenziamento illegittimo», come se l'inesistente licenziamento fosse esistente<sup>(53)</sup>?

È probabile che il problema resti soltanto teorico, dato che, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 441-ter c.p.c., la cooperativa non avrà più interesse a deliberare soltanto l'esclusione, pur di portarla in arbitrato.

Ma, nell'eventualità che manchi un atto di licenziamento, il giudice dovrà dare prevalenza alla forma o alle ragioni del provvedimento, dato che «ciò che conta è la sostanza e, nella sostanza, ... si è avuto un licenziamento disciplinare illegittimo»<sup>(54)</sup>?

La scelta, se fatta dipendere da un *favor* verso il socio lavoratore quale parte debole del rapporto, potrebbe essere ora nell'uno ora nell'altro senso, perché il lavoratore potrebbe preferire la *restitutio in integrum* conseguente all'invalidazione dell'esclusione se l'illegittimità del licenziamento comporta soltanto una tutela indennitaria, ma potrebbe invece invocare la tutela laburistica prevista per il licenziamento, nell'ipotesi in cui sia prevista la reintegrazione in servizio, così da cumulare il diritto di chiedere, in sostituzione della reintegrazione, l'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Per il momento, la rilevanza data all'effetto (cessazione del rapporto di lavoro) è soltanto processuale, con l'attribuzione della controversia al giudice del lavoro; il giudizio rimane oppositorio di un atto (comunicazione

---

<sup>(52)</sup> Si rinvia, *si paret*, a D. Buoncristiani, *Potere e atto*, cit., 165 ss.

<sup>(53)</sup> Così, ma in maniera dubitativa, A. Guariso, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(54)</sup> V. *retro* testo e nota 28.

dell'estromissione), espressione dell'esercizio di un diritto potestativo, anche se poi il giudice è chiamato a decidere sull'effetto prodotto dall'atto di estromissione. Nulla è previsto quanto a tutela sostanziale rimediale e non poteva essere altrimenti, trattandosi di una novella del codice di rito.

## NOTIZIE E RICORDI

---

### VITTORIO COLESANTI. LETTERE E RICORDI

La direzione e le redazioni di quella che fu per decenni la sua rivista non possono non segnalare con compiacimento e partecipazione affettiva il bellissimo volume *Vittorio Colesanti. Lettere e ricordi*, Milano, Scalpendi, 2024, pp. 232, allestito con amorevole impegno dai figli Carlo e Giorgio (non giuristi), fattivamente coadiuvati da Andrea Proto Pisani, con materiali per lo più inediti: molte fotografie di vita familiare (in particolare dell'amatissima moglie Anna Maria detta Duni), di allievi, amici e compagni nella professione forense (come Enrico Giliberti e Salvatore Morvillo), lettere ricevute da (o inviate a) illustri colleghi universitari (tra gli altri, Salvatore Satta, Piero Schlesinger, Alberto Crespi, Rodolfo Sacco). Il tutto senza particolare rigore sistematico o cronologico, in un festoso disordine che Vittorio avrebbe apprezzato, magari arricchendolo con qualche metafora tratta dalla sua sterminata cultura letteraria e musicale.

BRUNO CAVALLONE

## GIOVANNA TOMBARI FABBRINI

Il 20 marzo ci ha lasciato Giovanna Tombari Fabbrini.

Nata a Grosseto il 1° febbraio 1937, fu allieva del collegio medico-giuridico dell'Università di Pisa.

Laureatasi a Pisa con Carlo Furno, lo seguì a Firenze come assistente, quando il suo Maestro fu chiamato in quell'Università.

Studiosa acuta e finissima, a Lei si devono alcuni studi ancora del tutto attuali. Senza pretesa di completezza, segnaliamo: *Natura e regime giuridico della eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, 1021; *Dichiarazione contra se resa in un procedimento penale e confessione stragiudiziale*, in questa *Rivista* 1966, 711; *Il controllo di costituzionalità sulle presunzioni legali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 297 ss.; *Note in tema di presunzioni legali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 917 ss.; *In tema di dolo revocatorio ex art. 395, n. 1, c.p.c.*, in *Foro it.* 1991, I, 488; *In tema di «pactum de non exsequendo»*, in *Foro it.* 1992, I, 1845; *Inammissibilità e improcedibilità del ricorso per cassazione e possibili sanatorie per raggiungimento dello scopo*, in *Foro it.* 1993, I, 3021; *Responsabilità per debito altrui e art. 621 c.p.c.*, in *Foro it.* 1996, I, 1980; *Estinzione del processo esecutivo e liquidazione delle spese*, in *Foro it.* 2004, I, 1123; *Correzione di errori materiali e processo del lavoro*, in *Foro it.* 2004, I, 1230; ed infine la voce A. Cerino Canova, G. Tombari Fabbrini, *Revocazione (Diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma 1991, vol. XXVII, 6 ss.

Non è certamente possibile né opportuna un'analisi dei lavori sopra indicati. Sia consentito, tuttavia, fare qualche cenno all'articolo sull'eccezione di compromesso, apparso appunto sessanta anni fa sulla *Riv. trim. dir. proc. civ.*

Si tratta di un saggio di oltre sessanta pagine, nel quale vengono affrontati tutti i principali snodi dei rapporti fra giurisdizione ed arbitrato. Si noti preliminarmente la situazione normativa e dottrinale dell'epoca: da un lato, il legislatore obbligava gli arbitri a depositare il lodo presso la cancelleria del pretore, nello strettissimo termine perentorio di cinque giorni dalla data della sottoscrizione, pena la vanificazione dello stesso. Il decreto del pretore non si limitava, poi, ad attribuire esecutività al lodo, ma gli attribuiva «efficacia di sentenza». Dall'altro lato, in dottrina era incontestata l'idea, in base alla quale solo l'esercizio di un potere autoritativo era in grado di produrre gli effetti della cosa giudicata.

Ebbene, in questa temperie culturale, nella quale ci dobbiamo storicamente calare senza immotivatamente inorgoglierci della nostra pretesa superiorità, il saggio ha il pregio di rilevare che l'attività degli arbitri non è

giurisdizionale, e tuttavia conduce a risultati del tutto analoghi a quelli propri della giurisdizione. E questa parificazione avviene non già attraverso un atto – il decreto pretorile – avente natura ed efficacia giurisdizionale contenziosa, ma molto più riduttivamente di giurisdizione volontaria.

Sicché il lodo deve essere qualificato come un atto di accertamento privato, sindacabile per ingiustizia come la sentenza, sia pur limitatamente agli *errores in iudicando de iure*.

È evidente che, stando così le cose, la via migliore per coordinare arbitrato e giurisdizione mediante l'eccezione di compromesso era quella di attribuire alla convenzione di arbitrato l'effetto di negare l'interesse ad agire, inteso come necessità di servirsi della giurisdizione, poiché attraverso l'arbitrato le parti erano in grado di ottenere la stessa tutela fornita dal giudice.

*Sed de hoc satis.*

Resta, in chiunque l'abbia conosciuta, il ricordo indelebile del suo sorriso e della sua gentilezza.

FRANCESCO P. LUISO

## RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

---

### RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Augusto Chizzini, David Abraham, Neil Andrews, Caterina Silvestri, Rolf Stürner, Vincenzo Varano (a cura di), *Processo civile e costituzione – Omaggio a Nicolò Trocker*, Giuffrè, Milano 2023, pp. XIII-787.

«Nicolò Trocker è dunque arrivato ad 80 anni» e «Un gruppo di amici, costituitosi in un informale comitato scientifico, ha pensato di festeggiare l'evento dedicandogli un volume di scritti che riunisse alcuni tra amici, colleghi, allievi, che, come noi, hanno avuto la fortuna di condividere con lui tempo e idee. L'obiettivo era di tenere segreta tutta l'operazione, in modo da arrivare al 2 giugno 2023, giorno del suo compleanno, con una sorpresa. Non so se ci siamo riusciti, ma confidiamo che il festeggiato, con la sua consueta eleganza, vorrà mantenere questa illusione...». Con queste simpatiche, quanto affettuose, parole si apre la «Presentazione» di questo bel volume («bello» non solo per il contenuto, ma anche... in quanto tale, il che certo contribuisce allo scopo), dedicato ad onorare, e a ringraziare, Nicolò Trocker sia per la sua opera scientifica e didattica, sia per la sua affabilità e la sua «consueta eleganza», ed anche, se è consentito in questa sede il ricordo personale di un... ex-giovane, per la cordialità e l'attenzione sempre dimostrate nei confronti dei giovani studiosi, anche se allievi di altri Maestri.

Il volume si apre con quello che i curatori definiscono, giustamente, il «dono più bello che è contenuto nel volume», e cioè la «Pagina introduttiva» scritta da Paolo Grassi, «uno dei Maestri che ha fatto grande la Scuola fiorentina», Scuola a cui a pieno titolo anche Nicolò Trocker appartiene. Seguono, quindi, anteposti agli altri in quanto «hanno un respiro più generale e mirano a illustrare le linee di fondo del pensiero di Nicolò Trocker», i saggi di Augusto Chizzini («...aus so krummen Holze... *Variazioni su Processo civile e Costituzione*») e di Caterina Silvestri («*La formazione del diritto processuale europeo. Gli insegnamenti di Nicolò Trocker*»), e poi, «in ordine alfabetico, essendosi rivelato impossibile darne una allocazione tematica», i contributi di ben trentasette autorevoli amici, colleghi ed allievi, e non solo italiani, e quindi con scritti in francese, inglese e tedesco (il che certo non sorprende, attesi i percorsi di vita, di studio e di insegnamento dell'onorato). Non essendo ovviamente possibile menzio-

narli tutti, ricorderò qui solo... l'ultimo (come si è detto in ordine... rigorosamente alfabetico), di Giovanni Verde, intitolato «*Tutto quello e proprio quello*» (riflettendo su di un libro di Nicolò Trocker)».

Conclude il volume un prezioso «Elenco delle pubblicazioni» del Maestro, suddiviso in «Libri» (da «*Processo civile e Costituzione*», del 1974, a «*La formazione del diritto processuale europeo*», del 2011) e «Articoli e capitoli di libri o opere collettanee». Questa sezione (meritoriamente e ... faticosamente assemblata dai Curatori, atteso anche, come viene ricordato nella Presentazione, «il carattere schivo dell'Autore, che non ha mai tenuto a far sapere tutto quello che pubblicava attraverso l'invio massivo di estratti, cartacei o in PDF»), si snoda, utile e imponente (sia per il, peraltro ampiamente prevedibile, numero degli scritti, sia per la sorprendente varietà dei temi trattati), per quasi dieci pagine.

In conclusione, un eccellente volume, e non solo per la qualità, l'interesse e la quantità dei contributi ivi raccolti, ma anche e, soprattutto, perché ha perfettamente raggiunto lo scopo di rendere un giusto, doveroso, affettuoso e pertinente omaggio ad un grande Maestro. (Guerino Guarnieri).

Pietro Curzio (a cura di), *La Cassazione civile riformata*, Cacucci Editore, Bari 2023, pp. 288.

Il volume monografico, pubblicato nella Collana della Biblioteca di cultura giuridica diretta da Pietro Curzio, ha ad oggetto gli istituti del giudizio di legittimità incisi dalla c.d. Riforma Cartabia del processo civile (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Esso rappresenta il contributo di diversi autori (Maria Acierno, Antonella Ciriello, Ileana Fedele, Alberto Giusti, Enrico Manzon, Carmelo Sgroi ed Enzo Vincenti) e si articola in undici capitoli. L'individuazione delle ragioni alla base delle nuove regole del giudizio in Cassazione, i puntuali riferimenti bibliografici, l'individuazione degli aspetti maggiormente problematici e la ragionevolezza delle soluzioni prospettate conducono il lettore ad orientarsi in un articolato disegno riformatore.

Nel primo, Carmelo Sgroi affronta l'esame del rinvio pregiudiziale in Cassazione, muovendo dalla *ratio* della riforma (la nomofilachia preventiva) e dalla individuazione degli obiettivi cui mira il nuovo art. 363-bis c.p.c. (tempestività dell'intervento del Giudice della nomofilachia e prevenzione della insorgenza di contrasti giurisprudenziali). L'a. esamina (in chiave problematica) le condizioni che consentono il rinvio pregiudiziale ed i limiti dell'istituto, il procedimento (dando rilievo anche alle prime applicazioni dell'istituto) e la natura del vincolo.

Il secondo capitolo è dedicato alla unificazione dei riti camerali e, in particolare, al procedimento per la definizione accelerata dell'impugnazione (art. 380-*bis* c.p.c.), che Ileana Fedele qualifica come nuovo filtro. L'interessante trattazione mira all'individuazione dei nodi problematici della nuova disposizione (come, ad esempio, il rinvio della norma all'art. 96, commi 3 e 4, in ipotesi di decisione della Corte conforme alla proposta presidenziale di inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso), dando atto dei dubbi di compatibilità con il sistema costituzionale e sovranazionale già manifestati dalla dottrina (in ordine ad esempio alla configurabilità di un giudice monocratico in cassazione).

Nel terzo capitolo Alberto Giusti esamina le novità della riforma relative all'udienza pubblica, binario procedimentale eccezionale rispetto a quello ordinario rappresentato dalla trattazione del ricorso in camera di consiglio. Il continuo confronto con la disciplina previgente consente di cogliere gli aspetti maggiormente incisi dalla nuova disciplina e di condividere le soluzioni agli evidenziati problemi applicativi.

Ileana Fedele, nel quarto capitolo, si occupa dell'Ufficio per il processo in Cassazione, cioè dell'innovativo processo organizzativo teso a «sfruttare appieno potenzialità del processo telematico avvalendosi in maniera sistemica dell'apporto di uno strumento di ausilio, che può diventare di valenza strategica (...)», sottolineando le specificità che caratterizzano la struttura *ex art. 7, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151*.

Il quinto capitolo è affidato ad Antonella Ciriello, che – con scrupolo informativo (tenuto soprattutto conto della molteplicità e varietà di fonti) – fa chiarezza sugli adeguamenti al processo civile telematico del giudizio di legittimità (domicilio digitale, comunicazioni e notificazioni di cancelleria, notifiche telematiche delle parti, depositi telematici), individuando anche ulteriori sviluppi positivi che l'avvento della telematizzazione è idonea a produrre.

Di chiarezza e sinteticità degli atti (e non solo del ricorso) del giudizio di cassazione si occupa Enzo Vincenti, con puntuali riferimenti a fonti anche di *soft law* e a pronunce giurisprudenziali: l'introduzione di tali canoni con riguardo specifico al processo che si svolge innanzi alla Corte Suprema – già sottesi, secondo l'autore, timidamente all'interno del sistema – viene peraltro collegata al percorso giurisprudenziale della Cassazione in tema di redazione del primo atto del giudizio di legittimità. Chiarezza e sinteticità rappresentano, in tale ottica, requisiti previsti a pena di inammissibilità «strettamente funzionali a soddisfare il canone dell'autosufficienza».

Il settimo, ottavo, nono e decimo capitolo sono rispettivamente dedicati alla istituzione per legge della sezione tributaria con la l. 31 agosto

2022, n. 130, art. 3 (di Enrico Manzon), al ruolo del pubblico ministero in Cassazione che viene ricollegato ad altre novità quale l'unificazione e generalizzazione del rito camerale (anche con riferimento ai regolamenti di giurisdizione e di competenza) ed alla nuova disciplina dell'udienza pubblica (di Carmelo Sgroi), alle innovazioni in tema di provvedimenti impugnabili soprattutto con riferimento temporanei relativi alla responsabilità genitoriale *ex art. 473-bis.24 c.p.c.* (di Maria Acierno) e al difetto di giurisdizione, tenuto conto del «*restyling*» dell'art. 37 c.p.c. (di Alberto Giusti).

Il volume si chiude con l'analisi di Carmelo Sgroi dell'istituto della revocazione della pronuncia di Cassazione per contrasto con le pronunce della Corte EDU. (Silvia Rusciano).

*Fondazione Biblioteca di Lauro, Catalogo*, Libreria Antiquaria Regina, Napoli 2023, pp. 277.

Come si avverte nella «presentazione» del volume, la pubblicazione del Catalogo della Biblioteca di Lauro contribuisce alla scoperta e alla valorizzazione del formante originariamente forense della storia giuridica del Mezzogiorno, come dell'intera vicenda nazionale, alla svolta del XX secolo. E si deve aggiungere che tale pubblicazione riprende idealmente il filo della narrazione ottocentesca dello studio professionale come avamposto culturale e luogo di intersezione tra sapere giuridico dottrinale e applicazione operativa, tra studio teorico e destinazione pratica.

Il totale dei volumi raccolti ammonta a 6.700 e nel catalogo sono stati opportunamente divisi e classificati in undici sezioni.

In particolare, dopo le prime due sezioni, dedicate rispettivamente ai «testi d'epoca» ed all'«avvocatura», appaiono altre cinque sezioni che raccolgono gli altri volumi, distinti tutti per materia. Si tratta, in particolare, delle seguenti sezioni: sezione III «diritto fallimentare e delle procedure concorsuali»; sezione IV «diritto commerciale»; sezione V «diritto processuale civile»; sezione VI «diritto privato e civile»; sezione VII «diritto amministrativo, diritto costituzionale».

Nelle successive sezioni sono stati raccolti i seguenti volumi: sezione VIII «riviste, trattati e collane», sezione IX «studi e scritti dedicati» e nella sezione X «allegazioni difensive». Il catalogo si conclude con una sezione (XI) comprendente le altre opere di letteratura, filosofia e storia.

Il «Catalogo» costituisce uno strumento prezioso per la conoscenza di un patrimonio giuridico e letterario che le biblioteche private hanno raccolto, custodito e tramandato sino ai nostri giorni.

E giustamente si osserva nella «presentazione» del catalogo che la biblioteca dello studio di Lauro rappresenta luogo di intersezione di diverse anime della cultura giuridica, del teorico e dell'avvocato, della scienza e dell'applicazione pratica, della tradizione meridionale e del diritto nazionale, della storia del diritto e delle sue evoluzioni più recenti. E si aggiunge che questa iniziativa editoriale rappresenta un traguardo importante nel processo di riscoperta e di recupero della tradizione forense meridionale, perno essenziale della cultura giuridica nazionale. (Carmine Punzi).

Maria Martello (a cura di), *Il senso della mediazione dei conflitti. Tra diritto, filosofia, teologia*, Giappichelli, Torino 2024, pp. 1-196.

In un momento storico dove la mediazione dei conflitti, anche grazie all'implementazione dovuta alla riforma «Cartabia» del 2022, risulta aver finalmente ottenuto piena cittadinanza nell'ambito degli (ormai numerosi) strumenti di risoluzione delle controversie, il volume curato da Maria Martello acquisisce una speciale rilevanza poiché conduce il lettore a riflettere sul valore più profondo della stessa, allontanandosi per un momento dalla prospettiva eminentemente deflattiva che ha da sempre caratterizzato l'istituto (almeno sino all'ultima riforma).

In effetti, mentre il sistema tradizionale – *id est*, il ricorso al giudice e alla sentenza – paradossalmente non risolve il conflitto fra le parti (anzi, potremmo dire che se ne disinteressa) ma si limita a stabilire la regola giuridica da applicare al caso concreto, la mediazione è strumento che non soltanto risponde ad una esigenza fondamentale e primaria – quella di giustizia – ma altresì, parafrasando le parole della stessa a., si prende cura dell'uomo e delle sue relazioni, andando a ricercare le emozioni alla base del problema, a riconoscerle e a farle riconoscere e governare tramite empatia, compassione o accoglienza del dolore.

Non è un caso, dunque, che la mediazione venga definita come «forma evolutiva delle modalità che la società si è data per comporre i conflitti» nonché quale «attività di pubblico interesse, utile al cittadino ed alla società tutta» (p. 4).

Tutto ciò richiede, peraltro, una approfondita – e continua – formazione del mediatore, il quale deve risultare persona «di altissimo profilo culturale e professionale» (p. 5): il mediatore «di qualità» (aspetto al quale, va ricordato, le numerosi fonti sovranazionali sul tema dedicano ampio spazio) è infatti consapevole che un conflitto «vale molto di più della posta in gioco, dei fatti portati al tavolo della trattativa» e «sa toccare l'essenza in un tempo (...) in cui si è sempre meno portati a ricercare il collegamento

fra le reazioni e i fatti, fra le manifestazioni esterne e i problemi interiori che questi sollecitano» (p. 15). Condivisibile, al riguardo, risulta il fatto che la formazione di questi sia definita «poliedrica» e che ad essa sia dedicato un intero capitolo (parte prima, cap. 4) ove – sposando la concezione umanistica di superamento dei conflitti ideata da Jaqueline Morineau – vengono chiariti gli «attrezzi» essenziali a disposizione del professionista: dall'umiltà e assertività, passando per il pensiero divergente, la creatività, l'empatia, il silenzio e financo la tenerezza.

Nella consapevolezza della trasversalità del conflitto nelle diverse relazioni umane, questo viene quindi analizzato sotto il profilo filosofico della dicotomia fra diritto «sfiduciario» e «fiduciario» (parte seconda, cap. 1, a cura di Tommaso Greco), della giustizia riparativa, che la riforma «Cartabia» ha del pari implementato (parte seconda, cap. 2, a cura di Roberto Bartoli), nella prospettiva del giudice civile e dei rapporti fra mediazione e processo (parte seconda, cap. 3, a cura di Luciana Breggia) e, non da ultimo, teologico (parte seconda, capp. 4 e 5, rispettivamente a cura di Letizia Tomassone e Pietro Bovati).

Ne deriva una trattazione articolata e al contempo di ampio respiro, la quale non solo dà conto del panorama esistente in tema di mediazione (nelle sue molteplici articolazioni) con completezza e accuratezza di analisi, ma intende accompagnare il lettore nelle profondità del conflitto, identificando i molteplici snodi problematici e fornendo gli strumenti più appropriati per trasformarlo in opportunità «per allenarsi a confronti costanti e costruttivi» (p. 11). (Federico Ferraris).

Ulpiano Morcavallo, *Il ricorso per cassazione. Dal giusto processo al processo efficiente*, Giuffrè, Milano 2023, pp. 216.

Anche il libro di Ulpiano Morcavallo è dedicato al giudizio di cassazione, con particolare riguardo alla fase introduttiva.

Il volume rappresenta una riedizione (la seconda) del libro del 2017, dovuta alle ultime riforme che hanno riguardato il giudizio di legittimità (soprattutto il ricorso ed il controricorso) e che, in particolare, vengono qualificate quali ricadute della sommarizzazione del processo, come afferma l'autore nella prefazione.

Esso si articola in cinque capitoli: l'atto introduttivo del procedimento è collegato alla funzione peculiare che svolge la Corte di Cassazione all'interno del sistema giurisdizionale, alle nuove regole del procedimento (dalle quali si evince, ad esempio, il «riconoscimento formale del precedente») e giustifica la tendenza legislativa verso la tipizzazione della forma del ricorso. Seguendo queste linee guida vengono illustrati i motivi di

ricorso per cassazione (capitolo secondo), tenuto conto degli oneri a carico della parte (in punto – ad esempio – di formulazione delle censure).

Il terzo capitolo rappresenta una utile ricognizione della giurisprudenza della Corte sui requisiti di contenuto-forma del ricorso, funzionale anche a comprendere l'ultimo intervento del legislatore nella riformulazione dell'art. 366 c.p.c., nonché sugli oneri a carico della parte nella fase di proposizione del ricorso.

Al controricorso ed al ricorso incidentale è dedicato il quarto capitolo, ove l'a., individuata la funzione dell'atto dell'intimato ed il suo necessario contenuto, si sofferma brevemente sul c.d. ricorso incidentale condizionato.

L'*iter* del ricorso e la sua decisione rappresentano l'oggetto dell'ultimo capitolo, ove le diverse regole del nuovo giudizio di legittimità vengono collegate alla più generale tendenza legislativa (ma anche giurisprudenziale) di sommarizzazione del giudizio. (Silvia Rusciano).

Daniela Noviello, *Le ammissioni delle parti nella logica del giudizio di fatto*, Giappichelli, Torino 2023, pp. XIII-284.

L'opera segnalata va ad arricchire la prestigiosa *Biblioteca di diritto processuale civile* e porta con sé una ventata d'aria fresca negli studi dedicati al giudizio di fatto in quanto, come l'a. stessa ha cura di avvertire sin dalle pagine introduttive, il tema della natura e dell'efficacia delle ammissioni delle parti viene indagato con l'ausilio del *metodo storico* perfezionato da Alessandro Giuliani e da Nicola Picardi in numerosi scritti a tutti ben noti. L'approccio originale le consente di intessere un discorso unitario che si snoda senza forzature nei cinque capitoli che compongono l'opera e interseca molteplici tematiche, tutte di grande interesse.

Il primo capitolo, di taglio introduttivo, è dedicato a una ricognizione dello «stato dell'arte» degli studi sull'argomento delle *contra se declarationes* delle parti: categoria che, oltre alle ammissioni, ricomprende anche la confessione. Prese le distanze dalla tesi per cui l'efficacia di tali «dichiarazioni» andrebbe ricercata nella massima d'esperienza per cui nessuno riconoscerebbe la verità di un fatto a sé sfavorevole e favorevole all'avversario se esso non fosse vero, si osserva che tanto le ammissioni, quanto la confessione, possono essere considerate come dei «meccanismi dialogici» attraverso i quali le parti contribuiscono a determinare l'accertamento processuale dei fatti di causa, in ossequio a una «razionalità probatoria» fondata sulla «retorica giudiziaria» e sul principio della «divisione della conoscenza» (pp. 1 ss.). Non si nascondono, tuttavia, le difficoltà incon-

trate dalla dottrina moderna nell'elaborare una nozione di «ammissione» autonoma rispetto a quella di «confessione» (pp. 15 ss.).

Nel secondo capitolo vengono presentati i risultati di una raffinata ricerca storica in cui si evidenzia che l'affermazione delle regole formali di accertamento processuale dei fatti sarebbe un'eredità del diritto intermedio, e, più precisamente, dell'*ordo iudiciarius* medievale: ossia quel sistema, ispirato alla massima «*iudex non potest in facto supplere*», in cui attraverso la tecnica delle *positiones* veniva valorizzato al massimo il contributo delle parti nella selezione dei fatti rilevanti (pp. 57 ss.). Peraltro, mentre i tratti caratterizzanti dell'*ordo* erano ancora evidenti nel codice unitario (definito, a ragione, un «codice conservatore»: pp. 82 ss.), con il passaggio all'attuale codice di rito avrebbe preso forma un sistema «ibrido» che se da un lato presenta elementi di discontinuità con il passato (*in primis*, con l'art. 232 c.p.c., la collocazione dell'ammissione sul versante della *prova* dei fatti controversi anziché su quello, logicamente preliminare, della «perimetrazione» del *thema probandum* attraverso la *selezione* dei fatti controversi), dall'altro lato conserva talune regole di prova legale tipiche dell'antico sistema (pp. 88 ss.). Il capitolo si chiude con sintetici raffronti comparatistici con il modello processuale dell'ordinamento inglese, ove, secondo l'autrice, i principi fondanti dell'*ordo* medievale sarebbero ancora attuali.

Il terzo capitolo è sicuramente centrale, sia «tipograficamente», sia per l'economia del discorso. Si osserva dapprima come la concezione c.d. «dimostrativa» – o «neopositivista» – della prova, assolutamente dominante fino a qualche decennio fa, sia entrata in crisi, a tutto vantaggio dell'opposta concezione c.d. «argomentativa» della prova (pp. 109 ss.). L'a. prende altresì posizione sul sempiterno problema della ricerca della «verità», schierandosi tra le fila di coloro che ritengono che nel processo sia possibile accertare – e, poi, cristallizzare nella decisione – una verità solamente «formale», o «processuale», e non la verità «materiale», o «sostanziale» (pp. 117 ss.). Queste riflessioni vanno a formare l'indispensabile retroterra di quello che è sicuramente lo snodo principale del capitolo. Nella prospettiva «argomentativa» della prova, e ferma restando l'impossibilità di accertare, nel processo, la verità «materiale», da un lato si dischiude la possibilità di riconoscere alle ammissioni delle parti l'antico effetto di accertamento processuale dei fatti di causa: e ciò indipendentemente dal convincimento maturato dal giudice sulla verità delle concordi dichiarazioni delle parti e a prescindere da ulteriori conferme probatorie. Inoltre, e dall'altro lato, diventa possibile tornare a valorizzare il principio del contraddittorio – nonché quello della «divisione della conoscenza»,

suo corollario – come *metodo* di accertamento della verità «processuale» (pp. 134 ss.).

Gli ultimi due capitoli sono quelli in cui l'autrice raccoglie i frutti della meticolosa indagine condotta nei primi tre. Nel quarto capitolo si riflette sulla confessione e sulla sua natura di ammissione «particolarmente qualificata» alla quale è possibile riconoscere efficacia pienprobante solamente al ricorrere delle condizioni espressamente previste dalla legge agli artt. 2730 ss. (pp. 183 ss.). Il quinto e ultimo capitolo è, invece, dedicato allo studio delle ammissioni delle parti diverse dalla confessione (pp. 243 ss.). Si distinguono poi le ammissioni *assertive* da quelle *asseverative*, e le ammissioni *implicite* da quelle *esplicite*. Le ammissioni assertive avrebbero *valore istruttorio* e rappresenterebbero gli strumenti a disposizione delle parti per contribuire in maniera dialogica alla *selezione* dei fatti controversi, espungendo dal *thema probandum* i fatti pacifici. Esempi di questa tipologia di ammissioni sarebbero la non contestazione dei fatti allegati dall'avversario *ex art. 115, comma 1, c.p.c.* (che viene considerata un'ammissione assertiva implicita), e le ammissioni assertive esplicite formulate dal procuratore negli atti introduttivi e nelle memorie integrative. Le ammissioni asseverative, invece, avrebbero *valore probatorio* e fungerebbero da elementi – appunto, probatori – di conferma dei fatti controversi. A questa categoria di ammissioni l'a., muovendo dall'art. 232 c.p.c., riconduce sia la mancata comparizione o la mancata risposta all'interrogatorio formale (ammissioni asseverative implicite), sia tutte le ammissioni asseverative esplicite rese dalla parte in quella sede che difettano dei requisiti necessari per assurgere a vera e propria confessione. Si critica, invece, l'orientamento giurisprudenziale che riconosce valore probatorio alle ammissioni esplicite rese dalla parte in sede di interrogatorio libero, le quali, secondo l'autrice, avrebbero solamente una marginale funzione «chiarificatoria» dei fatti rilevanti. Il capitolo si chiude con interessanti rilievi in merito alla sindacabilità in cassazione del giudizio di fatto fondato sulle ammissioni delle parti, e, specialmente, sulla «regola di giudizio» insita nel principio di non contestazione. (Mattia Garavaglia).

Roberto Poli, *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, Giappichelli ed., Torino 2023, pp. XVI-271.

Poli si dedica al classicissimo e sempre attuale studio della formazione, valutazione e controllabilità del giudizio di fatto.

In introduzione l'a. presenta l'opera attraverso le seguenti domande: in che modo il giudice conosce il fatto del processo? Qual è e come si determina il livello di convincimento del giudice per ritenere il fatto pro-

vato? Rispondendo a queste domande, dice, la decisione può essere veicolata ed entra in un contesto razionale.

Poli dichiara l'intento di dimostrare che la logica del giudizio di fatto è non dimostrativa né deduttiva (salvo eccezioni), è empirica, materiale, induttiva, abduttiva, argomentativa, dialettico-retorica, opinativa (p. XII). La natura complessa della decisione dà giustificazione a quanto sia importante la motivazione durante la cui stesura il giudice mette a fuoco e razionalizza le ragioni delle scelte effettuate e riduce al minimo quello che l'a. chiama «spazio alogico della 'presa di decisione'» (p. XIV).

Coerentemente alle enunciazioni introduttive, l'a. entra nel merito dello studio trattando i vari aspetti classici degli approfondimenti del giudizio di fatto.

La presente opera è costituita sia da una raccolta di studi già pubblicati (seppur in questa sede aggiornati ed ulteriormente arricchiti), sia da contributi del tutto inediti (capitoli 3° e 5°). Il volume è organizzato in due parti: la prima, dedicata a «Prova, convincimento e controllo del giudizio di fatto», e la seconda, riguardante la «Prova e i livelli di convincimento».

E così, in riferimento al primo grande ambito di indagine, vengono ripresi i temi classici relativi alla logica del giudizio di fatto, alla valutazione e al travisamento della prova.

Per quanto riguarda la logica del giudizio di fatto, si distingue la logica «come qualità dell'argomentazione del giudice», quindi come elemento strutturale del ragionamento del giudice nella ricostruzione dei fatti, la logica «come qualità che assicura la correttezza del ragionamento giudiziale» (nell'ambito di questo concetto Poli individua le «regole dell'argomentazione logico-razionale» il cui rispetto, afferma, assicura la razionalità, la correttezza e la condivisibilità della decisione), e la logica «come qualità del rapporto tra un'ipotesi fattuale e il c.d. grado di conferma che la stessa riceve dagli elementi di prova disponibili nel caso concreto». Da quest'ultimo punto di vista l'a. si riferisce agli studi e agli argomenti attinenti al giudizio di probabilità sulla verità dei fatti enunciati.

Collegato a ciò, affronta sotto vari aspetti il tema dei c.d. *standard* di prova, tema che verrà poi ripreso più approfonditamente nell'ultimo capitolo.

In merito al giudizio di fatto non mancano le pagine dedicate al controllo in sede di legittimità.

Per quanto attiene alla valutazione della prova, detta attività è definita «in senso statico», come «'percezione' dei dati grezzi», interpretazione soggettiva, apprezzamento e valutazione degli stessi ed assegnazione del valore probatorio che soggettivamente il giudice ritiene spetti ai medesimi, individuazione della «regola di connessione» tra premesse e conclusione

probatoria, determinazione del grado finale «di plausibilità degli argomenti», definizione e fissazione della decisione finale sull'esistenza o meno del fatto controverso; «in senso dinamico», come argomentazione attraverso la quale il giudice «attribuisce ai dati di partenza l'attitudine a fornire elementi di conoscenza sugli aspetti da lui ignorati dell'oggetto sul quale intende formarsi il convincimento».

Nella seconda parte della monografia l'a. si dedica all'approfondimento della valutazione di singole fonti di convincimento: la prova testimoniale, la prova per presunzioni, alla quale dedica più ampia descrizione visto che riferisce della struttura essenziale del ragionamento presuntivo, degli indizi, dei modelli di inferenza, del livello di probabilità necessaria e sufficiente a fondare il convincimento, delle regole processuali applicabili, ecc. Il capitolo 7° è dedicato agli argomenti di prova *ex art.* 116, comma 2°, c.p.c., e ai comportamenti dai quali, *ex lege*, possono essere tratti, alla loro rilevanza, efficacia e sindacabilità in Cassazione.

L'ultimo capitolo è dedicato agli *standard* di prova che, per la giurisprudenza, corrispondono al «più probabile che non», rispetto al quale criterio l'a. riferisce due casi concreti e ne sviluppa la critica, e, nel momento della valutazione, corrispondono all'«attendibilità» del compendio probatorio. (Titina Maria Pezzani).

Maria Luisa Serra, *Contributo allo studio dell'esecuzione delle decisioni nazionali negli Stati membri dell'Unione europea. Tra diritto processuale e diritto sostanziale*, Jovene, Napoli 2023, 1-229.

La monografia di M.L. Serra è uno di quei libri in cui è il sottotitolo a chiarirne il contenuto e a svelare l'originalità della prospettiva attraverso la quale è indagato il tema del *cross-border enforcement* delle decisioni civili nello spazio giudiziario europeo. L'a. muove dalla convinzione che il nesso inscindibile sussistente all'interno del processo tra diritto sostanziale e diritto processuale e la finalità del processo, quale sintesi dell'uno e dell'altro, possano costituire un criterio fondamentale per stabilire quali sono gli effetti che una sentenza straniera di condanna produce all'interno degli Stati membri dell'Unione europea.

Privilegiando un approccio casistico, il tema viene sviluppato tenendo conto dei distinti momenti processuali della cognizione, del riconoscimento e dell'esecuzione della sentenza.

Al primo di essi è dedicato il capitolo di apertura, in cui l'a. affronta il problema della qualificazione della fattispecie giuridica e dell'individuazione della legge applicabile al merito della controversia.

La questione viene esaminata prendendo in considerazione la prescrizione del diritto fatto valere: istituto, questo, che può definirsi il ponte che collega il diritto sostanziale a quello processuale, provocando una modifica del rapporto sostanziale – al tempo stesso manifestando i suoi effetti anche sul piano processuale. Muovendo dall'analisi di alcuni precedenti giurisprudenziali tedeschi e inglesi, l'a. mostra quali conseguenze applicative possano derivare se la legge applicabile al caso di specie riconduce la prescrizione alle categorie del diritto sostanziale – incidendo allora sul piano del diritto dedotto, come accade nei Paesi di *civil law* – o alle categorie processuali, come avviene nei sistemi di *common law*, ove la prescrizione incide sul diritto di azione.

Si tratta di un aspetto non privo di conseguenze anche sul piano del riconoscimento della sentenza di rigetto della domanda di condanna per prescrizione, poiché sostenere che quest'ultima sia soggetta alla *lex fori* induce a chiedersi se la sentenza straniera abbia efficacia di giudicato sostanziale e se, dunque, precluda la riproponibilità della stessa domanda dinnanzi al giudice di uno Stato diverso.

Se alla *lex causae* occorre fare riferimento quando si tratti di stabilire se il diritto oggetto di domanda esiste o non esiste, è invece alla *lex fori* dello Stato di origine che occorre guardare quando ci si misura con la portata oggettiva e soggettiva della cosa giudicata. Del resto, è questa la conclusione cui perviene lo stesso legislatore europeo che, nel Reg. UE n. 1215/2012, ha fatto propria la teoria dell'estensione degli effetti. Proprio accogliendo l'idea che gli effetti della cosa giudicata siano regolati dallo Stato di origine, l'a. affronta e risolve la questione se l'effetto c.d. di *actio iudicati*, ossia la modifica del termine di prescrizione di un diritto previsto dall'art. 2953 c.c., trovi o non trovi applicazione quando si tratti di riconoscere un giudicato straniero. Per la precisione, ci si chiede se il termine decennale riguardi l'azione di riconoscimento o quella di esecuzione di un giudicato e se dell'*actio iudicati* possa giovare anche un giudicato straniero che condanni all'adempimento di un diritto soggetto a prescrizione cd. breve. La soluzione negativa, cui l'a. perviene rispetto ad entrambi i quesiti, viene condivisibilmente motivata sulla base del rilievo che quello previsto dall'art. 2953 c.c., pur incidendo sul diritto oggetto di pronuncia, rappresenta un effetto cd. di fatto del giudicato italiano, e pertanto una conseguenza destinata a prodursi solo se il giudicato sia emesso in Italia; il che, a più forte ragione, rende fuorviante ipotizzare che, al termine di prescrizione decennale, sia assoggettata l'azione di riconoscimento che, in quanto tale, non sarebbe comunque soggetta a prescrizione, ma semmai ad un termine decadenziale (che in questo contesto non sussiste, trattandosi di azione con *petitum* di accertamento).

All'analisi dei problemi che attengono più schiettamente all'esecuzione della decisione straniera nello spazio europeo è dedicato il secondo capitolo. Due, in particolare, le questioni che vengono esaminate: anzitutto, si affronta il profilo della contestazione degli effetti della sentenza straniera; ancora una volta si pone la questione dell'individuazione della legge applicabile dal giudice dello Stato richiesto, quando si contesti, attraverso l'opposizione all'esecuzione, la possibilità di eseguire il provvedimento. In secondo luogo, ci si misura con il problema dell'assenza, nello Stato richiesto, di strumenti in grado di attuare la pronuncia di condanna e con il principio di adeguamento di quella decisione, introdotto dall'art. 54, Reg. UE 1215/2012. Anche in questo contesto, torna in auge la distinzione tra le *lex cause* e *lex fori* dello Stato di esecuzione e l'idea del processo come commistione tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Chiude l'indagine una riflessione in chiave critica sul concetto di decisione eseguibile nello spazio giudiziario europeo, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, specie di recente, non avrebbe saputo adeguatamente valorizzare la natura decisoria del provvedimento suscettibile di circolazione nei diversi Stati membri. (Laura Baccaglini).

## NOTE A SENTENZA

---

CORTE DI CASSAZIONE, sez. III civ., ordinanza 20 aprile 2023,  
n. 10725

Pres. Cirillo – Rel. Porreca

*Spirito Mario c. Agenzia delle entrate Riscossione*

*Ove la sentenza qualifichi l'azione in termini di opposizione agli atti esecutivi, è proponibile solo il ricorso per cassazione, anche se si contesti la detta qualificazione (fattispecie in tema di opposizione ad iscrizione ipotecaria ex art. 77, d.p.r. n. 603/72) (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). – Il primo motivo di ricorso è in parte inammissibile, in parte infondato. La Corte territoriale ha osservato che il Tribunale aveva qualificato come opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, il motivo attinente alla mancata notifica della comunicazione preventiva d'iscrizione ipotecaria quale atto prodromico (pag. 5, penultimo capoverso, della sentenza impugnata); parte ricorrente avrebbe dovuto dimostrare in ricorso, e non limitandosi a rinviare all'atto processuale e ad affermarne la sua propria interpretazione, per il principio di specificità del gravame (Cass., sez. un., 27 dicembre 2019, n. 34469, anche quando si tratti, in tesi, di errore processuale: Cass. 5 luglio 2022, n. 21202, Cass. 25 settembre 2019, n. 23834, Cass. 29 settembre 2017, n. 22880), che tale lettura della decisione di prime cure era errata; infatti, per il principio dell'apparenza, il regime d'impugnazione va individuato in base alla qualificazione che il giudice *a quo* abbia dato all'azione proposta in giudizio, quand'anche si contesti quest'ultima (Cass. 11 gennaio 2012, n. 171, Cass. 13 novembre 2020, n. 25837, pag. 4, Cass. 8 novembre 2021, n. 32514, Cass. 3 marzo 2022, n. 7001, pag. 5);

ora, nel ricorso in esame si allega e riporta (pag. 4) che il Tribunale aveva ritenuto un'opposizione *ex art. 617, c.p.c.*, quella per «dedurre l'omessa e/o irrituale notifica degli atti prodromici ed in particolare delle cartelle esattoriali», mentre i residui motivi, non configurabili come una tale opposizione, si allega e si riporta essere stati, come pure constatato dalla Corte d'appello, quello sulla prescrizione, pacificamente in realtà mai opposta, e quello sull'annullamento giurisdizionale delle pretese sottese all'iscrizione;

ciò posto, è evidente che correttamente il Collegio di seconde cure aveva incluso nell'opposizione qualificata in prime cure ai sensi dell'art. 617, c.p.c., il motivo di mancata notifica della comunicazione d'iscrizione, non solo perché prodromica anch'essa a quest'ultima, ma soprattutto, ed inequivocabilmente, perché diversa dai temi della prescrizione e dell'allegato annullamento giurisdizionale (altrimenti, in tesi, dovendosi censurare la sentenza del Tribunale, quanto al tema del difetto di previa comunicazione d'iscrizione, per omessa pronuncia); sul punto, dovendosi distinguere le statuizioni ai fini del regime d'impugnazione (Cass. 21 giugno 2016, n. 12730), andava quindi proposto ricorso straordinario per cassazione (*Omissis*).

## **L'individuazione del mezzo di impugnazione: un terzo criterio tra il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e il principio dell'apparenza**

1. – Viene proposta opposizione ad un'iscrizione ipotecaria *ex art. 77, d.p.r. n. 602/1973*, deducendosi la mancata notificazione degli atti prodromici, l'omessa notifica della comunicazione preventiva dell'iscrizione stessa, l'annullamento con sentenze di merito delle cartelle esattoriali sottese. Il tribunale dichiara inammissibile per tardività l'opposizione, qualificata agli atti esecutivi, afferendo all'omessa o irrituale notifica degli atti prodromici, aggiungendo al contempo che la stessa non poteva, del resto, trovare accoglimento per mancata indicazione del credito asseritamente prescritto, del termine e della decorrenza della prescrizione, mentre, quanto ai pure pretesi annullamenti delle cartelle, non era stato dedotto e documentato il passaggio in giudicato delle riferite sentenze. L'appello proposto contro la sentenza è dichiarato, in parte, inammissibile (la statuizione di prime cure era sull'opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*, tale qualificata, solo per la parte concernente lo scrutinio della mancata notifica di tutti gli atti prodromici, e come tale era unicamente ricorribile in cassazione) e, in parte, infondato (perché, per un verso, l'eccezione di prescrizione non era stata mai sollevata e, per altro verso, gli annullamenti giurisdizionali di ruoli e cartelle non risultavano, essendo stati solo annullati avvisi di mora e intimazioni di pagamento per mancata prova della notifica degli atti parimenti sottesi).

Il debitore propone ricorso per cassazione sulla base di due motivi. Qui interessa il primo nel quale si censura la sentenza impugnata in quanto l'iscrizione ipotecaria non era atto esecutivo, sicché la mancata notifica della preventiva comunicazione, finalizzata al contraddittorio endoprocedimentale, era un motivo dell'azione di accertamento negativo svolta, non sottoposta al termine per l'opposizione all'esecuzione formale.

La Suprema Corte dichiara in parte inammissibile, in parte infondato il primo motivo del ricorso. La Corte di appello aveva osservato che il tribunale aveva qualificato come opposizione *ex art. 617 c.p.c.* il motivo attinente alla mancata notifica della comunicazione preventiva d'iscrizione ipotecaria quale atto prodromico; il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare in ricorso, e non limitandosi a rinviare all'atto processuale e ad affermarne la sua propria interpretazione, per il principio di specificità del gravame, anche quando si tratti, in tesi, di errore processuale, che tale lettura della decisione di prime cure era errata; infatti, per il principio dell'apparenza, il regime d'impugnazione va individuato in base alla qualificazione che il

giudice *a quo* abbia dato all'azione proposta in giudizio, quand'anche si contesti quest'ultima<sup>(1)</sup>.

2. – Proprio sul principio dell'apparenza preme soffermarsi, giacché la pronuncia annotata si conforma ad una giurisprudenza consolidata, secondo la quale in tema di opposizioni esecutive l'individuazione del mezzo di impugnazione si determina esclusivamente sulla base della qualificazione dell'azione operata dal giudice *a quo*. Se la sentenza parla di opposizione agli atti esecutivi, essa sarà impugnabile con ricorso per cassazione; ove, invece, il giudice affermi trattarsi di opposizione all'esecuzione (o anche di azione autonoma), va utilizzato l'appello; con la conseguenza che l'errore nella scelta del mezzo di impugnazione comporta una definitiva dichiarazione di inammissibilità e l'effetto del passaggio in giudicato della sentenza. Si parla comunemente di principio dell'apparenza<sup>(2)</sup>, per indicare appunto che non si deve aver riguardo, ai fini della determinazione del mezzo di impugnazione proponibile, alla corretta qualificazione *secundum legem* dell'azione proposta, ma a quanto ha ritenuto, anche se del tutto erroneamente e magari sbagliando in modo marchiano e madornale, il giudice nella sentenza impugnata.

Nella specie, il Tribunale aveva completamente ignorato la ormai ferma giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>(3)</sup> che, con riferimento al

(1) Per un altro caso in cui l'impugnazione avverso la comunicazione preventiva di iscrizione ipotecaria era stata qualificata opposizione agli atti esecutivi con la conseguente applicazione del principio dell'apparenza, Cass. 20 luglio 2023, n. 21769.

(2) Sulle origini dell'espressione nella giurisprudenza, R. Oriani, «Essere» e «dover essere» nell'impugnazione dei provvedimenti del giudice civile, Napoli 2023, 142, nota 17.

(3) Relativamente al fermo di beni mobili registrati (art. 86, d.p.r. n. 602/1973), la fondamentale Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15354, in *Giusto proc. civ.* 2016, 123, con nota di D. Longo, *Il fermo amministrativo di beni mobili registrati: natura e regime impugnatorio in un nuovo grand arrêt delle Sezioni unite*, ove amplissimi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza; in ordine all'iscrizione di ipoteca giudiziale su immobili, Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19667, in *Giur. it.* 2015, 1199, con nota di F.V. Albertini; Cass. 27 novembre 2015, n. 24234, in *Foro it.* 2016, I, 3580. Numerosissime sono le sentenze che hanno confermato tale principio; ad es., Cass., sez. un., 7 aprile 2018, n. 10261; Cass. 15 marzo 2019, n. 7460; Cass. 14 maggio 2019, n. 12754; Cass. 27 novembre 2019, n. 31043, che richiama molte sentenze orientate nello stesso senso; Cass. 8 aprile 2020, n. 7756; Cass. 17 luglio 2020, n. 15349.

Cass. 4 luglio 2019, n. 18041; Cass. 7 giugno 2018, n. 14801; Cass. 23 febbraio 2021, n. 4871; Cass. 19 aprile 2021, n. 10271 e Cass. 19 aprile 2021, n. 10272, hanno implicitamente ritenuto ammissibile, per il principio dell'apparenza, il ricorso per cassazione avverso sentenza, che aveva dichiarato inammissibile per la sua tardività l'opposizione contro il preavviso di fermo amministrativo o l'iscrizione di ipoteca, fatta rientrare nell'art. 617 c.p.c., e l'hanno accolto, trattandosi di un'azione di accertamento negativo della pretesa dell'esattore di eseguire il fermo o l'iscrizione, alla quale si applicano le regole del processo ordinario di

fermo di beni mobili registrati e all'iscrizione di ipoteca su immobili da parte dell'agente della riscossione, aveva, abbandonando precedenti orientamenti anche delle Sezioni unite<sup>(4)</sup>, statuito che il fermo amministrativo di beni mobili registrati e l'iscrizione di ipoteca ha natura non già di atto di espropriazione forzata ma di procedura a questa alternativa, trattandosi di misura puramente afflittiva volta ad indurre il debitore all'adempimento, sicché la sua impugnazione, sostanziandosi in un'azione di accertamento negativo della pretesa dell'esattore di eseguire il fermo o l'iscrizione dell'ipoteca, segue le regole generali del rito ordinario di cognizione in tema di riparto della competenza per materia e per valore, e, quindi, di doppio grado di giurisdizione.

Legittima si pone la domanda sulle ragioni del principio dell'apparenza, che con notevole capacità espansiva si è esteso anche al di fuori dell'ambito delle opposizioni esecutive<sup>(5)</sup>. Secondo Cass., sez. un., 9 aprile

---

cognizione, e non la disciplina delle opposizioni esecutive; cassata la sentenza, hanno rinviato al giudice di primo grado, che aveva emesso la sentenza impugnata. Anche Cass. 7 dicembre 2018, n. 31696, in un caso in cui l'impugnativa del fermo amministrativo era stata qualificata come opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, ha ritenuto implicitamente ammissibile, per il principio dell'apparenza, il ricorso per cassazione e ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, la quale aveva ritenuto necessario lo svolgimento della fase sommaria cautelare prevista dagli artt. 615, 616, 617, 618 c.p.c., e la sua proposizione con ricorso anziché con atto di citazione.

(4) Per Cass., sez. un., 31 gennaio 2006, n. 2053, in *Arch. circolaz.* 2006, 597, con nota di Amendolagine, il fermo amministrativo di bene mobile registrato è preordinato all'espropriazione forzata, atteso che il rimedio, regolato da norme collocate nel titolo secondo sulla riscossione coattiva delle imposte, si inserisce nel procedimento di espropriazione forzata esattoriale quale mezzo di realizzazione del credito; ne consegue che la tutela giudiziaria esperibile nei confronti del fermo amministrativo si deve realizzare davanti al giudice ordinario con le forme dell'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi, restando esclusa la giurisdizione amministrativa. Vedansi anche le sentenze delle sezioni unite della Corte di cassazione indicate in Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15354, cit. e in D. Longo, *Il fermo*, cit., 124 ss. Cass. 27 novembre 2015, n. 24234, cit. ha dichiarato la inammissibilità del ricorso per cassazione proposto contro la sentenza del giudice di merito, che aveva annullato l'iscrizione di ipoteca senza peraltro qualificare la domanda di annullamento come un'opposizione agli atti esecutivi; ha escluso che la dichiarazione di inammissibilità del ricorso potesse essere impedita dalla presenza di un *overruling*: il nuovo indirizzo giurisprudenziale «difetta dei presupposti dell'*overruling* perché non ha comportato un mutamento repentino e imprevedibile di una giurisprudenza di legittimità lungamente consolidata nel tempo, tale da indurre la parte ad un ragionevole affidamento, in quanto preceduto da decisioni di analogia portata e comunque intervenuto proprio a dirimere l'incertezza causata dal contrasto giurisprudenziale sui tempi e modi dell'impugnativa dei provvedimenti di ipoteca e fermo».

(5) Tanto per fare qualche esempio si pensi al procedimento di liquidazione degli onorari di avvocato *ex artt. 28-30, l. n. 794/1942*, e ai sensi dell'art. 14, d.lgs. n. 150/2011 (per indicazioni, R. Oriani, «Essere» e «*dover essere*», cit., 219 ss.), nelle controversie in tema di protezione internazionale e protezione umanitaria (R. Oriani, *op. cit.*, 242 ss.), al

1986, n. 2466 <sup>(6)</sup>, «in relazione all'ipotesi di impugnazione di tipo diverso a secondo del diverso tipo di controversia, la scelta del mezzo non può essere rimessa al giudizio di parte, necessariamente soggettivo e quindi arbitrario, ma va ancorata a dati certi. A tale esigenza risponde il principio che, attribuendo valore determinante alla qualificazione della controversia data dallo stesso provvedimento da impugnare, offre un criterio di scelta sicuro ed uniforme eliminando, nello stesso interesse delle parti, le incertezze alle quali l'opinabilità del giudizio circa la reale natura della controversia darebbe inevitabilmente luogo. Il principio si armonizza con la natura essenzialmente formale del processo e delle norme che lo disciplinano e consente il puntuale rispetto della regola che prevede l'esame e la risoluzione delle questioni pregiudiziali prima di quella di merito: siffatto ordine non sarebbe osservato ove l'ammissibilità dell'impugnazione dovesse dipendere dall'esito dell'indagine circa l'effettiva natura dell'azione e della controversia».

Più volte è stato ribadito che il principio dell'apparenza è l'unico conforme ai principi fondamentali della certezza dei rimedi impugnatori e dell'economia dell'attività processuale evitando l'irragionevolezza di imporre di fatto all'interessato di tutelarsi proponendo impugnazioni a mero titolo cautelativo, nel dubbio circa l'esattezza della qualificazione operata dal giudice *a quo* <sup>(7)</sup>.

Va infine chiarito che il principio dell'apparenza è decisivo ai fini dell'individuazione del mezzo di impugnazione della sentenza sull'opposizione esecutiva <sup>(8)</sup> <sup>(9)</sup>, laddove ai fini del merito rileva l'esatta qualificazione dell'opposizione secondo la normativa applicabile <sup>(10)</sup>.

---

procedimento di cui all'art. 152, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in materia di protezione dei dati personali (R. Oriani, *op. cit.*, 246 ss.).

<sup>(6)</sup> In *Foro it.* 1986, I, 1, 2503. Sulla formazione giurisprudenziale, sotto il codice di rito del 1940, del principio dell'apparenza, R. Oriani, *op. cit.*, 685; sull'orientamento, sotto il codice di procedura civile del 1865 (art. 485), secondo cui, ove sia controversa la natura della controversia se in materia civile o commerciale, per la determinazione del termine per appellare la sentenza dei tribunali «è decisiva la definizione, non equivoca, data dai primi giudici, esplicitamente o implicitamente, all'indole della controversia», cfr. i riferimenti in R. Oriani, *op. cit.*, 9 ss.

<sup>(7)</sup> Sulle orme di Cass., sez. un., 16 aprile 2007, n. 8949, in *Giust. civ.* 2008, I, 197, e di Cass., sez. un., 11 gennaio 2011, n. 390, in *Corriere mer.* 2011, 493, con nota di L. Travaglino, *Compensi professionali liquidati ex lege n. 794/41 e regime delle impugnazioni*; da ultimo, nel procedimento di liquidazione degli onorari all'avvocato, Cass. 12 luglio 2023, n. 19905; Cass. 26 luglio 2023, n. 22501; Cass. 25 settembre 2023, n. 27239.

<sup>(8)</sup> L'orientamento è saldo e granitico: tra le più recenti, Cass. 28 dicembre 2023, n. 36329; Cass. 11 dicembre 2023, n. 34504; Cass. 13 novembre 2023, n. 31549; Cass. 10 novembre 2023, n. 31360; Cass. 28 novembre 2023, n. 33115, dove sono richiamati dician-

3. – In una recentissima monografia<sup>(11)</sup> mi sono occupato delle conseguenze in tema di impugnazione, sotto vari profili, dell'errore commesso dal giudice, che ha emesso il provvedimento da impugnare.

A) In primo luogo, l'errore può riguardare l'adozione della forma del provvedimento. La legge, ad es., gli impone di disporre con ordinanza sull'ammissione di un mezzo di prova; il giudice, invece, pronuncia sentenza (c.d. sentenza anomala). Per converso, l'art. 279 c.p.c. prevede la forma della sentenza per il provvedimento che decide una questione di giurisdizione; il giudice, al contrario, emana un'ordinanza (c.d. ordinanza anomala). Ebbene, ai fini dell'impugnabilità del provvedimento si ha riguardo alla sua forma o alla sua sostanza?

B) Riesce, inoltre, ipotizzabile l'errore del giudice su elementi in grado di determinare, non tanto la proponibilità di un mezzo di impugnazione, quanto il mezzo di impugnazione da esperire. L'esempio più significativo, che è stato esaminato nel paragrafo precedente, concerne il regime di impugnazione della sentenza sull'opposizione esecutiva: per l'individuazione del mezzo di impugnazione conta l'essere (la qualificazione in concreto data dal giudice) o il dover essere (la qualificazione corretta secondo la previsione della legge)? L'individuazione del mezzo di impugnazione dipende, ancora, da altri elementi, nei cui riguardi è, del pari, prospettabile

nove precedenti; da ultimo, Cass. 30 gennaio 2024, n. 2834, in una singolare vicenda in cui la qualificazione dell'azione come opposizione ex art. 617 c.p.c., in luogo di opposizione all'esecuzione indicata nella sentenza, era contenuta in una ordinanza di correzione di errore materiale. Del pari è fermo il principio secondo cui, qualora una qualificazione ad opera del giudice *a quo* sia mancata oppure non possa reputarsi effettiva (quando cioè essa si risolva in affermazioni a carattere generico, anodino o meramente apparente), l'attività di qualificazione deve essere svolta, anche di ufficio, dal giudice *ad quem*, adito con l'impugnazione, non solo ai fini del merito, ma anche dell'ammissibilità stessa del gravame: da ultimo, Cass. 28 dicembre 2023, n. 36260, con ampi richiami; Cass. 27 dicembre 2023, n. 36089. Con riguardo ad un caso di iscrizione ipotecaria ex art. 77, d.p.r. n. 602/1973; Cass. 21 settembre 2022, n. 27642.

<sup>(9)</sup> Sempre in tema di opposizioni esecutive la S.C. costantemente afferma che il principio dell'apparenza rileva anche ai fini della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, nel senso che se il giudice ha qualificato l'azione come opposizione all'esecuzione (o agli atti esecutivi o di terzo all'esecuzione), non opera, ai sensi del combinato disposto dell'art. 92, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, e degli artt. 1 e 3, l. 7 ottobre 1969, n. 742, la sospensione dei detti termini in ogni fase e grado del processo di opposizione (da ultimo, Cass. 28 dicembre 2023, n. 36324, con molti richiami). Con riferimento a casi di fermo amministrativo, Cass. 27 aprile 2023, n. 11143; Cass. 10 novembre 2022, n. 33219.

<sup>(10)</sup> Come esempi di un tale, parimenti consolidato, orientamento, cfr. Cass. n. 14801/2018; Cass. n. 31696/2018; Cass. n. 18041/2019; Cass. n. 4871/2021; Cass. n. 10271/2021; Cass. n. 10272/2021, citate *retro*, nota 3.

<sup>(11)</sup> «Essere» e «dover essere», cit., sulla quale G. Verde, *Le forme. Ah! Che c'è oltre le forme?* (Leggendo l'ultimo libro di Renato Oriani), in questa *Rivista* 2024, 122.

un errore del giudice: ad es., se il giudice debba pronunciare secondo diritto o secondo equità *ex art.* 114 c.p.c., se è stata decisa una questione di competenza o di rito, se il provvedimento del g.e. concerne l'estinzione del processo esecutivo o la sua improcedibilità, quale sia il grado della sentenza etc.

C) L'errore del giudice può riguardare, infine, elementi in grado di condizionare le modalità di svolgimento del procedimento di impugnazione. L'ipotesi classica è quella in cui il giudice di primo grado non si sia accorto di trovarsi dinanzi ad una controversia di lavoro ed abbia trattato la causa con il rito ordinario: l'appello andrà proposto con citazione secondo le caratteristiche del rito ordinario? O, invece, essendovi stato un errore del giudice circa l'adozione del rito da seguire, che avrebbe dovuto essere quello speciale, l'appello dovrà essere introdotto con ricorso?

Al quesito, se prevale l'essere o il dover essere<sup>(12)</sup>, la giurisprudenza non dà risposta univoca, né segue identici criteri nello sciogliere i dubbi; si distingue tra le varie ipotesi. Nel caso *sub A*), da più di un secolo viene adottato il principio della prevalenza della sostanza sulla forma: la c.d. sentenza anomala è revocabile, laddove la c.d. ordinanza anomala va impugnata, passando, in mancanza, in giudicato. Conta il dover essere. Nel caso *sub B*) lo *slogan* che batte le vie e le piazze è il principio dell'apparenza: conta l'essere, quanto cioè ritenuto, anche se erroneamente, dal giudice. Nell'ipotesi *sub C*), la giurisprudenza sembra propendere ancora una volta per il principio dell'apparenza, determinando le modalità del processo di impugnazione il modo in cui il giudice si è espresso. Si notano, però, nell'ambito della stessa questione, posizioni, sincronicamente e diacronicamente, differenziate<sup>(13)</sup>.

Nel tentativo di ricostruzione sistematica operato nella richiamata monografia<sup>(14)</sup>, si è ritenuto, invece, che i criteri per regolare i casi debbano obbedire ad una identica *ratio*. Premesso che il principio della prevalenza

---

(12) Nella dottrina tedesca, dove ora domina la teoria della *Meistbegünstigung*, per cui è ammissibile tanto l'impugnazione corrispondente alla decisione effettivamente emanata (così come voleva la *subjektive Theorie*), quanto l'impugnazione corrispondente alla decisione che si sarebbe *ex lege* dovuto emanare (come esigeva la *objektive Theorie*) – G. Tarzia, *Profili della sentenza civile impugnabile. L'individuazione della sentenza*, Milano 1967, 41 ss.; P. De Divitiis, *Sulla teoria del Meistbegünstigung nel processo civile tedesco (forma e sostanza nei provvedimenti del giudice)*, in questa *Rivista* 1993, 410 ss.; per altre citazioni R. Oriani, «Essere» e «dover essere», cit., 90 ss., 456 ss. – si discuteva se l'impugnazione dovesse dirigersi contro la *Ist-Entscheidung* o contro la *Soll-Entscheidung*, e si parlava del contrasto tra il *Sein* e il *Sollen* del provvedimento (per riferimenti, G. Tarzia, *op. loc. cit.*).

(13) In ordine ai temi *sub A*), *B*), *C*), cfr. R. Oriani, *op. cit.*, 47 ss., 136 ss., 347 ss.

(14) «Essere» e «dover essere», cit., 503 ss.

della sostanza sulla forma e il principio dell'apparenza sono profondamente diversi, non è il caso, però, di prescegliere o l'uno o l'altro per dare una risposta uniforme, con le relative conseguenze, a tutti i casi *sub* A), B), C). Si è, al contrario, prospettato un terzo criterio al fine di realizzare le esigenze poste a fondamento dell'uno e dell'altro. Con il principio della prevalenza della sostanza sulla forma si tende a negare al giudice il potere di sottrarre arbitrariamente il proprio provvedimento al regime previsto dalla legge, rivestendolo di forme diverse o riempiendolo di un contenuto diverso da quello voluto dalla legge stessa. Nel principio dell'apparenza si mira a garantire alle parti, per evidenti ragioni di certezza e di affidamento, un punto di riferimento ben preciso per il rimedio da adottare. Ebbene, la proposta di ricostruzione sistematica avanzata nella detta monografia esige in primo luogo il rispetto della volontà della legge, e perciò privilegia il dover essere. Se però la parte si è lasciata suggestionare dall'operato concreto del giudice e ha adottato il rimedio ad esso adeguato, non si può negare l'avveramento della decadenza, ma nello stesso tempo ricorrono altresì le condizioni per farsi luogo alla rimessione in termini *ex* art. 153, comma 2, c.p.c., applicabile anche quando si è in presenza di un errore scusabile della parte, provocato cioè dall'errore in cui è incorso il giudice.

Queste conclusioni di carattere generale vanno peraltro coordinate con una disciplina in grado di derogarle. Così, per l'art. 279, comma 4, c.p.c., i provvedimenti del collegio, che hanno forma di ordinanza, comunque motivati, non possono mai pregiudicare la decisione della causa; salvo che la legge disponga altrimenti, essi sono modificabili e revocabili dallo stesso collegio, e non sono soggetti ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze. La disposizione, che è applicabile solo alle ordinanze con il contenuto di una sentenza non definitiva, privilegia l'essere e il principio dell'apparenza; anche se il giudice ha il dovere per legge di pronunciare una sentenza non definitiva, l'ordinanza anomala, emanata in luogo della sentenza non definitiva e con il suo contenuto, non potrà essere impugnata<sup>(15)</sup>.

Per altro verso, va segnalata la profonda innovazione, quanto meno rispetto agli orientamenti della giurisprudenza, provocata dall'art. 4, comma 5, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150: «gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento». La disposizione, in grado di essere applicata anche al di fuori

---

<sup>(15)</sup> «Essere» e «dover essere», cit., 513 ss. Per i problemi che si pongono nel giudizio di divisione, *op. cit.*, 646 ss.

dei processi in primo grado menzionati nel detto d.lgs. n. 150/2011, rende non necessario, allorquando venga iniziato un processo di impugnazione in forma inadeguata (citazione in luogo di ricorso o viceversa), il richiamo all'art. 153, comma 2<sup>(16)</sup>, c.p.c. nei casi in cui l'errore della parte è conseguenza dell'errore del giudice.

4. – Rinviando all'opportuna sede tutti gli svolgimenti e le considerazioni poste a fondamento della indicata proposta ricostruttiva<sup>(17)</sup>, qui è il caso di soffermarsi, brevemente e sinteticamente rifuggendo da un completo esame, sul regime della sentenza in tema di opposizione esecutiva. Prendiamo le mosse dalla motivazione di Cass., sez. un., 9 aprile 1986, n. 2466<sup>(18)</sup>. Il primo motivo che giustifica il principio dell'apparenza è collegato al rispetto della regola che prevede l'esame e la risoluzione delle questioni pregiudiziali prima di quella di merito: siffatto ordine non sarebbe osservato, ove l'ammissibilità dell'impugnazione dovesse dipendere dall'esito dell'indagine circa l'effettiva natura dell'azione e della controversia. Il motivo non è condivisibile. Basta pensare che non sempre nella sentenza che decide l'opposizione esecutiva è contenuta la qualificazione dell'opposizione; tutti sono d'accordo, allora, sulla necessità che il giudice *ad quem* qualifichi, in via preliminare l'azione proposta al fine di stabilire, appunto, se l'impugnazione è ammissibile o meno. Non è affatto inconcepibile, pertanto, che un'indagine sulla natura dell'azione proposta preceda quella sull'ammissibilità dell'impugnazione.

Il secondo motivo riposa sulla natura formale del processo. Certo, non si dubita del carattere formale del processo; ma esso postula il rispetto delle forme, non che la forma prevalga anche quando sia violata la legge, né giustifica la sovversione delle regole in tema di impugnazione. Quando la legge dice che la sentenza sull'opposizione all'esecuzione è appellabile, laddove quella sull'opposizione agli atti esecutivi è ricorribile, ha riguardo al contenuto della sentenza, che è tale per cui nell'una si impone il doppio grado di giurisdizione e nell'altra è sufficiente un unico grado (e addirit-

---

<sup>(16)</sup> R. Oriani, *op. cit.*, 768 ss.

<sup>(17)</sup> R. Oriani, *op. cit.*, 485 ss.

<sup>(18)</sup> *Retro*, par. 2. La dottrina è orientata prevalentemente a favore dell'applicazione del principio dell'apparenza nell'opera di individuazione del mezzo di impugnazione proponibile (ad es., P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, *Il processo esecutivo*, Milano 2017, 282; R. Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. di dir. proc. civ.*, diretta da A. Proto Pisani, Torino 1993, 307; F. Tommaseo, *Opposizione all'esecuzione, qualificazione dell'azione e regime dei gravami*, in *Corriere giur.* 1992, 874 ss.). Vedi anche *infra*, nota 21.

tura, prima dell'entrata in vigore della Costituzione, il contenuto era ritenuto tale da comportare l'impugnabilità della sentenza, tranne che con regolamento di competenza). Solo la materia, costituente oggetto della sentenza, è in grado di giustificare il diverso regime di impugnazione; unicamente la sostanza delle opposizioni consente di motivare il rigetto della questione di costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. (19).

Neppure è lecito dire, sulle orme di Satta (20), che la qualificazione non può essere contestata che attraverso l'impugnazione e questa non può avvenire che secondo le regole della sentenza qualificata; secondo Satta ogni ricorso ad altro mezzo di impugnazione implicherebbe un soggettivo e quindi arbitrario giudizio sulla qualificazione stessa. La dottrina (21) ha fatto giustamente presente che non è sufficiente l'opinione del giudice per sconvolgere il sistema delle impugnazioni.

Si tenga, altresì, conto delle seguenti ulteriori osservazioni. Nonostante la mancanza nel codice di procedura civile di una norma del tipo di quella contenuta nell'art. 568, comma 1, c.p.p. («la legge stabilisce i casi nei quali

(19) Il che ha trovato conferma nel dibattito occasionato dalla riforma legislativa (l. 24 febbraio 2006, n. 52), poi rientrata (l. 18 giugno 2009, n. 69), che sottoponeva la sentenza sull'opposizione all'esecuzione al ricorso per cassazione: cfr. S. Recchioni, *I nuovi artt. 612 e 624 c.p.c. fra strumentalità cautelare «attenuata» ed estinzione del «pignoramento»*, in questa *Rivista* 2006, 659; Id., in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di C. Consolo e P. Luiso, *sub art. 616*, Milano 2007, 4317 s.

(20) *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano 1966, 23.

(21) V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli 1979, 487 ss.; Id., *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, 20; A. Giudiceandrea, *Appunti su l'apparenza e l'impugnabilità delle sentenze civili*, in *Giur. it.* 1954, IV, 105. Si chiede A. Ronco, *Osservazioni critiche sul regime di impugnazione delle sentenze pronunciate nell'ambito delle opposizioni esecutive*, in *Judicium* 2022, 563 ss., par. III: «è logicamente corretto che sia il giudice a quo a dire vincolativamente quale sia il mezzo di impugnazione del suo provvedimento? Non è singolare che, di fronte ad una evidente opposizione agli atti esecutivi, il giudice possa qualificarla come opposizione all'esecuzione e dare così al soccombente quell'appello che la legge gli preclude? Oltre che singolare, non è addirittura ingiusto che, di fronte ad una evidente opposizione all'esecuzione, il giudice possa qualificarla come opposizione agli atti e togliere così dalle mani del soccombente quell'appello (e quella connessa maggior latitudine di possibili censure rispetto al ricorso per cassazione) che la legge invece gli riconosce? Ma soprattutto: siamo sicuri della bontà della tesi per cui il giudice *ad quem* sarebbe tenuto a decidere dell'impugnazione in stretto e necessitato ossequio a quanto ha ritenuto il giudice a quo?». L'A. così conclude: «mi parrebbe che la risposta negativa si imponga». Per B. Capponi, *Le opposizioni e l'errore nella scelta del gravame*, in *Rass. esecuzione forzata* 2020, 513 ss. (al quale aderisce A. Pilloni, *Operatività del principio dell'apparenza per l'individuazione del corretto mezzo di gravame nelle opposizioni esecutive*, id. 2021, 42 ss.) è ammissibile tanto l'impugnazione corrispondente alla qualificazione espressa, sia pure erronea, data dal giudice, quanto l'impugnazione conforme alla corretta qualificazione dell'opposizione; cfr. anche B. Capponi, *Diritto dell'esecuzione civile*, Torino 2023, 366, nota 5.

i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazioni e determina il mezzo con cui possono essere impugnati»), anche i processual-civilisti concordano sulla tassatività e sulla tipicità dei mezzi di impugnazioni nel processo civile<sup>(22)</sup>. Tipicità e tassatività significa che occorre aver presente unicamente la volontà della legge per determinare il mezzo di impugnazione proponibile.

In secondo luogo, prendiamo le mosse da un dato pacifico. Il principio di apparenza entra in scena solo se vi sia stata la qualificazione da parte del giudice. Ove il giudice *a quo* abbia deciso puramente e semplicemente sull'opposizione senza preoccuparsi di qualificarla, il compito di definire la natura dell'azione spetta alla parte soccombente, che deve individuare il mezzo di impugnazione sulla base unicamente della prescrizione di legge. Una così profonda diversità di disciplina (unico o doppio grado di giurisdizione), prodotta da un fatto accidentale e casuale, quale la formulazione di rilievi *ad hoc* da parte del giudice, si rivela del tutto ingiustificata. Soprattutto, nel principio di apparenza preoccupa la disparità di trattamento che si viene a creare per effetto della volontà del giudice, che, pur soggetto alla legge, è in grado di stravolgere il sistema delle impugnazioni. Il giudice diventa arbitro delle modalità di svolgimento del processo, sovrapponendo la sua volontà a quella della legge.

Ove si tenga, infine, presente che la qualificazione dell'opposizione esecutiva da parte del giudice, in non rari casi, come risulta dall'esperienza giurisprudenziale, non è affatto chiara presentando aspetti di equivocità ed ambiguità, risulta, anche in fatto, pericoloso e inevitabile fonte di incertezza il ripudio di un criterio generale ed astratto e la sua sostituzione con le caratteristiche del caso concreto.

Il principio dell'apparenza non può, pertanto, operare quale unico ed esclusivo criterio per determinare il mezzo di impugnazione, che invece va individuato sulla scorta della volontà della legge da applicare. Se il giudice ha detto trattarsi di opposizione agli atti esecutivi, laddove la corretta qualificazione *secundum legem* comportava la presenza di un'opposizione

---

(22) R. Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civili secondo la nuova legislazione*, Padova 1943, 96 ss.; A. Giudiceandrea, *Le impugnazioni civili*, I, *Sistema delle impugnazioni*, Milano 1952, 53; G. Verde, *Diritto processuale civile*, II, Bologna 2012, 177; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino 2017, 414; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari 2019, 337 s.; N. Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano 2010, 386; A. Tedoldi, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, *sub art. 323*, Torino 2014, 3 s.; G.P. Califano, C. Perago, *Le impugnazioni civili*, in *Giur. sist. di dir. proc. civ.* diretta da A. Proto Pisani, Torino 1999, 16.

all'esecuzione (o di un'azione autonoma), la sentenza è assoggettata ad appello, con la conseguenza che il ricorso per cassazione eventualmente proposto va dichiarato inammissibile.

La vasta giurisprudenza formatasi sul principio dell'apparenza non è destinata, però, al macero, ma va riciclata in una prospettiva diversa da quella comunemente adottata dai giudici. Si può ben sostenere, cioè, che se la parte soccombente, suggestionata dalla qualificazione operata dal giudice come opposizione agli atti esecutivi, propone ricorso per cassazione, ricorrono i presupposti per la rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2, c.p.c. (introdotta dalla l. n. 69/2009). Nel concetto di causa non imputabile ivi contemplata rientra *de plano*, anche alla luce dell'esperienza dell'*overruling*, l'ipotesi in cui la decadenza sia imputabile ad un errore scusabile, provocato da un errore del giudice. Ciò comporta che la Corte di cassazione dovrà, per un verso, dichiarare l'inammissibilità del ricorso per cassazione e, per altro verso, nello stesso tempo dovrà dare un termine *ex art. 153, comma 2, c.p.c.*, per la proposizione dell'appello<sup>(23)</sup>.

5. – Ritornando al caso di specie risolto dalla sentenza annotata, la Corte di cassazione, secondo i risultati raggiunti nell'indicata monografia, avrebbe dovuto rilevare che la sentenza di primo grado era appellabile in quanto l'azione proposta non integrava un'opposizione agli atti esecutivi, ma una ordinaria azione sottoposta al doppio grado di giurisdizione; avrebbe dovuto, perciò, ritenere ammissibile l'appello e cassare la sentenza impugnata, con rimessione della causa al giudice di rinvio.

RENATO ORIANI

---

(23) Non si avrà pertanto rimessione al giudice che aveva emesso la sentenza impugnata, come è avvenuto nei casi ricordati *retro*, nota 3, decisi da Cass. n. 14801/2018, Cass. n. 31696/2018, Cass. n. 18041/2019, Cass. n. 4871/2021, Cass. n. 12071/2021 e Cass. n. 12072/2021.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ., sentenza 16 febbraio 2023,  
n. 4835

Pres. Virgilio – Rel. Scarpa

*A.A. e altri c. Immobiliare Bellavista s.r.l.*

*Il principio di «non dispersione (o di acquisizione) della prova», operante anche per i documenti – prodotti sia con modalità telematiche che in formato cartaceo –, comporta che il fatto storico in essi rappresentato si ha per dimostrato nel processo, costituendo fonte di conoscenza per il giudice e spiegando un'efficacia che non si esaurisce nel singolo grado di giudizio, né può dipendere dalle successive scelte difensive della parte che li abbia inizialmente offerti in comunicazione (massima non ufficiale).*

*Affinché il giudice di appello possa procedere all'esame del documento già prodotto in formato cartaceo nel giudizio di primo grado, onde dare risposta ai motivi di impugnazione o alle domande ed eccezioni riproposte su di esso fondati, il documento può essere sottoposto alla sua attenzione, ove non più disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva offerto in comunicazione (perché ritirato e non restituito, o perché questa è rimasta contumace in secondo grado), mediante deposito della copia rilasciata alle altre parti a norma dell'art. 76 disp. att. c.p.c. In ogni caso il giudice di appello può valutare il contenuto del documento che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo, e anche, se lo ritiene necessario, può ordinare alla parte interessata di produrre, in copia o in originale, determinati documenti acquisiti in primo grado (massima non ufficiale).*

*Allorché la parte abbia ottemperato all'onere processuale di compiere nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione una puntuale allegazione del fatto rappresentato dal documento cartaceo acquisito in primo grado, del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte non abbia provveduto ad offrire in comunicazione lo stesso nel giudizio di secondo grado, il giudice può ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini specificamente allegati nell'atto difensivo (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). – 1. L'unico motivo del ricorso di A.A., B.B., C.C., D.D. e E.E. denuncia la violazione degli artt. 342 c.p.c., 2697 c.c. e 115 c.p.c. I ricorrenti principali assumono che, alla stregua dei principi enunciati nelle sentenze n. 28498 del 2005 e n. 3033 del 2013 delle Sezioni Unite, era l'appellante Immobiliare Bellavista Srl onerata di dimostrare la fondatezza del proprio gravame e di produrre perciò i documenti occorrenti per la decisione. (*Omissis*).

2. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022, pronunciata dalla Seconda Sezione civile, ha premesso che la questione delle conseguenze della mancata disponibilità da parte del giudice d'appello dei documenti posti a base della decisione di primo grado è propria delle sole prove precostituite, giacché i restanti atti di istruzione sono inseriti nel fascicolo d'ufficio (art. 168, comma 2°, c.p.c.). I documenti, viceversa, sono inseriti in una sezione separata del fascicolo di parte (art. 74, comma 1°, disp. att. c.p.c.), il quale può essere ritirato (secondo le modalità indicate dall'art. 169 c.p.c. – e cioè con autorizzazione del giudice o comunque al momento della rimessione della causa in decisione – e dall'art. 77 disp. att. c.p.c.). Le parti o i loro difensori possono peraltro esaminare i documenti inseriti nei fascicoli delle altre parti e farsene rilasciare copia (art. 76 disp. att. c.p.c.).

2.1. La Seconda Sezione civile richiama i principi enunciati nelle sentenze n. 28498 del 2005 e n. 3033 del 2013 di queste Sezioni Unite. (*Omissis*).

2.2. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 della Seconda Sezione civile segnala, poi, che i due precedenti del 2005 e del 2013 sono stati oggetto «di critiche accese da parte della maggioritaria dottrina», che così riassume: (*Omissis*).

2.3. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 registra che le sezioni semplici, dopo alcune iniziali pronunce discordi, hanno condiviso i principi di diritto enunciati nelle sentenze n. 28498 del 2005 e n. 3033 del 2013 di queste Sezioni Unite. Vengono tuttavia specialmente rimarcate nell'ordinanza di rimessione Cass. sez. lav. 22 gennaio 2013, n. 1462, e Cass. Sez. 1, 19 giugno 2019, n. 16506. (*Omissis*).

2.4. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 passa da ultimo ad interrogarsi sulle ripercussioni che per le questioni in esame possono derivare dalla introduzione del cosiddetto «processo civile telematico», nel quale si ha soltanto un unico fascicolo digitale.

I riferimenti normativi sulla disciplina del fascicolo informatico e, per quel che qui più rileva, del deposito con modalità telematiche dei documenti nel processo civile, sono contenuti nel D.P.R. n. 13 febbraio 2001, n. 123, art. 12, nel D.M. n. 21 febbraio 2011, n. 44, art. 9, nel D.L. n. 179 del 2012, art. 16-*bis*, convertito nella l. n. 221 del 2012, e, da ultimo, negli artt. 87 e 196-*quater* disp. att. c.p.c., inseriti dal d.lgs. n. 149 del 2022, secondo il regime transitorio dettato dall'art. 35 dello stesso decreto. L'introduzione del fascicolo informatico, sulla base di tali disposizioni, non ha comunque eliminato l'obbligo di formazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo, né la possibilità che il giudice autorizzi o ordini il deposito di copia cartacea dei documenti per ragioni specifiche. I documenti informatici da raccogliere nel fascicolo informatico del processo sono privi di elementi attivi e hanno i formati previsti dalle specifiche tecniche stabilite, vengono trasmessi da parte dei soggetti abilitati e degli utenti mediante indirizzo di posta elettronica certificata e si intendono depositati nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna.

Osserva la Seconda Sezione civile che, con la formazione del fascicolo informatico, il quale raccoglie tutti i documenti, si dovrebbe avere l'accantonamento della distinzione tra il fascicolo d'ufficio e il fascicolo di parte presente nelle norme del codice di rito e delle sue disposizioni di attuazione, neppure essendo contemplata la possibilità di ritiro delle produzioni documentali, le quali vengono, pertanto, telematicamente apprese dal giudice di appello con l'acquisizione dell'unico fascicolo e indipendentemente dal comportamento processuale dell'appellato.

2.4.1. Si consideri, incidentalmente, che l'inserimento e la conservazione nel fascicolo d'ufficio dei documenti prodotti dalle parti sono, peraltro, già previsti dall'art. 320, comma 5°, c.p.c. per il procedimento davanti al giudice di pace.

2.5. Poiché l'articolato regime normativo di progressiva introduzione del deposito con modalità telematiche dei documenti nel processo civile e le relative discipline transitorie rendono frequente che all'interno del medesimo giudizio tuttora pendente si abbiano documenti prodotti in formato informatico ed in formato cartaceo, ovvero soltanto in formato cartaceo, l'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 auspica un ripensamento dell'orientamento segnato dalle sentenze n. 28498 del 2005 e n. 3033 del 2013.

La Seconda Sezione civile suggerisce non di abbandonare il criterio secondo cui l'appellante è tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, ma di valorizzare quanto affermato almeno nella pronuncia del 2005, «circa la necessità, a tutela dell'interesse al corretto esercizio dell'attività giurisdizionale e del principio di acquisizione delle prove, di subordinare il ritiro del fascicolo di parte al deposito dei documenti probatori in esso inseriti», ricavando

tale precetto dalla previsione dell'art. 77 disp. att. c.p.c.; o, altrimenti, riconoscendo al giudice d'appello la facoltà di ordinare alla parte il deposito dei documenti che ritenga necessari al fine della decisione, sul modello di quanto, ad esempio, consentito dall'art. 123-*bis* disp. att. c.p.c. per l'impugnazione proposta contro una sentenza non definitiva.

2.6. In conclusione, l'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 rimette alle Sezioni Unite di pronunciare su tali questioni:

a) – se l'adozione del processo telematico, che prevede la creazione di un unico fascicolo e non contempla l'ipotesi del ritiro dei documenti in esso contenuti, comporti l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., artt. 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c.;

b) – se ciò determini il superamento della posizione 15 di 29 interpretativa, fatta propria con le pronunce delle Sezioni Unite n. 28498 del 2005 e n. 3033 del 2013, secondo cui l'appellante «subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte, quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice d'appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare»;

c) – se tale superamento valga solo per le cause ove i documenti sono contenuti nel cosiddetto fascicolo informatico ovvero se – al fine di evitare irragionevoli differenze di trattamento – valga anche per cause ove i documenti siano ancora presenti in formato cartaceo nel fascicolo di parte. (*Omissis*).

4. Va premesso che, ad avviso di queste Sezioni Unite, nonostante l'inapplicabilità nel giudizio in esame della disciplina attinente al fascicolo informatico, non può pervenirsi a diverse conclusioni in ordine all'attuale operatività del principio dispositivo e del principio di «acquisizione probatoria», come correlati ai meccanismi di produzione e di ritiro dei documenti.

Le questioni sollevate nell'ordinanza interlocutoria della Seconda sezione civile coinvolgono le esigenze, proprie del sistema delle prove, attinenti ai poteri della parte, nonché le garanzie della tutela del contraddittorio e del diritto di difesa (allorché, conseguentemente alla produzione avversaria, sorge l'interesse dei contendenti ad avvalersi di una prova contraria, ovvero anche dello stesso documento esibito dalla controparte), e la conformazione legislativa del bilanciamento di tali esigenze e garanzie non potrebbe intendersi ragionevolmente differenziata, sulla base di inconvenienti di fatto, a seconda che i documenti siano stati prodotti con modalità telematiche o, piuttosto, in formato cartaceo, sicché l'impossibilità tecnica di procedere nel processo telematico al ritiro del singolo documento o dell'intero fascicolo finisca in concreto per modulare con diversa intensità rispetto al processo cartaceo l'effettività, appunto, del principio dispositivo e del principio di acquisizione.

4.1. Ai quesiti posti dall'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 occorre, allora, dar risposta non pervenendo necessariamente all'esito interpretativo di intendere abrogata tacitamente la distinzione codicistica tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte (il cui impianto rimane, del resto, confermato anche dopo la riforma introdotta con il d.lgs. n. 10 ottobre 2022, n. 149, equiparandosi, nel novellato art. 36 disp. att. c.p.c., la tenuta e conservazione del fascicolo informatico alla tenuta e conservazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo e continuandosi a prevedere, con gli artt. 165 e 166 c.p.c. e 74 disp. att. c.p.c., che i documenti offerti in comunicazione siano contenuti nel fascicolo di parte, nonostante il modificato art. 87 disp. att. c.p.c. faccia rinvio all'art. 196-*quater* per le modalità di produzione dei documenti), né «superando» le sentenze n. 28498 del 2005 e n. 3033 del 2013, quanto piuttosto ampliando, nel nuovo quadro di sistema delineatosi, gli effetti del principio di acquisizione delle prove documentali e gli strumenti, che già tali sentenze contempla-

vano, idonei a consentire al giudice d'appello la ricostruzione della portata dimostrativa di tali prove, indipendentemente dalla natura informatica o cartacea del supporto, in funzione di una concezione del processo che «fa leva sul valore della giustizia della decisione» (Cass. Sez. Unite, 7 maggio 2013, n. 10531).

5. Queste Sezioni Unite, ancora con la sentenza 10 luglio 2015, n. 14475, nell'escludere la «novità», agli effetti dell'art. 345, comma 3°, c.p.c., dei documenti posti a sostegno della domanda di decreto ingiuntivo, non prodotti nel giudizio di opposizione e poi allegati all'atto di appello, hanno avuto occasione di riaffermare che «i principi costituzionali del giusto processo e della sua ragionevole durata implicano... che le prove acquisite al processo lo siano in via definitiva. Tali prove non devono essere disperse. Ciò vale anche per i documenti: una volta prodotti ed acquisiti ritualmente al processo, devono essere conservati alla cognizione del giudice». La sentenza n. 14475 del 2015 elaborò, pertanto, il principio «di non dispersione della prova», precisando, nella specie, che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo la parte opposta non è libera di ritirare i documenti su cui era fondata l'intimazione di pagamento, dovendo esservi autorizzata a norma dell'art. 169 c.p.c., e che il «giudice nel decidere dovrà disporre di tutto il materiale probatorio».

5.1. L'acquisizione della prova documentale «precostituita» come fonte di informazione del giudizio avviene per il tramite delle regole sulla produzione e sull'inserimento nei fascicoli processuali, le quali sono essenzialmente finalizzate a garantire il diritto di difesa ed il contraddittorio in favore della controparte. Il diritto al giusto processo impone di verificare che il procedimento di acquisizione delle prove sia stato complessivamente equo (Corte Europea dei diritti dell'uomo *Elsholz c. Germania* (GC), n. 25735/94, 13 luglio 2000, p. 66; *Devinar c. Slovenia*, n. 28621/15, 22 maggio 2018, p. 45; *Blücher c. Repubblica ceca*, n. 58580/00, 11 gennaio 2005, p. 65).

Il documento ritualmente prodotto fornisce, così, una rappresentazione immediata e permanente del fatto di causa, in quanto il diritto delle parti al procedimento istruttorio di fissazione dei fatti controversi non implica poi una loro volontà costitutiva dell'effetto probatorio del materiale raccolto.

La teorizzazione del descritto principio di «non dispersione (o di acquisizione) della prova» porta, dunque, a considerare che, una volta prodotto in una fase o in un grado di un processo unitario un documento, lo stesso, in quanto «conosciuto» e perciò definitivamente acquisito alla causa, se sia successivamente ritirato e poi ancora allegato, dalla stessa parte che se ne fosse originariamente avvalsa o da altra parte, non può considerarsi «nuovo», né in primo grado, agli effetti delle preclusioni istruttorie, né in appello, ai sensi dell'art. 345, comma 3°, c.p.c., né nel giudizio in cassazione, con riguardo al divieto di cui all'art. 372 c.p.c.

Se l'acquisizione della valenza probatoria del documento esibito (ovvero la sua natura di fonte di conoscenza per il giudice e di fissazione formale della verità legale circa l'esistenza o l'inesistenza dei fatti controversi) non si esaurisce nel singolo grado di giudizio, essa neppure può dipendere dalle successive scelte processuali della parte che lo abbia inizialmente prodotto.

Il fatto storico rappresentato dal documento prodotto si ha per dimostrato, essendo stato ultimato il procedimento strumentale che assicura l'acquisizione processuale della fonte di conoscenza, e ciò pone fuori causa l'art. 2697 c.c.: questa norma onera la parte di dimostrare gli accadimenti che concretizzano la fattispecie astratta di legge, dalla cui applicazione essa voglia ricavare effetti per sé favorevoli, ed offre al giudice una via d'uscita ove di tali accadimenti da assumere in sentenza sia mancata la prova.

5.2. La definitività dell'acquisizione processuale del documento prodotto, inteso come fonte di conoscenza del fatto, nel passaggio dal giudizio di primo grado al giudizio d'appello, perché possa poi influire altresì sull'attività logica del giudice dell'impugnazione e sul risultato decisionale che discende da questa attività, deve trovare un coordinamento con la regola della formazione progressiva della cosa giudicata e con l'effetto devolutivo dell'impugnazione di merito. Affinché il fatto dimostrato dal documento prodotto in primo grado possa essere compreso nell'attività logica del giudice dell'appello e nella sentenza che ne deriva, esso non va, dunque, nuovamente «provato» dalla parte che ne invochi il riesame, quanto allegato, e cioè dedotto in un enunciato descrittivo contenuto all'interno di un atto difensivo.

6. A proposito del riesame della controversia di cui è ritualmente investito il giudice di secondo grado, l'evoluzione giurisprudenziale è ferma ai principi dettati nella sentenza di queste Sezioni Unite 16 novembre 2017, n. 27199, secondo cui gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo risultante dal D.L. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni nella l. n. 134 del 2012, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, restando tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, che l'atto di gravame debba rivestire particolari forme sacramentali o contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado.

Sempre nell'ottica di delimitare l'ambito della devoluzione al giudice di appello rispetto al *thema probandum* e al *thema decidendum* del giudizio di primo grado, la sentenza di queste Sezioni Unite 21 marzo 2019, n. 7940, ha affermato che le parti, nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale, sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia (al di fuori delle ipotesi di domande e di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale), a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite, con il primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza.

6.1. Quanto chiarito dalle sentenze n. 27199 del 2017 e n. 7940 del 2019 conferma che l'ambito della cognizione del giudice d'appello è definito dai motivi di impugnazione formulati e dalle domande ed eccezioni riproposte, e non consiste, perciò (salvo che per le questioni rilevabili d'ufficio), in una rinnovata pronuncia sulla domanda giudiziale e sulla intera situazione sostanziale oggetto del giudizio di primo grado.

Combinando gli effetti dell'acquisizione probatoria dei documenti prodotti e dei limiti devolutivi dell'impugnazione segnati dagli artt. 342 e 346 c.p.c., restano validi i principi più volte enunciati nella giurisprudenza di questa Corte secondo cui il giudice d'appello ha il potere-dovere di esaminare i documenti ritualmente prodotti in primo grado nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza nei propri scritti difensivi, mediante richiamo di essi nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni riproposte, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto dei documenti acquisiti giustifichi le rispettive deduzioni (Cass. Sez. 1, 29 gennaio 2019, n. 2461; Cass. Sez. 3, 7 aprile 2009, n. 8377; Cass. Sez. 1, 20 ottobre 2005, n. 20287; Cass. Sez. 1, 24 dicembre 2004, n. 23976; Cass. Sez. lav., 6 luglio 2004, n. 12351; Cass. Sez. 1, 29 maggio 2003, n. 8599; Cass. Sez. 3, 6 aprile 2001, n. 5149; Cass. Sez. 2, 16 agosto 1990, n. 8304).

6.2. Affinché il giudice di appello possa procedere all'autonomo e diretto esame del documento già prodotto in formato cartaceo nel giudizio di primo grado, onde dare risposta ai motivi di impugnazione o alle domande ed eccezioni riproposte su di esso fondati, il documento può essere sottoposto alla sua attenzione, ove non più disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva offerto in comunicazione (perché ritirato e non restituito, o perché questa è rimasta contumace in secondo grado), mediante deposito della copia rilasciata alle altre parti a norma dell'art. 76 disp. att. c.p.c., semmai, come sosteneva la sentenza n. 28498 del 2005, sulla base dell'ordine in tal senso imposto dal giudice all'atto del ritiro effettuato avvalendosi della facoltà di cui agli artt. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c.

Il giudice di appello può inoltre porre a fondamento della propria decisione il documento prodotto in formato cartaceo non rinvenibile nei fascicoli di parte apprezzandone il contenuto che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo.

Dovendosi negare, inoltre, che la permanente portata dimostrativa nel giudizio di appello di uno o di determinati documenti acquisiti in primo grado discenda dalla scelta delle parti di volersi avvalere del relativo effetto probatorio, può ritenersi consentito al giudice di secondo grado, eventualmente aperto un preventivo contraddittorio, di ordinare la produzione dei medesimi documenti, in copia o in originale, se lo ritiene necessario, a modello di quanto del resto stabilito dall'art. 123-*bis* disp. att. c.p.c. per l'impugnazione di sentenza non definitiva, valutando la mancata esibizione, senza giustificato motivo, come comportamento contrario al dovere di lealtà e probità.

Allorché, poi, la parte interessata abbia ottemperato all'onere processuale a suo carico di compiere nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione una puntuale allegazione del documento cartaceo prodotto in primo grado (e dunque del relativo fatto secondario dedotto in funzione di prova), del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte neppure abbia provveduto ad offrire in comunicazione lo stesso nel giudizio di secondo grado, sarà quest'ultima a subire le conseguenze di tale comportamento processuale, potendo il giudice, il quale ha comunque il dovere di ricomporre il contenuto di una rappresentazione già stabilmente acquisita al processo, ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini specificamente allegati nell'atto difensivo.

7. Possono pertanto enunciarsi i seguenti principi di diritto. (*Omissis*).

8. Alla stregua del sistema delineato da tali principi, che peraltro sviluppano i principi già dettati nelle sentenze n. 28498 del 2005 e n. 3033 del 2013, il ricorso proposto da A.A., B.B., C.C., D.D. e E.E. risulta evidentemente fondato.

8.1. La Corte di Roma, con la sentenza impugnata, ha accolto l'appello spiegato dalla Immobiliare Bellavista Srl, rigettando la domanda degli attori (volta ad accertare la proprietà demaniale o la destinazione al pubblico transito del tratto di *Omissis*), nonché ad ordinare alla convenuta di rimuovere il cancello e la catena ivi apposti), in quanto gli appellati non avevano prodotto nel giudizio di gravame i documenti su cui il Tribunale aveva fondato la propria pronuncia, ovvero «il decreto prefettizio del 16 gennaio 1952 e la relazione del geometra Q.Q., nonché gli altri documenti richiamati dagli appellati» nelle loro difese, che «la parte aveva l'onere di depositare».

Questa motivazione rivela la pertinenza delle questioni affrontate nell'ordinanza interlocutoria n. 14534-2022 della Seconda Sezione civile.

8.2. Così ragionando, la Corte d'appello di Roma ha in sostanza ritenuto che oggetto dell'impugnazione fosse la domanda giudiziale proposta dagli attori, vittoriosi in primo grado, e non le censure formulate dalla soccombente Immobiliare Bellavista Srl, le quali imponevano comunque il riesame dei documenti posti a fondamento della decisione del Tribu-

nale, considerando al contrario sufficienti le mere difese opposte dall'appellante ai fatti, principali e secondari, costituenti le ragioni dell'avversa pretesa accolta nella sentenza gravata; non ha quindi considerato che i fatti storici dimostrati dai documenti prodotti in primo grado ed acquisiti come fonti di conoscenza erano stati apprezzati nella pronuncia impugnata, la cui presunzione di legittimità non può dirsi superata dalla mancata allegazione del fascicolo delle parti appellate che li conteneva; non ha adempiuto al proprio dovere di ricomporre altrimenti il contenuto della rappresentazione dei fatti già stabilmente acquisita al processo, sulla base di quanto comunque risulti da provvedimenti o atti del processo. (*Omissis*).

### **Principio di acquisizione e onere della prova nel giudizio di appello**

1. – Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498 <sup>(1)</sup>, aveva affermato il principio per cui, «Essendo l'appellante tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, il cui riesame è chiesto per ottenere la riforma del capo decisivo appellato, l'appello da lui proposto, in mancanza di tale dimostrazione deve essere, in base ai principi, respinto, con conseguente conferma sostitutiva dei capi di sentenza appellati, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale». E ne aveva desunto come corollario la correttezza degli orientamenti giurisprudenziali secondo i quali è onere dell'appellante, indipendentemente dalla posizione assunta nella precedente fase processuale, produrre, o ripristinare in appello se già prodotti in primo grado, i documenti sui quali egli basa il proprio gravame o comunque attivarsi (anche avvalendosi della facoltà, *ex art. 76 disp. att. c.p.c.*, di farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti), perché questi documenti possano essere sottoposti all'esame del giudice di appello, sicché egli subisce le conseguenze negative della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte (si

---

<sup>(1)</sup> In questa *Rivista* 2006, 1397 ss., con nota, convintamente favorevole di R. Poli, *L'oggetto del giudizio di appello*; nonché in *Foro it.* 2006, I, 1436 ss., con nota (assai) critica di G. Balena, R. Oriani, A. Proto Pisani, N. Rascio, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*; in *Corriere giur.* 2006, 1083 ss., con nota parzialmente adesiva di A. Parisi, *Oggetto dell'appello, onere della prova e principio di acquisizione processuale al vaglio delle Sezioni unite*; in *Giur. it.* 2007, 672 ss., con nota contraria di A. Ronco, *Appello e mancata (ri)produzione di un documento già prodotto in primo grado: onere della prova sulla fondatezza del motivo di gravame od onere della prova sulla fondatezza della domanda devoluta al giudice dell'impugnazione?*

sia essa costituita o sia invece rimasta contumace) quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice di appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare.

Principio e corollario furono poi confermati, superando taluni contrasti e le ragioni di dissenso espresse anche dall'ordinanza interlocutoria<sup>(2)</sup>, da Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3033<sup>(3)</sup>, non senza valorizzare «l'esigenza, di carattere generale, (...) secondo cui, nei casi in cui una norma processuale si presti a due possibili alternative interpretazioni, ciascuna compatibile con la lettera della legge, ragioni di continuità dell'applicazione giurisprudenziale e di affidabilità della funzione nomofilattica devono indurre a privilegiare quella consolidatasi nel tempo, a meno che il mutamento del contesto processuale o l'emersione di valori prima trascurati non ne giustifichino l'abbandono, consentendo la conseguente adozione della diversa opzione ermeneutica».

Ebbene l'ordinanza interlocutoria<sup>(4)</sup>, che ha dato occasione per la pronuncia della sentenza in rassegna<sup>(5)</sup>, pur senza postulare il necessario «abbandono della impostazione teorica proposta dalle sezioni unite», ha prospettato la possibilità di superarne (almeno) il corollario, individuando come rilevante proprio la successiva emersione di «novità, grazie all'introduzione del c.d. processo civile telematico», la cui disciplina, con «la

<sup>(2)</sup> Cass. 8 marzo 2012, n. 3639, in *Foro it.* 2012, I, 1018 ss.

<sup>(3)</sup> In questa *Rivista* 2013, 1184 ss., con nota adesiva di R. Poli, *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato o valutato dal giudice di primo grado*; ed altresì in *Corriere mer.* 2013, 639 ss., con nota di G. Travaglino, *La produzione di documenti in appello*; in *Foro it.* 2013, I, 819, con osservazioni di A. Proto Pisani; in *Giur. it.* 2013, 2593 ss., con nota redazionale.

<sup>(4)</sup> Si tratta di Cass. 9 maggio 2022, n. 14534, commentata da M.C. Vanz, *L'onere di (ri)produzione documentale: esigenze di speditezza processuale e nuove tecnologie digitali*, in questa *Rivista* 2022, 1234 ss., e da B. Brunelli, *Principio di acquisizione e processo telematico: la parola alle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, 315 ss. Nella fattispecie alcuni condomini di un immobile erano risultati vincitori grazie ai documenti che dimostravano l'avvenuto esproprio di un tratto stradale che la società convenuta aveva intercluso al passaggio dei condomini. Proposto appello, non essendo stato ridepositati quei documenti, la corte di appello aveva riformato la sentenza di primo grado, rilevando di non disporre degli elementi necessari per potere valutare la fondatezza della domanda degli attori, contestata dalla società appellante, in particolare per quanto concerne la natura della strada oggetto di causa.

<sup>(5)</sup> Già commentata da M. Morfeo, *Il principio di non dispersione della prova: l'onere di (ri)produzione dei documenti e l'impatto della digitalizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2023, 1327 ss., e da F. Savino, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul principio di acquisizione probatoria: dalla estensione senza limiti nel processo analogico alla disapplicazione indotta nel processo telematico*, in *Il diritto processuale civile italiano e comparato* 2023, 740 ss. Per una diffusa analisi v. anche C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino 2023, 486 ss.

formazione di un unico fascicolo, che raccoglie tutti i documenti», potrebbe comportare «l'accantonamento della distinzione tra il fascicolo d'ufficio e il fascicolo di parte» e comunque, «non essendo contemplata la possibilità di ritiro dei documenti informatici», dovrebbe determinare il risultato che «questi vengono telematicamente appresi – con piena attuazione del principio di immanenza delle prove – dal giudice di secondo grado con l'acquisizione dell'unico fascicolo e indipendentemente dal comportamento dell'appellato». In questo modificato contesto, si è osservato quindi nell'ordinanza, pendendo ancora giudizi nei quali le produzioni documentali risultano (integralmente o parzialmente) effettuate in formato cartaceo, potrebbe sussistere «l'opportunità di rivedere l'orientamento espresso nel 2005 e nel 2013 dalle sezioni unite anche in relazione alle situazioni in cui i documenti che hanno portato all'accoglimento della domanda di primo grado non sono disponibili in appello perché, depositati in formato cartaceo in primo grado, non sono stati ridepositati in appello».

Da qui la sottoposizione alle Sezioni Unite dei seguenti profili:

– se l'adozione del processo telematico, che prevede la creazione di un unico fascicolo e non contempla l'ipotesi del ritiro dei documenti in esso contenuti, comporti l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., artt. 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c.;

– se ciò determini il superamento della posizione interpretativa, fatta propria da Cass., sez. un., n. 28498/2005, cit., e da Cass., sez. un., n. 3033/2013, cit., secondo cui l'appellante «subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte, quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice d'appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare»;

– se tale superamento valga solo per le cause ove i documenti sono contenuti nel c.d. «fascicolo informatico ovvero se – al fine di evitare irragionevoli differenze di trattamento – valga anche per cause ove i documenti siano ancora presenti in formato cartaceo nel fascicolo di parte».

2. – La risposta delle Sezioni Unite risulta, in linea di principio, negativa, stando alle proposizioni per cui, per un verso, non si deve «intendere abrogata tacitamente la distinzione codicistica tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte (il cui impianto rimane, del resto, confermato anche dopo la riforma introdotta con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, equiparandosi, nel novellato art. 36 disp. att. c.p.c., la tenuta e conservazione del fascicolo informatico alla tenuta e conservazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo e continuandosi a prevedere, con gli artt. 165 e 166

c.p.c. e art. 74 disp. att. c.p.c., che i documenti offerti in comunicazione siano contenuti nel fascicolo di parte, nonostante il modificato art. 87 disp. att. c.p.c. faccia rinvio all'art. 196 quater per le modalità di produzione dei documenti)»; e, per altro verso, non sarebbe giustificato il «superamento» degli interventi delle Sezioni Unite del 2005 e del 2013.

Tuttavia, la pronuncia qui annotata si mostra nel concreto sensibile alle ragioni dell'ordinanza di rimessione – in definitiva dirette a scongiurare diversità di disciplina ed esiti dei giudizi di appello in dipendenza della mera modalità (cartacea o telematica) del deposito in primo grado di documenti valorizzati nei motivi di impugnazione – negli ulteriori passaggi in cui, dopo aver evidenziato come «Le questioni sollevate nell'ordinanza interlocutoria ... coinvolgono le esigenze, proprie del sistema delle prove, attinenti ai poteri della parte, nonché le garanzie della tutela del contraddittorio e del diritto di difesa (allorché, conseguentemente alla produzione avversaria, sorge l'interesse dei contendenti ad avvalersi di una prova contraria, ovvero anche dello stesso documento esibito dalla controparte)», riconosce che «la conformazione legislativa del bilanciamento di tali esigenze e garanzie non potrebbe intendersi ragionevolmente differenziata, sulla base di inconvenienti di fatto, a seconda che i documenti siano stati prodotti con modalità telematiche o, piuttosto, in formato cartaceo, sicché l'impossibilità tecnica di procedere nel processo telematico al ritiro del singolo documento o dell'intero fascicolo finisca in concreto per modulare con diversa intensità rispetto al processo cartaceo l'effettività, appunto, del principio dispositivo e del principio di acquisizione».

Ed a questo risultato propone di pervenire «ampliando, nel nuovo quadro di sistema delineatosi, gli effetti del principio di acquisizione delle prove documentali e gli strumenti ... idonei a consentire al giudice d'appello la ricostruzione della portata dimostrativa di tali prove, indipendentemente dalla natura informatica o cartacea del supporto, in funzione di una concezione del processo che «fa leva sul valore della giustizia della decisione» (Cass. Sez. Unite, 7 maggio 2013, n. 10531)»<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, in *Giur. it.* 2013, 2481 ss., con nota di A. Ciatti, *L'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario e il regime delle preclusioni: un revirement soltanto annunziato*; e in *Foro it.* 2013, I, 3500, con nota di R. Oriani, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, ha affermato (nella specie, con riguardo alla limitazione di responsabilità dell'erede conseguente all'accettazione con beneficio d'inventario) «la possibilità di rilevare di ufficio le eccezioni in senso lato, anche in appello, che risultino documentate *ex actis*, indipendentemente da specifica allegazione di parte», ritenendo appunto tale possibilità giustificata «in funzione di una concezione del processo che (...) fa leva sul valore della giustizia della decisione».

3. – Si tratta di una tendenza già manifestatasi in altri ambiti, in cui pure si è avvertita l'esigenza di conservare «alla cognizione del giudice» i documenti prodotti dalle parti, quantunque la previsione del loro inserimento solo nel fascicolo di parte (artt. 165, 166 e 168 c.p.c.; artt. 73 e 74 disp. att. c.p.c.) ne consentirebbe astrattamente il ritiro senza assicurarne la successiva, effettiva restituzione (art. 169 c.p.c. e art. 77 disp. att. c.p.c.).

Le Sezioni Unite ricordano, in particolare, il proprio precedente intervento<sup>(7)</sup>, diretto in definitiva a stabilire che non possono considerarsi nuovi in appello, dunque inammissibili ai sensi dell'art. 345 c.p.c., i documenti allegati al ricorso per decreto ingiuntivo, quand'anche non riprodotti nella fase di opposizione: soluzione raggiunta anche sulla scorta dell'argomento sistematico, per cui nel procedimento per decreto ingiuntivo il principio di acquisizione processuale ovvero «di non dispersione della prova», corollario dei principi costituzionali del giusto processo e della sua ragionevole durata, implica che i documenti allegati al ricorso, in base ai quali sia stato emesso il decreto, devono rimanere nella sfera di cognizione del giudice, anche nella eventuale fase di opposizione, che completa il giudizio di primo grado. Senza che in senso contrario possa invocarsi la previsione dall'art. 638, comma 3, c.p.c. (secondo cui i documenti allegati alla richiesta di decreto ingiuntivo «non possono essere ritirati fino alla scadenza del termine stabilito nel decreto d'ingiunzione a norma dell'art. 641»), la quale in realtà consente al ricorrente di ritirare «liberamente» i documenti depositati solo in caso di mancata opposizione, mentre in caso contrario «il procedimento monitorio si trasforma in giudizio a cognizione piena, che prosegue dinanzi allo stesso ufficio giudiziario (ed in genere dinanzi al medesimo magistrato), il che implica che la parte opposta non è libera di ritirare i documenti, ma deve essere autorizzata dal giudice *ex art. 169 c.p.c.*».

Ma in modo analogo, sempre con riguardo al succedersi di più fasi del medesimo (grado di) giudizio, possono segnalarsi quelle decisioni che, superando il precedente, contrario orientamento, hanno escluso l'onere del creditore di depositare con l'opposizione allo stato passivo i documenti già prodotti nel corso della fase di verifica innanzi al giudice delegato, sancendo che piuttosto il tribunale deve disporre l'acquisizione alla sola condizione che siano specificatamente indicati nel ricorso dall'opponente,

---

(7) Cass., sez. un., 10 luglio 2015, n. 14475, in *Corriere giur.* 2015, 1262 ss., con nota di L. Baccaglioni, *Giudizi bifasici oppositori e principio di acquisizione processuale (senza onere di ri-produzione dei documenti): dalla opposizione monitoria a quella fallimentare.*

in quanto tali documenti, «rimangono nella sfera di cognizione dell'ufficio giudiziario, inteso nel suo complesso, anche in tale fase» di opposizione<sup>(8)</sup>.

Ed ancora hanno stabilito che nei giudizi di opposizione all'esecuzione e di opposizione di terzo all'esecuzione, di cui agli artt. 615 e 619 c.p.c., i documenti prodotti dalle parti nella fase sommaria devono ritenersi già acquisiti al processo ed essere inseriti nel fascicolo della causa di opposizione, ai sensi dell'art. 186 disp. att. c.p.c. (secondo cui vanno trasmessi alla cancelleria del giudice davanti al quale la causa è riassunta, insieme al ricorso di opposizione ed alla copia del verbale dell'udienza di comparizione innanzi al g.e., i «documenti allegati relativi alla causa di opposizione»), in ragione del carattere unitario dei predetti giudizi nonostante la loro struttura bifasica (restando tuttavia fermo che, conservando la natura di produzioni documentali di parte, essi non entrano nel fascicolo d'ufficio e devono perciò essere ridepositati, insieme ai fascicoli di parte, al momento dell'assegnazione della causa in decisione o, al più tardi, al momento del deposito della comparsa conclusionale, affinché il giudice possa tenerne conto ai fini della decisione stessa)<sup>(9)</sup>.

4. – Del resto, va aggiunto, sul piano normativo non è unicamente la comparazione con le caratteristiche del processo telematico a far apparire irragionevole (oltretutto desueta) la «debolezza»<sup>(10)</sup> tradizionalmente attribuita al principio di acquisizione processuale (o di non dispersione) applicato, nel passaggio dal primo al secondo grado di giudizio, alle sole prove documentali (ormai unicamente se) depositate in formato cartaceo, in ragione della previsione dell'art. 347, comma 3, c.p.c., che limita al

---

<sup>(8)</sup> Cass., sez. I, 18 maggio 2017, n. 12548; Cass., sez. I, 18 maggio 2017, n. 12549, in questa *Rivista* 2018, 583 ss., con nota di M. Vanzetti, *Il principio di acquisizione nell'opposizione allo stato passivo*; in *Corriere giur.* 2017, 1390 ss., con nota di L. Baccaglioni, *Il principio di non dispersione della prova opera nel passaggio da un grado all'altro del giudizio di accertamento dello stato passivo: un atteso e benvenuto revirement della Cassazione*; in *Fallimento* 2017, 1147 ss., con nota di R. Donzelli, *Acquisizione ed onere di riproduzione dei documenti nel giudizio di opposizione allo stato passivo*.

<sup>(9)</sup> Cass., sez. III, 27 settembre 2021, n. 26116, in *Riv. esec. forzata* 2022, 443 ss., con nota di G. Felloni, *Principio di acquisizione nelle opposizioni esecutive: teoria e realtà*.

<sup>(10)</sup> Su questa pretesa «debolezza», in senso giustamente senso critico ed anche per ulteriori riferimenti, v. anzitutto G. Ruffini, *Sulla c.d. reversibilità dell'acquisizione probatoria documentale*, in questa *Rivista* 2015, 1091 ss.; S.A. Villata, *Prova documentale e principio di acquisizione: un difficile connubio (specialmente) nel giudizio di appello?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, 315 ss., e D. Turroni, *Produzione e acquisizione del documento nel processo civile*, *ivi* 2011, 175 ss.; ed ancora A. Parisi, *Oggetto dell'appello*, cit., 1090 ss.; Baccaglioni, *Giudizi bifasici oppositorii*, cit., 1270 ss.; M.C. Vanz, *L'onere di (ri)produzione documentale*, cit., 1236 ss.; M. Morfeo, *Il principio di non dispersione della prova*, cit., 1334 ss.

fascicolo di ufficio (con esclusione dunque dei fascicoli di parte, che dal primo restano distinti: art. 72 disp. att. c.p.c.) l'oggetto della trasmissione alla cancelleria del giudice di appello: nel processo amministrativo, invece, gli artt. 5 e 6, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, per un verso prevedono, in caso di deposito di atti e documenti in formato cartaceo, che degli stessi entrano a far parte del fascicolo di ufficio, destinato ad essere trasmesso al segretario del giudice di appello, e per altro verso vietano alle parti il ritiro dei propri atti e documenti fino al giudicato; mentre nel processo tributario secondo l'art. 25, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, «i fascicoli del ricorrente e delle altre parti, con gli atti e i documenti prodotti, ... restano acquisiti al fascicolo d'ufficio e sono ad esse restituiti al termine del processo», sicché ai sensi dell'art. 53, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 546/1992, proposto appello sono anch'essi trasmessi alla segreteria della corte di giustizia tributaria di secondo grado.

Non sorprende, allora, la circostanza che a ben vedere la risposta data dalle Sezioni Unite vada in qualche modo anche oltre l'esigenza avvertita e il risultato ipotizzato dall'ordinanza di rimessione, questo e quella calibrati esclusivamente sulla posizione dell'appellante e sugli oneri di (ri)produzione dei documenti altrui a lui addossati solo in dipendenza della sua posizione di «attore nell'invocata *revisio*» e perciò tenuto – secondo «i criteri di riparto probatorio desumibili dalle norme generali di cui all'art. 2697 c.c. ... applicati, ... non nella tradizionale ottica sostanziale, bensì sotto il profilo processuale» – «a dover dimostrare il fondamento della propria domanda, deducendo l'ingiustizia o invalidità della decisione assunta dal primo giudice, onde superare la presunzione di legittimità che l'assume»<sup>(11)</sup>.

Invece la sentenza in epigrafe – dopo aver richiamato le regole ormai fissate dalla giurisprudenza di legittimità in punto di delimitazione dell'ambito della cognizione del giudice di appello, circoscritto dalle censure formulate con i motivi di impugnazione principale o incidentale per le domande e questioni anche implicitamente decise, nonché dalla riproposizione *ex art.* 346 c.p.c. con il primo atto difensivo e comunque entro la prima udienza per quelle assorbite (salvo che non siano rilevabili di ufficio)<sup>(12)</sup> – ha cura di estendere espressamente anche alla posizione dell'ap-

---

<sup>(11)</sup> Sono espressioni di Cass., sez. un., n. 3033/2013, cit.

<sup>(12)</sup> A delineare questo assetto la sentenza richiama anzitutto Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199, in questa *Rivista* 2018, 861 ss., con nota di L. Bianchi, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sulla «motivazione dell'appello» di cui all'art. 342 c.p.c.*, nonché in *Corriere giur.* 2018, 70 ss., con nota di F. Godio, *Le Sezioni Unite confermano: l'appello*

pellato, che voglia fornire la dimostrazione dei fatti posti a fondamento delle proprie domande o eccezioni assorbite e riproposte grazie a documenti prodotti cartaceamente in primo grado dall'appellante e poi non ridepositati in appello, i medesimi rimedi prospettati per consentire di assolvere gli oneri probatori incombenti su chi impugna (in via principale o incidentale): dunque in un ambito del tutto indifferente al principio sancito da Cass., sez. un., n. 28498/2005 e riaffermato da Cass., sez. un., n. 3033/2013, nel quale (non essendovi stata decisione e dunque di certo non occorrendo formulare e dimostrare alcuna censura per superarla) la parte sicuramente conserva la propria originaria posizione di attore o convenuto.

5. – Tuttavia, mentre l'esigenza di realizzare appieno l'acquisizione delle prove documentali risulta automaticamente e compiutamente soddisfatta quando sia previsto dalla legge il loro inserimento nel fascicolo di ufficio<sup>(13)</sup> (ovvero, oggi, con i medesimi risultati, in un fascicolo telematico da cui non è tecnicamente possibile il ritiro), quelli indicati dalle Sezioni Unite costituiscono rimedi, meglio ancora espedienti per ovviare

---

*«specifico» non richiede all'appellante alcuna sorta di «progetto alternativo di decisione»; in Foro it. 2018, I, 978 ss., con nota di G. Balena, I rassicuranti chiarimenti delle sezioni unite sul contenuto dell'atto di appello; in Giur. it. 2018, 1413 ss., con nota di M. Marchese, La specificità della «motivazione» nell'appello secondo le Sezioni unite; in Nuova giur. civ. 2018, 463 ss., con nota di E. Italia, La specificità della motivazione nell'atto di appello. E quindi Cass., sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940, in questa Rivista 2019, 1355 ss., con nota di M.A. Comastri, Note in tema di riproposizione in appello di domande ed eccezioni assorbite; in Foro it. 2019, I, 3308 ss., con nota di B. Gambineri, Le sezioni unite accolgono il principio di concentrazione processuale con riferimento all'appello civile; e in Giur. it. 2019, 2648 ss., con nota di A. Ronco, Sul termine per riproporre in appello le domande e le eccezioni assorbite in primo grado.*

Ma avrebbero forse meritato menzione, per aver imposto l'impugnazione incidentale (in luogo della mera riproposizione ex art. 346 c.p.c.) al fine sottrarre al giudicato le questioni decise a sfavore dell'appellato vincitore sulla domanda, anche Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700, in *Corriere. giur.* 2016, 968 ss., con nota di C. Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, e quindi Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 11799, in questa *Rivista* 2018, 258 ss., con nota di N. Rascio, *Impugnazione e riproposizione ex art. 346 c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, nonché in *Corr. giur.* 2017, 1416 ss., con nota di C. Consolo e F. Godio, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 c.p.c. (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio.*

<sup>(13)</sup> Così ad es., auspicando un intervento in questo senso del legislatore, S. Chiarloni, *Documenti favorevoli al vincitore non (ri)prodotti in secondo grado e convincimento del giudice: alcune spiacevoli conseguenze ascrivibili all'imperfetta attuazione del principio di acquisizione processuale per le prove precostituite*, in *Giur. it.* 2003, 256, e A. Proto Pisani, *Osservazioni a Cass., sez. un., n. 3033/2013*, cit., 825.

a «inconvenienti di fatto» (legati alla pendenza di giudizi con fascicoli non integralmente telematici), destinati a funzionare solo a condizione di essere tempestivamente e adeguatamente utilizzati.

Questo vale, anzitutto, per gli strumenti «preventivi», individuati da un lato nell'avvenuto, previdente esercizio della facoltà, riconosciuta a ciascuna delle parti dall'art. 76 disp. att. c.p.c., di estrarre copia della produzione documentale avversa (così da poterla poi riversare nel fascicolo di appello)<sup>(14)</sup>; e dall'altro lato – riprendendo un suggerimento già formulato da Cass., sez. un., n. 28498/2005, la quale in effetti proprio sotto questo profilo, della salvaguardia del principio di non dispersione della prova documentale, risulta aver esplicitamente ispirato gli interventi (ricordati al § 3.) in tema di opposizione a decreto ingiuntivo e di opposizione allo stato passivo – nell'imposizione, a carico della parte che nel corso del processo voglia ritirare il proprio fascicolo ai sensi dell'art. 169 c.p.c. e dell'art. 77 disp. att. c.p.c., dell'onere di depositare copia (destinata evidentemente ad essere inserita nel fascicolo di ufficio) dei documenti probatori in esso presenti.

Tuttavia non è detto che sia sempre esercitato il potere di cui all'art. 76 disp. att. c.p.c., in realtà contemplato (in alternativa all'esame in cancelleria) per facilitare lo studio dei fascicoli e non già come onere per ovviare all'eventuale ritiro dei documenti altrui (tanto da essere previsto anche per il contenuto del fascicolo di ufficio). Mentre l'ordine di depositare copia dei documenti al momento del ritiro del fascicolo di parte, oltre a non essere previsto (e tantomeno imposto) dalla legge, comunque non può essere disposto se il ritiro non avvenga nel corso del giudizio ma solo dopo la pubblicazione della sentenza definitiva.

Meramente accidentale, poi, è l'evenienza – per il vero già considerata come risolutiva in un inciso di Cass., sez. un., n. 3033/2013 (pure con la precisazione che la riproduzione in un atto di parte sarebbe risultata utile se pacifica) – in cui il contenuto del «documento prodotto in formato cartaceo non rinvenibile nei fascicoli di parte ... sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo». Non è detto, infatti, che questo contenuto sia riprodotto testualmente, o comunque in maniera sufficientemente circostanziata, ed integralmente, o almeno nelle parti rilevanti in relazione ai motivi di appello ovvero alle domande ed eccezioni riproposte.

---

(14) Cfr. già S. Chiarloni, *op. loc. cit.*

Alla discrezionalità del giudice di appello appare invece rimesso l'ordine, rivolto alla parte che non abbia ridepositato documenti già presenti nel proprio fascicolo di primo grado, di produrli nuovamente, con la conseguente possibilità di valutare la mancata esibizione, senza giustificato motivo, come comportamento contrario al dovere di lealtà e probità. Si tratta peraltro di soluzione che per un verso viene giustificata con il richiamo ad una previsione, quella dell'art. 123-*bis* disp. att. c.p.c., dettata (solo) per l'ipotesi di impugnazione di sentenza non definitiva; e da cui per altro verso, in caso di mancata ottemperanza, potrebbe scaturire, per il tramite dell'art. 116 c.p.c., un risultato non pienamente corrispondente all'acquisizione del documento sottratto.

Più efficace – ma comunque subordinata alla tempestiva e diligente, nonché forse non (o almeno non sempre) semplice, osservanza di un onere a carico della parte, che abbia necessità di sottoporre al giudice di appello un documento presente in primo grado nel fascicolo cartaceo altrui, del quale non abbia copia e di cui però conosca il contenuto – sembrerebbe sotto questo profilo l'ultima delle soluzioni prospettate, praticabile però solo qualora la parte interessata abbia compiuto «nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione una puntuale allegazione del documento cartaceo prodotto in primo grado (e dunque del relativo fatto secondario dedotto in funzione di prova), del quale invochi il riesame in sede di gravame»: in questo caso, affermano le Sezioni Unite, la controparte che ometta di ridepositare il documento in appello subirà le conseguenze «di tale comportamento processuale», potendo allora «il giudice ... ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini specificamente allegati nell'atto difensivo». Non viene chiarito, peraltro, quale sia il fondamento positivo di questo risultato, di raggiunta prova del contenuto (per come tempestivamente e puntualmente allegato dalla controparte) del documento non ridepositato in appello dalla parte che lo aveva prodotto in primo grado: e forse della sua tenuta (anche alla luce di quanto disposto dell'art. 115 c.p.c. in punto di non contestazione) potrebbe dubitarsi almeno nell'ipotesi in cui quest'ultima resti contumace.

6. – Nella vicenda, da cui scaturì l'arresto di Cass., sez. un., n. 28498/2005, una curatela fallimentare aveva agito per la revoca di pagamenti avvenuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento. La domanda veniva accolta dal tribunale, traendo in via presuntiva la prova della conoscenza dello stato di decozione dall'esistenza di pignoramenti e di protesti, documentati dall'attore e di cui la sentenza riferiva l'andamento nonché, quanto ai secondi, la pubblicazione nel relativo bollettino.

Proposto appello dal convenuto, che senza mettere in discussione i fatti secondari come riportati nella sentenza di primo grado sosteneva tuttavia che dagli stessi (ed in particolare dalla circostanza che l'ultimo protesto risultava levato molto tempo prima dell'inizio dei rapporti commerciali con la società poi fallita e dei conseguenti pagamenti oggetto di revocatoria) si sarebbe dovuto inferire piuttosto l'avvenuto superamento di una situazione di transitoria illiquidità, la corte di appello accoglieva *de plano* il gravame nella contumacia dell'appellato, ritenendo in mancanza del suo fascicolo di primo grado (nel quale soltanto era inserita la documentazione relativa ai protesti e ai pignoramenti) di non poter neppure procedere alla verifica della «significatività» degli indici (già valorizzati dal tribunale) dello stato di insolvenza, della cui prova la curatela attrice avrebbe continuato ad essere onerata.

Secondo le Sezioni Unite del 2005, invece, in applicazione del principio e del suo corollario ricordati nel § 1, nella persistente indisponibilità dei documenti posti a base tanto della sentenza di primo grado quanto della critica al ragionamento presuntivo da essa seguito, l'appello avrebbe dovuto essere senz'altro rigettato, non avendo l'appellante fornito la dimostrazione della fondatezza delle censure mosse alla soluzione raggiunta dal tribunale.

Alla luce del nuovo intervento, qui annotato, delle Sezioni Unite, fermi il principio e il corollario, l'esito sarebbe dovuto essere probabilmente diverso, in qualche misura intermedio, in quanto l'andamento dei pignoramenti e dei protesti era stato riportato dalla sentenza di primo grado e comunque riferito nell'atto di appello (senza provocare il deposito dei relativi documenti della curatela appellata, rimasta contumace): dunque gli elementi indiziari, risultanti dai documenti prodotti solo in primo grado, si sarebbero dovuti ritenere stabilmente acquisiti alla cognizione del giudice e perciò suscettibili di nuovo apprezzamento alla luce dei motivi di impugnazione formulati dal convenuto appellante alle deduzioni logiche operate dal tribunale.

7. – Si tratta senza dubbio di un'evoluzione da salutare con favore, che però lascia aperta la questione di fondo, che tocca l'individuazione dell'oggetto e della struttura del giudizio di appello e a seguire la correttezza del principio e del corollario affermati dal 2005.

Invero, per restare alla medesima fattispecie appena considerata, conseguita la produzione dei documenti (da cui risultano i fatti secondari) rilevanti per la dimostrazione in via presuntiva della *scientia decoctionis* o comunque dato per acquisito il loro contenuto, è davvero corretto far

ricadere sul convenuto appellante l'onere della prova e così il rischio di soccombenza qualora al momento della decisione agli occhi del giudice di appello residui incertezza circa quel fatto costitutivo della cui prova in primo grado era onerata controparte in applicazione della regola di riparto dell'art. 2697 c.c. sol perché ritenuto esistente della sentenza appellata?

Come pure è davvero corretto, in questo caso, rigettare senz'altro l'appello qualora invece, nonostante tutto, non si riesca a conseguire la produzione di quei documenti e neppure si possa darne per acquisito il contenuto?

7.1. – Sono, questi, esiti congeniali a ricostruzioni che – attribuendo all'appello la medesima struttura rescindente del ricorso per cassazione – individuano nella sentenza di primo grado l'oggetto immediato del giudizio di appello, sicché la nuova decisione sul diritto fatto valere con la domanda originaria e la sostituzione della decisione di primo grado potrebbero aversi solo all'esito della positiva verifica di fondatezza dei motivi di impugnazione e della conseguente rescissione della sentenza impugnata<sup>(15)</sup>.

Tuttora, però, non pare questa la ricostruzione preferibile alla luce del dato normativo<sup>(16)</sup>, da cui – come pure in altre occasioni evidenziato<sup>(17)</sup> –

<sup>(15)</sup> Si tratta, in particolare, della ricostruzione prospettata da R. Poli, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova 2002, *passim*, e poi, tra gli altri scritti apparsi in questa *Rivista*, *L'oggetto del giudizio di appello*, cit., 1398 ss.; Id., *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, 2010, 48 ss.; Id., *Appello come revisio prioris instantiae*, cit., 1186 ss.; Id., *La evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, 2017, 128 ss.; Id., *La specificità dei motivi di appello rimessa al vaglio delle Sezioni unite*, 2017, 1166 ss.

<sup>(16)</sup> A ben vedere ancora di recente le stesse Sezioni Unite, nell'escludere che la modifica dell'art. 342 c.p.c. intervenuta nel 2012 abbia imposto all'appellante di prospettare un progetto alternativo di sentenza, hanno sottolineato che «L'appello è rimasto una *revisio prioris instantiae*; e i giudici di secondo grado sono chiamati in tale sede ad esercitare tutti i poteri tipici di un giudizio di merito, se del caso svolgendo la necessaria attività istruttoria, senza trasformare l'appello in una sorta di anticipato ricorso per cassazione. La diversità tra il giudizio di appello e quello di legittimità va fermamente ribadita proprio alla luce della portata complessiva della riforma legislativa del 2012 (...)» (Cass., sez. un., n. 27199/2017, cit., § 5.1.).

Viceversa, la pronuncia in commento, nel cassare la sentenza impugnata, rimprovera alla corte di appello di aver «ritenuto che oggetto dell'impugnazione fosse la domanda giudiziale proposta dagli attori, vittoriosi in primo grado, e non le censure formulate dalla soccombente», così trascurando la «presunzione di legittimità» della sentenza di primo grado, che «non può dirsi superata dalla mancata allegazione del fascicolo delle parti appellate», contenente i «documenti posti a fondamento della decisione del tribunale»: in questo modo, le Sezioni Unite sembrano superare un'incoerenza di Cass., sez. un., n. 28498/2005, cit., che aveva addossato sull'appellante l'onere della prova dei motivi di impugnazione pur riconoscendo «la (...) funzione sostitutiva» del giudizio di appello e dunque che i

si desume piuttosto che l'appello (specie se proposto per motivi di merito) continua ad essere espressione dello schema teorico del gravame, non degli atti di impugnazione; che il suo oggetto continua ad essere il rapporto sostanziale controverso in primo grado devoluto al giudice superiore attraverso i motivi specifici di impugnazione; che questi (a differenza dei motivi di ricorso per cassazione) non costituiscono l'oggetto del giudizio, ma sono solo il mezzo tramite il quale si individuano la parte del rapporto sostanziale controverso in primo grado devoluta al giudice superiore (sulla quale cioè questi dovrà pronunciarsi di nuovo), nonché le questioni (di fatto e di diritto) tramite il cui riesame il giudice di appello potrà e dovrà conoscere *ex novo* del rapporto sostanziale; che dunque la limitazione della cognizione del giudice di appello, il cui sguardo viene rinchiuso dalla griglia delle censure mosse alla sentenza impugnata, non significa che questa vada identificata (neppure in prima battuta) come oggetto del giudizio di secondo grado.

In questo senso cospirano:

– la disciplina della citazione di appello: l'art. 342 c.p.c. (anche dopo la più recente novellazione ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) affianca ai motivi di impugnazione «le indicazioni prescritte dall'art. 163», senza esclusione alcuna. A meno di non voler procedere a letture correttive, questo significa che la legge esclude la qualificazione dei motivi di appello come «ragioni della domanda» (art. 163, n. 4, c.p.c.) e suggerisce piuttosto che nella citazione di appello deve essere svolta la medesima richiesta di tutela sottoposta al primo giudice; ovvero una ad essa speculare, qualora ad appellare sia il convenuto. La replica, per la quale «nessuno dubita che oggetto (almeno) indiretto del giudizio di appello, come del giudizio di cassazione sia il rapporto giuridico controverso»<sup>(18)</sup>, mi sembra peccare per ingiustificata svalutazione del dato positivo: l'art. 366 c.p.c. non richiama neppure in parte l'art. 163; e viceversa richiede l'indicazione dei motivi, «per i quali si chiede la cassazione», così chiarendo qual è il *petitum* e quali sono le *causae petendi* del giudizio di legittimità.

---

capi della sentenza di primo grado specificamente censurati sono «destinati ad essere confermati o riformati, ma comunque sostituiti dalla sentenza di appello che non è impugnazione rescindente come il ricorso per cassazione (l'avvicinamento alla struttura del quale è solo parziale)»; e però prospettano una struttura del giudizio di appello che non appare rispecchiare il dato normativo.

<sup>(17)</sup> G. Balena, R. Oriani, A. Proto Pisani, N. Rascio, *Oggetto del giudizio di appello*, cit., *passim*; N. Rascio, *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Studi in onore di Vittorio Colestanti*, Napoli 2009, II, 997 ss.

<sup>(18)</sup> R. Poli, *L'oggetto del giudizio di appello*, cit., 1402.

Aggiungo che i requisiti di contenuto-forma della citazione di primo grado, in particolare quelli relativi alla *editio actionis*, non sono oggetto di menzione neppure nell'art. 398 c.p.c. (revocazione) e nell'art. 828 c.p.c. (impugnazione per nullità del lodo). Mentre lo sono – ma, direi, non si tratta di circostanza da cui possano trarsi argomenti contrari – nell'art. 405 c.p.c. (opposizione di terzo);

– la disciplina della decisione. In più luoghi il codice di rito individua l'accoglimento del ricorso e la cassazione della sentenza quali pronunce conseguenti alla positiva verifica della fondatezza dei motivi nel giudizio di legittimità, nel rigetto del ricorso e nel passaggio in giudicato della sentenza impugnata la conseguenza dell'infondatezza dei motivi (cfr. gli artt. 382, commi 2 e 3; 383; 384, comma 2; 391-*bis*, commi 5 e 6, c.p.c.). Come pure il codice isola «la sentenza che pronuncia la revocazione» (art. 402 c.p.c.) e quella con cui la corte di appello, «se accoglie» l'impugnazione, «dichiara (...) la nullità del lodo» (art. 830 c.p.c.). La circostanza, che in queste ipotesi sia altresì consentita – talora solo a certe condizioni – una nuova decisione nel merito della controversia da parte del medesimo giudice che ha cassato, revocato o dichiarato la nullità (artt. 384, comma 2; 402; 830, comma 2, c.p.c.), non va sopravvalutata, né basta ad eliminare la differenza con il giudizio di appello. Ed infatti il legislatore – eccezion fatta per le ipotesi, espressamente individuate nell'art. 354 c.p.c., in cui va disposta la rimessione della causa al primo giudice – non detta una specifica disciplina della decisione in appello, né pone l'accoglimento o il rigetto del gravame come conseguenza della fondatezza o dell'infondatezza dei motivi. Semmai, attraverso l'art. 359 c.p.c. (e l'art. 356, comma 1, c.p.c.), richiama senz'altro i precedenti artt. 275 ss. c.p.c., in cui si consente la pronuncia della condanna generica e provvisoria (art. 278 c.p.c.); si prevede la definizione del giudizio per decisione totale sul merito ovvero per decisione su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, come pure l'emissione di sentenze non definitive (art. 279 c.p.c.); e soprattutto si impone al giudice di «decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni» (art. 277 c.p.c.);

– l'art. 393 c.p.c., per il quale l'estinzione del giudizio di rinvio coinvolge l'intero processo (e non comporta invece il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado): si tratta di una conseguenza che presuppone l'efficacia comunque sostitutiva della sentenza di appello. Che invece, in presenza di un'impugnazione rescindente, non dovrebbe prodursi in caso di rigetto dei motivi di impugnazione: con conseguente incongruità (anche sul piano dell'economia) della disciplina di legge. Non diversamente dagli artt. 395 e 396 c.p.c. si ricava che se, dopo la decisione in appello,

una prova viene dichiarata o riconosciuta falsa ovvero viene scoperto un documento decisivo, la revocazione straordinaria andrà proposta contro la sentenza di secondo grado, indipendentemente dall'esito che aveva avuto il giudizio di impugnazione.

7.2. – In definitiva, riprendendo l'elastica ricostruzione proposta da Nigro<sup>(19)</sup>, se pure oggi ha assunto alcune caratteristiche strutturali di tipo «impugnatorio», l'appello continua a far parte della categoria dei rimedi sostitutori, aventi come funzione immediata l'emanazione di un nuovo provvedimento di merito in luogo del precedente, e non, come invece i rimedi eliminatori, la rescissione della sentenza impugnata: il che poi vuol dire che l'esame diretto, da parte del giudice di appello, dei «materiali» già sottoposti al primo giudice è sì delimitato dai motivi di impugnazione (ritualmente) proposti, ma non è condizionato dalla preventiva verifica della loro fondatezza (bensì solo dalla loro ammissibilità), né tanto meno presuppone la rescissione della sentenza impugnata.

Da quanto precede dovrebbe allora coerentemente derivare, ad avviso (non solo) di chi scrive<sup>(20)</sup>, che una volta devoluto in tutto o in parte, tramite uno o più (validi) motivi di impugnazione relativi a questioni di fatto, il rapporto sostanziale controverso in primo grado al giudice d'appello, questi dovrà, per ciò solo (vale a dire, indipendentemente dalla fondatezza delle censure mosse), conoscere *ex novo* delle questioni di fatto individuate tramite i predetti motivi: e di esse conoscerà in modo identico al giudice di primo grado facendo uso del suo prudente apprezzamento nonché della regola fondata sull'onere della prova *ex art. 2697 c.c.*, regola che rimane intatta.

NICOLA RASCIO

*Professore ordinario nell'Università degli Studi di Napoli Federico II*

---

<sup>(19)</sup> M. Nigro, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano 1960, spec. 132 ss.

<sup>(20)</sup> V. ancora G. Balena, R. Oriani, A. Proto Pisani, N. Rascio, *Oggetto del giudizio di appello*, cit., *passim*.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. III civ., ordinanza 12 luglio 2023,  
n. 19865

F.F. c. Fino 2 Securitisation s.r.l. e Unicredit S.p.A.

*In tema di azione revocatoria, qualora la parte attrice ceda il proprio credito durante la pendenza del processo, il cessionario può intervenire nel processo ai sensi dell'art. 111 c.p.c. quale successore nel diritto affermato in giudizio, poiché con la domanda ex art. 2901 c.c. si esplica la facoltà del creditore – che costituisce contenuto proprio del suo diritto di credito (presupposto e riferimento ultimo dell'azione esercitata) – di soddisfarsi su un determinato bene nel patrimonio del debitore (massima non ufficiale).*

(Omissis) 3. – La questione posta con il primo motivo – ossia se il cessionario del credito in relazione al quale è stata proposta la azione revocatoria possa o meno essere considerato successore a titolo particolare, ai sensi dell'art. 111 cod. proc. civ., nel diritto controverso – è stata già affrontata e risolta da questa Corte.

Non ignora il Collegio che sulla questione questa Corte si è pronunciata con la sentenza n. 29637 del 2017, richiamata dal ricorrente a sostegno del motivo di ricorso, ma il principio da essa enunciato deve ormai ritenersi superato da altra più recente sentenza che ha affermato che «il cessionario di un credito beneficia *ope legis*, in conseguenza della cessione, degli effetti dell'azione pauliana vittoriosamente esperita dal cedente» (Cass., sez. 3, 22/06/2022, n. 20315).

A siffatto approdo questa Corte è pervenuta sulla base della considerazione che, dal momento che anche l'*actio pauliana* ha la funzione di evitare la dispersione della garanzia patrimoniale ed il cessionario di un credito non è men creditore di quanto lo fosse il cedente, se si negasse al cessionario di avvalersi degli effetti della relativa domanda proposta dal suo dante causa, assumendo che la legittimazione resti in capo a quest'ultimo, si perverrebbe al risultato paradossale secondo cui il cedente, siccome non più titolare del credito tutelato, non potrebbe beneficiare degli effetti della declaratoria di inefficacia dell'atto dispositivo, mentre il cessionario acquisterebbe un credito privo della garanzia perseguita con l'esercizio della revocatoria.

In altri termini, l'interpretazione propugnata dalla ricorrente avrebbe l'effetto di vanificare l'attività processuale svolta dal creditore cedente, dovendosi tenere conto che un atto in frode del creditore non cessa solo in dipendenza della circolazione del credito tutelato.

Sull'argomento questa Corte è ritornata anche più recentemente (Cass., sez. 3, 23/02/2023, n. 5649), ulteriormente precisando che «non è possibile configurare un diritto alla declaratoria di inefficacia dell'atto come suscettibile di autonoma considerazione, agli effetti dell'art. 111 cod. proc. civ., rispetto al diritto di credito cui l'azione revocatoria accede quale strumento finalizzato alla conservazione della garanzia patrimoniale di cui tale diritto gode ex art. 2740 cod. civ. Chi agisce in revocatoria non fa valere un diritto diverso dal diritto di credito, ma propone un'azione a tutela dello stesso. La limitata funzione meramente conservativa della garanzia patrimoniale fa sì che, come detto, l'accertamento giudiziale del credito non costituisca presupposto, né oggetto dell'azione revocatoria; ciò nondimeno la titolarità di un diritto di credito, anche *sub iudice*, costituisce pur sempre condizione dell'azione revocatoria, sotto il profilo della *legitimatio ad causam* dell'attore (Cass. n. 12975 del 30/06/2020; Cass., sez. 2, 04/11/2004, n. 21110). Ciò comporta che le vicende relative al credito vantato non rimangono prive di riflessi sull'azione revocatoria...».

Si è, quindi, chiarito 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» e che «oggetto della successione, quale fenomeno processuale regolato dall'art. 111 cod. proc. civ., non è propriamente o comunque non necessariamente una successione nel diritto sostanziale ma una successione nel diritto "affermato" in giudizio e, in tal senso, una successione nella qualità di parte»; spiegando, quindi, che «quando si controverte sul fondamento e l'accoglibilità 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, esigibilità e liquidità del credito stesso); il fatto però che lo si faccia con finalità meramente conservativa della garanzia patrimoniale non esclude che sia pur sempre il credito (affermato) il presupposto e il riferimento ultimo della tutela richiesta; 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».

Alla stregua dei superiori principi, ai quali si intende dare continuità, il primo motivo è da rigettare, dovendosi ribadire che, in tema di azione revocatoria, qualora la parte attrice ceda il proprio credito durante la controversia, il cessionario può intervenire nel processo ai sensi dell'art. 111 c.p.c. quale successore nel diritto affermato in giudizio, poiché con la domanda *ex art. 2901 c.c.* si esplica la facoltà del creditore – che costituisce contenuto proprio del suo diritto di credito (presupposto e riferimento ultimo dell'azione esercitata) – di soddisfarsi su un determinato bene nel patrimonio del debitore. (*Omissis*)

### **Azione revocatoria e successione nel diritto controverso**

1. – L'ordinanza in commento della sez. III della S.C. affronta, con un taglio, come si vedrà, originale, la questione relativa alla sorte del processo avente ad oggetto un'azione revocatoria ordinaria (proposta in via subordinata ad una domanda di simulazione), nel caso in cui, durante la pendenza della stessa, il diritto di credito (alla cui tutela è diretta l'azione promossa in giudizio) venga alienato a terzi.

Si tratta di un evento piuttosto frequente, se si considera il magmatico fenomeno della cartolarizzazione dei crediti delle banche, che consente a queste ultime (attraverso una peculiare operazione di cessione in massa dei crediti) di sgravare i propri bilanci degli impieghi, trasferendo ad un veicolo (di cartolarizzazione) i propri *pacchetti* di crediti deteriorati e non.

Nel caso giunto all'esame della S.C., la banca creditrice (Unicredit) aveva agito in giudizio contro due propri debitori (principale e fideiussore) per accertare (come spesso accade), in principalità, la simulazione e, in subordine, l'inefficacia ai sensi dell'art. 2901 c.c., di una compravendita immobiliare. Il Tribunale catanese accoglieva la domanda subordinata con sentenza che veniva appellata dagli originari convenuti. Durante il giudizio

di gravame si costituiva in giudizio tale Fino 2 Securitisation s.r.l., quale cessionaria *in massa* del credito già vantato da Unicredit. La Corte d'Appello confermava la sentenza di primo grado, con pronuncia che, a sua volta, veniva gravata per cassazione con ricorso affidato a due motivi.

Con il primo, si censurava l'omessa dichiarazione di inammissibilità della costituzione del cessionario del credito, in quanto non qualificabile quale successore nel diritto controverso, essendo quest'ultimo il diritto «all'inefficacia dell'atto che si assume pregiudizievole e non anche il diritto di credito», con la precisazione che, in assenza di diversa pattuizione, il cessionario non subentrerebbe automaticamente nel diritto controverso.

Con il secondo motivo, i convenuti originari evidenziavano che per effetto della cessione *pro soluto*, Unicredit aveva perso l'interesse ad agire e contraddire, con conseguente necessità di dichiarare cessata la materia del contendere.

La Corte coglie quindi l'occasione per affrontare di petto la questione posta dal primo motivo, ovvero se vi sia o meno successione nel diritto controverso in caso di cessione del credito, pendente l'azione revocatoria.

2. – La prima osservazione della Corte muove da un recente precedente – Cass. n. 20315/2022 <sup>(1)</sup> – che aveva affermato, quale principio di diritto, che «il cessionario beneficia *ope legis*, in conseguenza della cessione, degli effetti dell'azione *pauliana* vittoriosamente esperita dal cedente». Nel caso di specie, la Corte aveva confermato il rigetto di un'opposizione *ex art.* 615 c.p.c. promossa contro un'azione esecutiva avviata dal cessionario sul bene oggetto della sentenza revocatoria (quando, peraltro, secondo quanto è dato comprendere, quest'ultima non era nemmeno passata in giudicato). Nonostante la decisione del 2022 enucleasse diverse ragioni (ne vengono enumerate sette) a fondamento del suddetto principio, la sentenza in commento si concentra su un tipico *inconveniens*: se l'*actio pauliana* ha la funzione di evitare il pregiudizio alla garanzia patrimoniale e il cessionario «non è men creditore di quanto lo fosse il cedente», negare al primo gli effetti della domanda proposta dal secondo condurrebbe al risultato paradossale per il quale il cedente (in quanto non più titolare del

---

(1) Cass., sez. III, 23 giugno 2022, n. 20315, pubblicata ad esempio in *Giur. it.* 2023, 1579, con nota adesiva di F. Tritone, *Azione revocatoria ordinaria, cessione del credito e concorso del cessionario nell'esecuzione contro il terzo acquirente*. V. anche la nota di L. Conte, *Riflessioni sull'efficacia ultra partes della sentenza revocatoria in favore del cessionario del credito*, in *Ius proc. civ.* 2022, consultato in *DeJure*. Si veda anche la recente Cass., sez. III, 29 agosto 2023, n. 25424.

diritto) non potrebbe beneficiare della pronuncia, mentre il cessionario acquisterebbe un diritto privo della garanzia (*recte*, della possibilità di soddisfarsi su beni di terzi) perseguita con la revocatoria.

Al contempo, la pronuncia in esame si muove sul piano più sistematico della distinzione tra oggetto del giudizio e oggetto della tutela, richiamando la ancora più recente decisione Cass., sez. III, 23 febbraio 2023, n. 5649, che aveva contestato la sussistenza di un diritto alla declaratoria di inefficacia dell'atto autonomo rispetto al diritto di credito «cui l'azione revocatoria accede quale strumento finalizzato alla conservazione della garanzia patrimoniale di cui tale diritto gode *ex art.* 2740 cod. civ.». Chiosa la decisione in commento, «chi agisce in revocatoria non fa valere un diritto diverso dal diritto di credito, ma propone un'azione a tutela dello stesso». Ancora, il diritto di credito – seppur non oggetto dell'azione revocatoria – svolge funzione legittimante, e le vicende relative si rifletterebbero anche sull'azione.

La cessione del credito realizzerebbe quindi un fenomeno di successione nel diritto legittimante l'azione revocatoria, «dalla sostanza e dagli effetti del tutto analoghi a quelli che ha ogni ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso», precisandosi che la successione *ex art.* 111 c.p.c. riguarda, non tanto il diritto sostanziale, ma un «diritto “affermato” in giudizio e, in tal senso, una successione nella qualità di parte». Ancora, anche nella revocatoria si controverterebbe pur sempre sul credito affermato, non certo ai fini di accertamento e di condanna, ma con finalità conservativa della garanzia patrimoniale: «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».

La conclusione è che in caso di cessione del credito durante la litispendenza, il cessionario può intervenire *ex art.* 111 c.p.c. «poiché con la domanda *ex art.* 2901 c.c. si esplica la facoltà del creditore – che costituisce contenuto proprio del suo diritto di credito (presupposto e riferimento ultimo dell'azione esercitata) – di soddisfarsi su un determinato bene nel patrimonio del debitore».

Il principio di diritto, lo si anticipa, appare a chi scrive sostanzialmente corretto nel ritenere applicabile (non si comprende, se analogicamente o direttamente) l'art. 111 c.p.c. alla vicenda *de quo*: al di là di ciò, è comunque opportuno vagliare le ragioni poste a fondamento della pronuncia, a confronto con gli *iter* decisorii di altri arresti (oltre che con le posizioni della dottrina); ne emerge infatti, già in controluce, una peculiare ricostruzione dei rapporti tra diritto sostanziale e processo, con particolare riguar-

do all'azione revocatoria – azione a tutela del credito – che, è intuitivo, si discosta dall'usuale schema dell'azione avente ad oggetto un diritto soggettivo (di natura reale o di credito) che porta all'immediato riconoscimento (quanto meno tramite sentenza definitiva di un giudizio di cognizione) di un bene della vita.

Al di là della natura costitutiva<sup>(2)</sup> dell'azione revocatoria, il fruttuoso esperimento della stessa non porta infatti ancora al riconoscimento che si ha diritto ad una prestazione o al godimento di un bene<sup>(3)</sup>, ma prepara il

<sup>(2)</sup> Affermata ad esempio da M. De Cristofaro, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2016, 431 ss., spec. 431, v. anche C. Consolo, *Oscillazioni 'operazionali' sul litisconsorzio necessario da incertezza sulle fattispecie rilevanti (che può riguardare anche l'azione revocatoria)*, in *Giur. it.* 2000, 2282 ss. spec. 2283. Sul tema, da ultimo ampiamente, M. Cirulli, *Profili processuali dell'azione revocatoria*, Pisa 2020, 5 ss. In senso contrario, di recente, I. Pagni, *La natura dell'azione revocatoria*, in *Corriere giur.* 2021, 821 ss., spec. 828 s.: l'attore in revocatoria agirebbe in accertamento negativo del potere del debitore di disposizione in pregiudizio del creditore, cioè del potere di sottrarre il diritto alienato all'azione esecutiva; l'azione sarebbe necessaria, quale diritto potestativo presente nella fattispecie costitutiva dell'effetto, perché il fatto (alla base dell'azione) produca i suoi effetti (come qualsiasi eccezione in senso stretto). In altre parole, l'art. 2901 c.c. stabilirebbe le condizioni alle quali un determinato atto è privo di effetti rispetto al creditore e la sentenza accerterebbe quindi se l'atto sia privo *ab origine* degli effetti nei confronti del creditore.

La tesi, certamente suggestiva, non può qui essere diffusamente contrastata: si sono del resto già espresse altrove (S.A. Villata, *Impugnazione di deliberazione assembleare e cosa giudicata*, Milano 2006, 233 ss.) le ragioni di dissenso rispetto alle generali tesi dell'autrice (I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, *passim*). Rimane la sensazione di una ricostruzione raffinata, ma in parte artificiosa e difficoltosa nella parte ad esempio in cui cerca di catturare l'ipotesi in cui, proposta l'azione (e liberato l'effetto «revocatorio»), il processo si estingua (travolgendo quello stesso effetto liberato); effetto quindi che, al fondo, si produce soltanto se c'è un processo e in conseguenza di una sentenza; effetto tra l'altro che le parti non potrebbero nemmeno produrre con gli strumenti di autonomia privata (salvo immaginare la validità di una preventiva rinuncia al potere di opposizione *ex art.* 619 c.p.c. e l'impossibilità per il giudice dell'esecuzione di rilevare d'ufficio, anche se emergente *ex actis* – come ad esempio dalle risultanze dei registri immobiliari, al momento della determinazione dell'oggetto della vendita forzata – v. al riguardo, R. Metafora, *L'opposizione di terzo all'esecuzione*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli 2012, 39 testo e nt. 57 – l'alterità del bene espropriato rispetto al debitore o comunque la carenza delle condizioni previste dall'art. 2910 c.c. e dall'art. 602 c.p.c. per l'espropriazione di un bene di terzi; si veda però al riguardo, Cass., sez. III, 26 maggio 2014, n. 11638 che, correttamente, afferma spettare al giudice dell'esecuzione verificare, d'ufficio, la titolarità, in capo al debitore esecutato, del diritto reale pignorato sul bene immobile, mediante l'esame della documentazione depositata dal creditore precedente ovvero integrata per ordine dello stesso giudice ai sensi dell'art. 567 c.p.c., dalla quale deve risultare la trascrizione di un titolo di acquisto in suo favore).

<sup>(3)</sup> La revocatoria non procura al creditore *quod sibi debetur*: così M. Cirulli, *Profili processuali*, cit., 66 che evidenzia come la revocatoria è soltanto strumentale alla futura soddisfazione del credito e che la situazione giuridica offesa non è direttamente il credito, ma la garanzia patrimoniale, strumentale alla soddisfazione del diritto.

terreno (con finalità conservative) per l'esecuzione forzata (se consentita dalla sussistenza o sopravvenienza di un titolo esecutivo nei confronti del debitore, secondo la S.C., passato in giudicato<sup>(4)</sup>) sui beni del terzo, al fine di ottenere, in quella sede, tramite il processo espropriativo, proprio l'utilità garantita dall'ordinamento (ovvero l'adempimento coattivo, tramite la distribuzione delle somme di danaro ricavate dalla vendita forzata, della prestazione oggetto dell'obbligazione).

Il diritto di credito svolge, nel contesto della revocatoria, funzione certamente legittimante, ma non è esso stesso oggetto del processo (inteso come *Streitgegenstand*) e della sentenza: ciò che traspare dall'analisi della decisione in commento è un ruolo ancillare dell'azione revocatoria che – impregiudicata qui ogni considerazione sull'oggetto del giudizio – è uno strumento di tutela (un *rimedio* per usare espressione con assonanze ad altri ordinamenti) del credito.

Ciò che emerge quindi dall'argomentare della S.C. non è tanto la confusione tra «oggetto del processo e fattispecie costitutiva della situazione soggettiva ivi dedotta»<sup>(5)</sup>, ma la distinzione tra situazione soggettiva oggetto del processo e situazione oggetto della tutela: usualmente, per la peculiare struttura dichiarativa del nostro processo (e per il generalizzato potere di azione riconosciuto con riguardo ad ogni diritto soggettivo), vi è coincidenza tra le due situazioni; ma vi sono ipotesi in cui l'ordinamento attribuisce peculiari strumenti di tutela (nella forma del processo dichiarativo) a situazioni soggettive che restano fuori dall'oggetto del processo. Oggetto della tutela e oggetto del processo non sempre coincidono e

---

<sup>(4)</sup> V., ad esempio, Cass., sez. III, 7 maggio 2014, n. 9855: «anche il titolare di credito eventuale - ed in particolare di credito soggetto ad accertamento giudiziale - è legittimato a cautelare la sua posizione mediante l'esercizio dell'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c.; fermo restando che l'eventuale sentenza dichiarativa dell'inefficacia non potrà essere portata ad esecuzione finché l'esistenza del credito non sia concretamente accertata», nonché, più di recente, App. Milano, sez. IV, 10 gennaio 2024, in *DeJure*. Fermo restando che, secondo Cass., sez. II, 14 giugno 2023, n. 16936, il giudicato formatosi nella controversia tra creditore e debitore, avente ad oggetto l'accertamento dell'entità della somma dovuta, non è opponibile all'acquirente dei beni del debitore contro il quale sia stata proposta dal creditore azione revocatoria a cautela del credito stesso, avendo il convenuto in revocatoria interesse a richiedere un'autonoma pronuncia sull'importo di quel credito, allo scopo di ottenere che l'atto di disposizione patrimoniale, effettuato dal debitore in suo favore, sia dichiarato inefficace solo entro i limiti dell'effettiva somma così riconosciuta (così anche Cass., sez. VI, 14 maggio 2014, n. 10399).

<sup>(5)</sup> Così invece, seppur in relazione alla citata Cass., sez. III, 23 febbraio 2023, n. 5649, M. Rendina, *Potere «revocatorio» e cessione del credito*, in questa *Rivista* 2024, 132 ss., spec. 142, nt. 18.

l'oggetto della tutela (il credito) finisce per svolgere esclusivamente una funzione legittimante dell'azione.

3. – Il tema dell'applicazione dell'art. 111 c.p.c. all'azione revocatoria si interseca con la questione, altamente dibattuta, dell'interpretazione dell'art. 111 c.p.c. ed in particolare, della nozione di *diritto controverso*.

Non è certo questa la sede per ripercorrere *funditus* i termini completi del dibattito (cosa che esulerebbe certamente dai limiti del presente scritto).

In questa sede, appare utile concentrarsi esclusivamente sulla questione (anch'essa assai dibattuta) dell'applicazione dell'istituto in discussione alle azioni costitutive che sottendono un diritto potestativo o comunque alle azioni che hanno ad oggetto la dichiarazione di inefficacia (assoluta o relativa) di un negozio *inter alios* (inclusa l'azione di simulazione promossa dal creditore).

Se infatti non vi è dubbio che l'art. 111 c.p.c. trovi agevole applicazione con riguardo alla successione, durante il processo, in diritti reali o diritti di credito che siano posti ad oggetto del giudizio, la questione diventa assai dibattuta nell'ipotesi in cui vi sia trasferimento di una situazione giuridica diversa da quella (usualmente di natura potestativa ad esercizio giudiziale) dedotta in giudizio: il caso tipico, che emerge anche a livello di manualistica<sup>(6)</sup>, è quello dell'azione costitutiva (di natura personale) volta alla caducazione di un contratto (o alla costituzione di un nuovo rapporto giuridico *ex art. 2932 c.c.*) che riguarda un (diritto su un) bene, oggetto di trasferimento a terzi, usualmente da parte del convenuto, durante il giudizio.

Ci si chiede se in tali casi si applichi al terzo acquirente la disciplina di cui all'art. 111 c.p.c., con conseguente soggezione dello stesso agli effetti del giudicato (soggezione peraltro specificamente contemplata dalle norme sulla trascrizione delle domande giudiziali) e potere di intervento in giudizio e di impugnazione della sentenza pronunciata nei confronti del dante causa (ferma restando l'impossibilità di disporre l'estromissione).

Con riguardo a tale fattispecie è infatti agevole affermare che il terzo acquirente non è succeduto nella posizione del proprio dante causa (rispetto al rapporto giuridico contrattuale oggetto del – o comunque inciso dal – processo)<sup>(7)</sup>, sicché non si ha certamente successione nel diritto

---

<sup>(6)</sup> V. per tutti E. Merlin, *Elementi di diritto processuale civile. I – Parte generale*, Torino 2022, 296 ss.

<sup>(7)</sup> Che si ritenga che oggetto del giudizio sia il diritto potestativo ad esercizio giudi-

controverso, se inteso come diritto/rapporto oggetto del giudizio<sup>(8)</sup>. Il terzo ha piuttosto acquistato un diritto dipendente, ma diverso da quello controverso<sup>(9)</sup>. Non a caso, chi di recente si è occupato dell'istituto di cui all'art. 111 c.p.c. ha tentato (al fine di ricomprendere nell'ambito di applicazione anche i giudizi aventi ad oggetto azioni costitutive incidenti su rapporti) di ridefinire la nozione di *diritto controverso* come diritto che è *reso controverso dalla pendenza del processo* per ricomprendere non solo la situazione immediatamente oggetto del giudizio ma anche quelle che da essa dipendono in virtù di nessi di c.d. dipendenza civilistica<sup>(10)</sup>.

---

ziale ovvero il rapporto giuridico contrattuale, quale emergente all'esito della liberazione (prima della sentenza) dell'effetto modificativo frutto dell'esercizio di un potere attribuito alla parte, resta il fatto che l'avente causa (che abbia acquistato il diritto reale oggetto del contratto) non succede nella qualità di parte del contratto originario e neppure nella relazione potestativa sussistente tra le parti di questo (che dà luogo alla proposizione dell'azione costitutiva).

<sup>(8)</sup> In senso contrario all'applicazione dell'art. 111 c.p.c. alle azioni di impugnativa negoziale, v. già A. Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968, 21 ss., 41, 146 ss. e, più di recente, P. Widmann, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Trento 411 ss., 418 ss., 420 ss. sulla scorta della coincidenza tra diritto alienato, diritto controverso ex art. 111 c.p.c. e oggetto del giudizio e della funzione dell'istituto di prevenire un rigetto nel merito per il sopraggiunto trasferimento della *res controversa*, tale da dar luogo all'estinzione del diritto in ordine al quale è stata chiesta la tutela. Ancora, l'autrice osserva che va affermata non solo la coincidenza tra diritto alienato e diritto controverso, bensì pure l'identità dell'uno e dell'altro con l'oggetto del giudizio, nonché infine con la situazione giuridica la cui asserita titolarità fonda la *legittimatio ad causam*; il che, peraltro, a mio avviso, fa sì che la ricostruzione proposta non sia in grado di tener conto del fatto che vi sono ipotesi in cui la legittimazione non si misura sul piano dell'affermazione della situazione controversa, ma sull'effettiva esistenza di una situazione legittimante (nel nostro caso, il diritto di credito) che non rientra nell'oggetto del giudizio.

In senso contrario, si vedano le argomentate pagine di R. Vaccarella, *Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso*, in E. Gabrielli, F. Gazzoni (a cura di), *Trattato della trascrizione*, 2. *La trascrizione delle domande giudiziali*, Torino 2014, 347 ss., spec. 369 ss., 378 ss. (la disciplina dell'art. 111 c.p.c. si applica a chiunque, in corso di causa, si sia reso titolare di un diritto dipendente da quello del convenuto, che fa parte della relativa fattispecie costitutiva); 381 ss., 430.

<sup>(9)</sup> C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino 2023, 156.

<sup>(10)</sup> Ci si riferisce all'ampio studio di L. De Propriis, *La successione nel diritto controverso. Cessione del credito ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2023, 660 ss., 669 ss. In particolare, secondo l'autore il diritto controverso è reso tale in conseguenza del fatto che è chiesta in giudizio una forma di tutela in relazione ad una situazione soggettiva sostanziale, sicché l'oggetto del trasferimento potrebbe non coincidere con l'oggetto specifico del giudizio. Un diritto potrebbe ugualmente dirsi controverso «anche se esso risultasse coinvolto dalla tutela invocata nel processo in corso in virtù dei nessi di dipendenza sostanziale». Non ogni acquisto derivativo comporterebbe applicazione dell'art. 111 c.p.c.: occorrerebbe indagare quali siano le finalità della tutela invocata per determinare se e in quale misura il diritto dipendente trasferito sarebbe reso effettivamente controverso. Per chiarire, con un esempio (p. 682, nt. 2154), l'azione di rivendica non renderebbe contro-

A fronte di un tema ancora oggi aperto, non stupisce quindi che ancora nel 2017, proprio con riguardo alla *successione* nell'azione revocatoria dal lato attivo (a seguito della consueta operazione di cartolarizzazione), la Corte di cassazione<sup>(11)</sup> abbia annullato la sentenza del grado precedente e dichiarato l'inammissibilità dell'intervento in appello del cessionario: secondo la S.C., il diritto controverso sarebbe quello all'inefficacia dell'atto e non il diritto di credito, sicché il cessionario non subentrerebbe automaticamente nel diritto *controverso*, non trovando applicazione l'art. 111 c.p.c.; «detto in altri termini, la cessione del credito non ha trasferito il diritto all'inefficacia della vendita» (oggetto della domanda di simulazione e revocatoria).

Per vero, il caso di specie, come pure quello dell'azione di simulazione (seppur generalmente ricondotti) non sono del tutto sovrapponibili alla successione in diritti incisi da diritti potestativi.

Invero, nell'azione revocatoria l'accoglimento dell'azione (seppur tradizionalmente qualificata come costitutiva) non determina alcuna modificazione giuridica (neppure riflessa) in relazione al diritto di credito (che costituisce la situazione giuridica tutelata e al contempo legittimante, seppur non dedotta in giudizio); piuttosto, come noto, la sentenza revocatoria produce effetti innovativi di natura schiettamente *processuale*<sup>(12)</sup>: consente

---

verso solo il diritto affermato dall'attore ma anche ogni diritto incompatibile con quello invocato dall'attore che il convenuto possa trasferire o costituire in relazione alla cosa rivendicata. Ancora, (p. 698) il diritto di proprietà sarebbe reso *civilisticamente controverso* da azioni volte alla caducazione di un contratto ad effetti reali: la funzione della tutela apprestata da tali azioni consiste nell'eliminazione degli effetti del contratto traslativo.

Venendo all'azione revocatoria, l'autore ritiene che il diritto controverso sarebbe costituito proprio dal credito legittimante l'azione (così L. De Propris, *Successione nel credito litigioso in pendenza dell'azione revocatoria*, in *www.judicium.it*, § 4); senonché non si comprende, invero, come il diritto di credito possa essere configurato come situazione dipendente (o anche incompatibile) con quella dedotta nel giudizio revocatorio (azione concreta o potere revocatorio volto ad ottenere una sentenza che consenta l'aggressione esecutiva sui beni del terzo) che appare semmai dipendente dal diritto di credito (che è elemento della fattispecie costitutiva), a meno di non «scolorire» completamente la nozione di dipendenza per farvi rientrare, come parrebbe intendere infine l'autore, una «connessione giuridica tanto stringente e strutturale».

<sup>(11)</sup> Cass., sez. III, 12 dicembre 2017, n. 29637.

<sup>(12)</sup> Così sembrerebbe anche, seppur dubitativamente, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino 2023, 13 e 54 s. V. anche M. De Cristofaro, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2016, 431 ss., spec. 431 che evidenzia come l'unica prospettiva nella quale si possono apprezzare gli effetti della sentenza costitutiva di revoca è quella processuale. V. comunque anche C. Consolo, *Oscillazioni «operazionali»*, cit., 2284 che evidenzia la struttura *processuale* dell'istituto, nonché M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 147. Cfr. pure M. Cirulli,

al creditore vittorioso (munito di titolo esecutivo verso il debitore<sup>(13)</sup>) di aggredire esecutivamente beni di terzi; se modificazione giuridica vi è, questa riguarda il sorgere di un potere processuale ulteriore, una peculiare azione esecutiva<sup>(14)</sup> che si esplica nel processo di espropriazione, in capo al creditore e nei confronti del terzo, il quale ultimo è privato del potere di sottrarsi favorevolmente all'esecuzione, sollevando in sede di opposizione *ex art. 619 c.p.c.* il proprio titolo domenicale<sup>(15)</sup>. Cosa ben diversa di ciò che accade invece nel caso di accoglimento di un'azione di annullamento, ad esempio, di un contratto di vendita che potrebbe *pregiudicare* (o anche beneficiare)<sup>(16)</sup> il diritto del terzo cessionario litependente.

Intuisce ciò la stessa S.C. del 2017 che distingue tra diritto di credito e diritto all'inefficacia dell'atto, per poi concludere che, siccome il cessionario del credito non subentrerebbe automaticamente in quest'ultimo (diritto controverso), non sarebbe applicabile l'art. 111 c.p.c.

La ragione dell'inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c. non sta quindi tanto nel fatto che il terzo cessionario del credito acquisterebbe un diritto (al più) *dipendente* rispetto a quello *controverso* (ma non quello controverso), ma nella circostanza che la cessione del credito non determinerebbe un'automata traslazione da un creditore all'altro del diritto (potestativo) a ottenere la dichiarazione di inefficacia dell'atto<sup>(17)</sup>, o meglio dell'azione

*Profili processuali*, cit., 24 che evidenzia come processuale siano sia il potere di esigere dallo Stato l'esercizio del potere giurisdizionale, sia la responsabilità del terzo che subisce l'espropriazione del bene acquistato in pregiudizio del creditore, sia (meno comprensibilmente) il fondamento dell'azione stessa.

<sup>(13)</sup> La sussistenza di un titolo esecutivo contro il debitore e della pronuncia revocatoria sono elementi della fattispecie costitutiva del potere espropriativo nei confronti del terzo, con riguardo al suo bene oggetto dell'atto dispositivo in frode: così M. Cirulli, *Profili processuali*, cit., 21.

<sup>(14)</sup> V. M. De Cristofaro, *La prospettiva processuale della pauliana*, cit., 432.

<sup>(15)</sup> Così M. De Cristofaro, *La prospettiva processuale della pauliana*, cit., 432 s. che evidenzia come, invece, in caso di revoca di garanzie costituite in pregiudizio del creditore, l'effetto processuale della sentenza di accoglimento si esplica nel disconoscimento del privilegio in sede di distribuzione del ricavato.

<sup>(16)</sup> Si pensi al terzo che abbia acquistato il diritto oggetto del contratto dall'attore vittorioso nell'azione di annullamento di quest'ultimo.

<sup>(17)</sup> Nello stesso solco v. anche Cass., sez. III, 28 novembre 2019, n. 31077 (che ha confermato l'inammissibilità dell'intervento in appello del cessionario del credito con riguardo ad un giudizio avente ad oggetto la dichiarazione di simulazione o, in subordine, di inefficacia *ex art. 2901 c.c.* di un atto dispositivo) nonché l'ord. Cass., sez. III, 13 dicembre 2019, n. 32789 che ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto da un *servicer* per conto di un veicolo di cartolarizzazione con riguardo ad una sentenza di rigetto dell'azione di simulazione/revocatoria promossa dalla banca dante causa, in ragione dell'inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c. alle azioni promosse.

concreta<sup>(18)</sup> (effettivamente) esercitata nel giudizio (ché nessuno dubita come anche al cessionario competa, al ricorrere dei relativi presupposti, l'*actio pauliana* a tutela del proprio credito, ma a questo punto un'auto-noma azione rispetto a quella del cedente).

La questione sembra quindi porsi maggiormente sul piano del diritto sostanziale ed in particolare riguardare l'individuazione di quali siano i *naturalia negotii* di un contratto di cessione di un credito; se, in altri termini, con lo stesso vengano o meno automaticamente trasferite anche le azioni a tutela del credito già esperite.

Laddove si rispondesse positivamente alla questione (o comunque, come di frequente accade, il contratto di cessione preveda il trasferimento anche delle azioni revocatorie pendenti), non vi sarebbe ostacolo all'applicazione dell'art. 111 c.p.c., perché si realizzerebbe una fisiologica cessione (anche) del diritto *recte*, azione concreta<sup>(19)</sup> *controverso*.

Non stupisce quindi che il principio esplicitamente enunciato dalla Suprema Corte nel 2017 abbia trovato resistenza<sup>(20)</sup> e infine smentita in un'ipotesi in cui, in primo luogo, era punto di fatto accertato (e non censurato dal ricorso) che la cessione del credito avesse avuto ad oggetto anche i diritti scaturenti dal vittorioso esperimento dell'azione revocatoria<sup>(21)</sup>. Diviene agevole quindi affermare che la sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria giova al cessionario, meno semplice che ciò avvenga

<sup>(18)</sup> Azione concreta o diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale: v. comunque ad es., M. Cirulli, *Profili processuali*, cit., 15 per il quale l'azione revocatoria è il potere di domandare al giudice la dichiarazione di inefficacia dell'atto pregiudizievole: potere processuale di chiedere ed ottenere una sentenza costitutiva.

<sup>(19)</sup> L. De Propriis, *Successione nel diritto controverso*, cit., 681 s. evidenza che sarebbe l'azione concreta (intesa come tutela giurisdizionale che sarà dispensata dal giudice alla parte che ha ragione) l'entità in cui, in ultima istanza, l'avente causa succede ai sensi dell'art. 111 c.p.c.

<sup>(20)</sup> V. Cass., sez. III, 14 marzo 2018, n. 6130 che aveva ritenuto legittimato ad intervenire in appello, in un'azione revocatoria, il cessionario del credito; la vicenda era peraltro singolare perché il cessionario aveva acquistato il credito addirittura prima della proposizione dell'*actio pauliana*. La S.C., da un lato, ritiene che l'attore originario (seppur non più effettivamente creditore, anche se proclamatosi tale) fosse comunque legittimato ad agire (misurandosi la legittimazione sul piano della mera affermazione), dall'altro lato, afferma che il cessionario (tra l'altro anche successore universale dell'attore originario) è munito «del necessario interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) nella medesima azione revocatoria; ossia dotato di quell'interesse, attuale e concreto, ad ottenere un risultato utile».

<sup>(21)</sup> Si tratta di Cass., sez. III, 23 giugno 2022, n. 20315, cit. La vicenda concreta non è chiarissima: la cessione di credito, intervenuta nel 2002, sembrerebbe essere avvenuta dopo l'instaurazione dell'*actio pauliana* nel 1992 ma prima della pronuncia della sentenza di primo grado (che dovrebbe risalire al 2004/2005 – il numero di ruolo dell'appello è infatti del 2005): successivamente alla stessa (e senza attendere il passaggio in giudicato che risale al 2014) nel 2006 la cessionaria avviava l'esecuzione forzata sul bene del terzo, il quale pro-

*ope legis*. A tale risultato, la S.C. perviene muovendo in realtà dalla conclusione, ovvero dal fatto che il cessionario acquisti *ipso iure* il diritto di promuovere l'azione esecutiva «che non sarebbe concepibile scisso dal credito ceduto»<sup>(22)</sup>. Ciò sarebbe confermato da una serie di considerazioni di carattere sistematico che riguardano: (a) l'art. 1263 c.c. in relazione al trasferimento dei privilegi<sup>(23)</sup>; (b) l'art. 2755 c.c. che estenderebbe il privilegio (trasferibile) anche alle spese di giustizia sostenute per atti conservativi, qual è l'*actio pauliana*<sup>(24)</sup>; (c) il cessionario si giova del pignoramento promosso dal cedente<sup>(25)</sup>; (d) l'azione revocatoria ha la funzione di

---

poneva opposizione all'esecuzione, contestando, *inter alia*, la legittimazione del cessionario a promuovere l'espropriazione sul bene del terzo.

<sup>(22)</sup> L'argomento è ovviamente suggestivo evidenziando il parallelismo tra azione esecutiva e potere di aggredire il bene di un terzo (che pure presuppone la sussistenza di un titolo esecutivo). M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 135 rileva che si tratterebbe di una petizione di principio in quanto la certa utilizzabilità, *ex art. 475 c.p.c.*, da parte del cessionario del titolo esecutivo ottenuto dal cedente, nulla ancora dice sul potere di aggredire esecutivamente un bene che non è di proprietà del debitore, certo essendo che il cedente non avrebbe tale potere, in quanto non più creditore. A chi scrive pare che l'argomento speso dalla S.C. sia comunque rilevante: con l'art. 475 c.p.c. il legislatore ha inteso consentire la circolazione del titolo esecutivo insieme al credito, presupponendo che il potere processuale dallo stesso discendente non possa essere trasferito distintamente dal credito. Analoga, come si vedrà, sembra l'attitudine del legislatore con riguardo ai diritti e ai poteri strumentali alla realizzazione della garanzia patrimoniale risultante dall'art. 1263 c.c.

<sup>(23)</sup> Se la cessione trasferisce i privilegi derivanti dalle condizioni personali delle parti, *a fortiori* si dovrebbero trasferire gli effetti dell'azione revocatoria, che ha in comune con i privilegi lo scopo di garanzia del credito. Il punto non è chiarissimo, essendo difficilmente comprensibile l'omologia con i privilegi, mentre, come si vedrà *infra*, più suadente è l'analogia con il diritto di ipoteca (dal punto di vista dei poteri processuali spettanti, rispettivamente, al creditore ipotecario e al terzo vittorioso in revocatoria) e con gli accessori. In senso critico rispetto a questa analogia, v. però M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 136 secondo il quale solo descrittivamente vi può essere assimilazione tra ipoteca e azione revocatoria.

<sup>(24)</sup> Opinare diversamente condurrebbe al paradosso che il credito ceduto conserverebbe il privilegio per le spese dell'azione revocatoria, ma non beneficerebbe degli effetti dell'azione stessa. In senso condivisibilmente contrario (F. Trifone, *Azione revocatoria ordinaria*, cit., 1585) si è evidenziato che: (a) il cessionario del credito non acquista anche il diritto alla rifusione delle spese processuali sostenute dal cedente per tutelare il suo credito; (b) il privilegio sussiste solo se l'istanza è proposta nell'interesse comune a tutti gli altri creditori (cosa che non è per l'azione revocatoria che protegge l'interesse del solo creditore attore). Per consonanti osservazioni anche M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 136.

<sup>(25)</sup> Pignoramento e revocatoria avrebbero la stessa funzione di evitare la dispersione della garanzia patrimoniale. Sul piano funzionale si può anche condividere l'assunto, ma l'argomento sembra troppo debole per dimostrare l'automatica circolazione degli effetti della revocatoria con il credito, atteso che questi ultimi non comportano ancora (così M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 138) il realizzarsi di un vincolo identico al pignoramento, pur dovendosi osservare che, ad esito della *pauliana*, il bene del terzo è potenzialmente destinato a essere aggredito dal creditore dell'alienante. Si veda anche M. Cirulli, *Profili processuali*, cit., 3 che evidenzia come dalla revocatoria discende quasi il conferimento del

preservare la garanzia patrimoniale e il cessionario non è men creditore del cedente; (e) un'interpretazione opposta vanificherebbe l'attività processuale svolta dal cedente<sup>(26)</sup>; (f) l'atto in frode non cessa di essere tale sol perché il credito venga ceduto<sup>(27)</sup>.

La pronuncia del 2022 si fonda su elementi non inoppugnabili: come si è visto nelle note che precedono non pare accettabile l'analogia con i privilegi, mentre gli ulteriori argomenti finiscono per ridursi o a petizioni di principio o ad affermazioni di buon senso che evidenziano gli inconvenienti di una soluzione opposta.

4. – Resta il fatto che per rispondere definitivamente al quesito (più sostanziale che processuale) relativo al subentro del cessionario nell'azione revocatoria promossa dal dante causa (e al conseguente verificarsi di un fenomeno di successione nel diritto controverso) occorre interrogarsi sulla peculiare natura dell'azione revocatoria; azione che tutela certamente uno specifico diritto di credito – tanto che si ritiene pacificamente che il creditore che abbia ottenuto una sentenza positiva, possa avviare l'esecuzione forzata su beni del terzo soltanto con riguardo al credito speso, in via di legittimazione, nel giudizio revocatorio e non in relazione a distinti crediti<sup>(28)</sup> – azione che però non ha quale oggetto del giudizio e dell'ac-

bene in un patrimonio separato, apponendo quindi sullo stesso un *vincolo* che cessa, una volta soddisfatto il creditore.

<sup>(26)</sup> Osserva correttamente M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 139 s. che l'affermazione è indubbiamente vera ma la conseguenza lamentata non è poi difforme da quanto accade in ipotesi in cui, pronunciata la revocatoria, l'azione esecutiva sul bene del terzo non sia avviata (perché, ad esempio, non si è formato il titolo esecutivo o sopravvengono altri beni aggredibili del debitore).

<sup>(27)</sup> Considerazione corretta ma che non dice molto sull'estensibilità al cessionario degli effetti della revocatoria.

<sup>(28)</sup> Così anche M. De Cristofaro, *La prospettiva processuale della pauliana*, cit., 438 s. che evidenzia anche la natura di vincolo a porta chiusa (analogo al sequestro conservativo) degli effetti dell'azione revocatoria. In giurisprudenza v. ad es., Cass., sez. III, 16 luglio 2019, n. 18944: «l'attore è tenuto [...] ad individuare la specifica ragione di credito che ritiene essere pregiudicata nella garanzia generica dall'atto dispositivo del quale chiede essere dichiarata l'inefficacia nei suoi confronti, non essendo accordata l'*actio pauliana* in funzione di una tutela "indifferenziata e generica" di tutti i crediti – eventualmente sopravvenuti – presenti al momento della pronuncia della sentenza nel patrimonio dell'attore e da questi vantati nei confronti del soggetto o dei soggetti convenuti in revocatoria». Cfr. anche Cass., sez. II, 26 febbraio 1986, n. 1220 che correttamente rileva come l'azione revocatoria produce i suoi effetti esclusivamente in relazione ai crediti sulla base dei quali l'azione stessa viene esercitata. In relazione a tali crediti o aspettative deve infatti accertarsi se l'atto impugnato abbia la capacità di determinare pregiudizio per le ragioni del creditore, per cui il giudice deve tenere presenti appunto le specifiche ragioni di credito o gli specifici crediti il cui soddisfacimento sarebbe pregiudicato dall'atto impugnato. La S.C. chiosa: «È

certamento incontrovertibile *ex art. 2909 c.c.* la definizione della questione di esistenza/inesistenza del diritto di credito (e che per tale ragione, come visto, è stata, da taluni, esclusa dal campo di applicazione dell'art. 111 c.p.c. <sup>(29)</sup>).

Non a caso, l'azione revocatoria è – quale figlia del vecchio sistema romanistico delle azioni – disciplinata al capo V del libro VI del codice civile dedicato ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (insieme all'azione surrogatoria e al sequestro conservativo, con il quale condivide anche la natura di vincolo a porta chiusa), e sempre non a caso l'azione revocatoria viene spesso proposta in subordine <sup>(30)</sup> all'azione di simulazione, altra azione che mira a reintegrare (facendo emergere la realtà voluta dalle parti) il patrimonio del debitore <sup>(31)</sup>. Con tali strumenti – di

quindi assolutamente fuori luogo la tesi del ricorrente principale che gli effetti dell'azione revocatoria si estenderebbero a tutte le ragioni di credito che potrebbero essere pregiudicate dall'atto impugnato purché sussistenti alla data di tale atto ed anche se non dedotte a base dell'azione revocatoria». V. pure Cass., sez. VI, 14 maggio 2014, n. 10399 che riconosce la facoltà del terzo, parte del negozio revocato, di respingere gli effetti di accertamento della sentenza di condanna a pagare il credito posto a fondamento della revocatoria e l'interesse a richiedere un'autonoma pronuncia sul credito «allo scopo di ottenere che l'atto di disposizione patrimoniale, effettuato dal debitore in suo favore, sia dichiarato inefficace solo entro i limiti dell'effettiva somma così riconosciuta»; segno inequivocabile che gli effetti favorevoli della revocatoria sono limitati allo specifico credito posto a base della legittimazione all'*actio pauliana*.

Nella giurisprudenza di merito v. anche Trib. Monza, sez. II, 11 aprile 2017, in *Giur. it.* 2017, 1329 con nota adesiva di S. Pagliantini, *Azione revocatoria ordinaria e limite alla c.d. reintegrazione patrimoniale ex art. 2740 c.c.*

<sup>(29)</sup> V. ad esempio già A. Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, cit., 146 ss. con riguardo a tutte le domande di cui agli artt. 2652 c.c. che hanno ad oggetto un potere sostanziale di modificazione «che nulla ha a che vedere col diritto di proprietà, eventualmente trasferito col contratto da modificare o costituire».

<sup>(30)</sup> Perché in grado di fornire un'utilità maggiore, stante l'effetto restitutorio del bene nel patrimonio del simulato alienante debitore, così M. Cirulli, *Profili processuali*, cit., 99.

<sup>(31)</sup> Accosta l'azione di simulazione ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale anche C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 287. Si veda già G.G. Auletta, *Revocatoria civile e fallimentare*, Milano 1939, 111 per il quale l'azione revocatoria è un'azione di accertamento della qualità di diritto tutelato condizionatamente del bene acquistato dall'acquirente, qualità che rende il bene passibile di esecuzione per i debiti del dante causa «e può essere ravvicinata, da questo punto di vista, all'azione di simulazione con cui i creditori accertano che il bene simulatamente alienato appartiene ancora al patrimonio del debitore e risponde quindi sempre dei suoi debiti». Un processo quindi «in cui si accerta il presupposto dell'azione esecutiva». Cfr. anche M. Cirulli, *Profili processuali*, cit., 97 ss. che richiama anche G. Verde, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli 1964, 310 ss. testo e nt. 203 in relazione alla finalità del giudizio di simulazione proposto dal creditore: far cadere gli effetti dell'atto simulato nei limiti di ciò che possa servire al creditore; immediato è l'accostamento agli effetti della sentenza revocatoria; G. Miccolis, *L'espropriazione forzata*, cit., 128 (in senso opposto, di recente, M.A. Comastri, *L'azione di simulazione proposta dal terzo. Presupposti, funzione e oggetto*, Pisa 2018, 108 ss.,

natura *lato sensu* cautelare<sup>(32)</sup> (perché proponibili ancor prima che il diritto di credito sia stato accertato o addirittura lo stesso sia esigibile) viene appunto preservata la possibilità per il creditore di far valere, in caso di inadempimento (di un diritto, anche successivamente, accertato come esistente), la responsabilità patrimoniale che costituisce elemento essenziale della giuridicità dell'obbligazione<sup>(33)</sup>. Si tratta di azioni a tutela (indiretta<sup>(34)</sup>) dei diritti di credito, ma che non hanno ad oggetto l'accertamento dei diritti sostanziali, semmai di facoltà/poteri strumentali (nel

---

110 ss. ss. per il quale tutti i creditori possono giovare della sentenza di simulazione – così anche G. Miccolis, *L'espropriazione forzata*, cit., 243 – e andrebbe perciò evitato ogni accostamento dell'azione di simulazione alla *pauliana*; v. anche pp. 148 ss. in relazione alla ricostruzione dell'oggetto del giudicato dell'azione di simulazione proposta dal creditore in termini identici – dichiarazione d'inefficacia del negozio – all'azione proposta dalla parte del negozio simulato); nel senso che il giudicato di simulazione non possa invece essere invocato da un creditore del simulato alienante che non sia intervenuto in giudizio v. comunque Cass., sez. I, 14 gennaio 2016, n. 518 seppur per confermare una sentenza che aveva accertato la simulazione, rigettando l'eccezione di giudicato proposta dal simulato acquirente con riguardo a sentenza di rigetto pronunciata su domanda di simulazione introdotta da altro creditore; Cass., sez. III, 3 agosto 2012, n. 13938 con riguardo invece all'accoglimento di opposizione all'esecuzione contro il pignoramento promosso contro il simulato alienante da creditore che invocava la sentenza di dichiarazione della simulazione assoluta ottenuta da altro creditore).

<sup>(32)</sup> Parla di anima essenzialmente cautelare della revocatoria, insieme agli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, M. De Cristofaro, *La prospettiva processuale della pauliana*, cit., 436; cfr. anche C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 287.

<sup>(33)</sup> Su questa strada si è mossa Cass., sez. III, 23 febbraio 2023, n. 5649 per la quale: (a) non è configurabile un diritto alla declaratoria di inefficacia suscettibile di autonoma considerazione, ai fini dell'art. 111 c.p.c., rispetto al diritto di credito «cui l'azione revocatoria accede quale strumento finalizzato alla garanzia patrimoniale di cui tale diritto gode ex art. 2740 c.c.»; (b) chi propone la revocatoria non fa valere un diritto diverso dal diritto di credito, ma agisce in giudizio a tutela dello stesso; (c) nella *pauliana* 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 terzo. Non paiono corrette al riguardo le critiche rivolte da M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 142, nt. 18 secondo le quali la S.C. confonderebbe oggetto del processo e fattispecie costitutiva della situazione soggettiva ivi dedotta: seppur con un linguaggio non sempre tecnicamente ineccepibile, mi pare evidente che la Corte intenda distinguere tra situazione tutelata (diritto di credito) e oggetto del processo (azione revocatoria intesa come azione *concreta* o comunque facoltà inerente al diritto), per concludere che il subentro nella situazione tutelata include anche la successione nelle sue facoltà ancillari.

<sup>(34)</sup> C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 287 ritiene che il minimo comune denominatore di tali rimedi sia di essere «mezzi di tutela indiretta del credito». M. Cirulli, *Profili processuali*, cit., 76 sottolinea che questi strumenti danno luogo a poteri processuali di ingerenza nella gestione del patrimonio da parte del debitore e mirano a tutelare il creditore contro il pericolo di inadempimento e garantire così la giuridicità del vincolo obbligatorio.

nostro caso, la costituzione – o dichiarazione<sup>(35)</sup> – del potere di aggredire il bene del terzo).

Ma proprio perché strettamente correlate alla tutela del diritto di credito, pare davvero difficile ipotizzare la esistenza dell'azione revocatoria (una volta esercitata) in via autonoma rispetto al diritto di credito tutelato (oggetto qui di successiva cessione); un'azione quindi che *circoli* indipendentemente dal diritto tutelato<sup>(36)</sup>. Esattamente per la stretta connessione sussistente tra revocatoria e specifico diritto di credito singolarmente invocato a fondamento dell'azione *pauliana*, la cessione del credito dovrebbe comportare la parallela circolazione della revocatoria già esercitata<sup>(37)</sup>, realizzandosi così una successione nel diritto controverso che consenta la piana applicazione dell'art. 111 c.p.c.<sup>(38)</sup>.

Al riguardo, non pare dirimente l'obiezione, anche di recente affacciata, richiamando le posizioni di Walter Bigiavi<sup>(39)</sup>, per la quale il cessionario acquisterebbe l'azione (revocatoria) a titolo originario, non già a titolo derivativo, escludendosi il trasferimento in senso tecnico dell'azione stessa. Invero, tale affermazione potrebbe al limite<sup>(40)</sup> ritenersi corretta con riguardo all'azione non ancora esercitata (rispetto alla quale non vi

<sup>(35)</sup> Ove se ne ipotizzi la natura dichiarativa, secondo quanto propone I. Pagni, *La natura dell'azione revocatoria*, cit., 828 s.

<sup>(36)</sup> In senso contrario ad una cessione autonoma del potere revocatorio/azione concreta anche M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 153, nt. 41 che evidenzia come l'effetto processuale non potrebbe essere lucrato da un soggetto che non sia creditore; verrebbe da aggiungere: che non sia titolare di quel credito a tutela del quale la *pauliana* venga proposta.

<sup>(37)</sup> Si veda già E. Redenti, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1955, 74 ss., spec. 85 che definisce la revocatoria un *presidio amminicolare* del credito o, meglio, del successo delle relative azioni esecutive «inseparabile dunque dalla titolarità del credito, si capisce»; «ma appunto per ciò par logico che debba ritenersi trasferibile insieme col credito, come avviene di tutti gli altri amminicoli. Nel che si può ravvisare una certa analogia con le azioni» trasferibili, secondo Redenti, *propter rem*.

In generale, sul trasferimento delle azioni, in uno con il diritto, si veda anche V. Coesanti, *Divagazioni processuali in tema di dichiarazioni di garanzia e legittimazione all'indennizzo nella vendita di «pacchetti azionari»*, in *Banca borsa tit. cred.* 2013, 128 ss., spec. 133.

<sup>(38)</sup> Osserva L. De Propris, *Successione nel diritto controverso*, cit., 700 s. che il diritto positivo può delineare (ad es., in tema di cessione di azienda) un regime successorio in cui l'acquirente subentra in tutti i rapporti che facevano capo al rapporto trasferito.

<sup>(39)</sup> W. Bigiavi, *Note inutili sul c.d. trasferimento di azioni civili*, in *Riv. dir. civ.* 1965, I, 130 ss., 137 ss. con riguardo alle azioni cui sottostà un diritto primario (quale il diritto di credito), per le quali in virtù della cessione l'azione (che sarebbe un diritto autonomo) del cedente si estinguerebbe, mentre il cessionario diventerebbe *ex novo* titolare di un'azione (identica) ma non della *stessa azione* (così p. 139, nt. 37).

<sup>(40)</sup> Ma si vedrà in fine non essere così, atteso che il contenuto dell'azione revocatoria del cessionario deve ritenersi conformato dalla situazione giuridica del dante causa.

sarebbe interesse a far salvi gli effetti di un'attività già compiuta), mentre non pare adeguarsi all'ipotesi di azione costitutiva (soggetta a termine di decadenza) già esperita dal cedente. In tale fattispecie è massimo l'interesse del cessionario a valersi degli effetti già prodotti dal cedente, mentre non si vedono ragioni che si oppongano al trasferimento, in uno con il credito, delle situazioni giuridiche (processuali) insorte in conseguenza di detta azione<sup>(41)</sup>.

Ipotizzare diversamente condurrebbe ad un risultato pratico certamente incongruo: ceduto il credito, l'originaria azione dovrebbe essere rigettata per insussistenza del diritto tutelato (estintosi in capo all'originario attore in seguito a cessione<sup>(42)</sup>), con conseguente pregiudizio anche per il debitore e il terzo che aspirassero ad un rigetto nel merito<sup>(43)</sup>, né potrebbe essere utilmente proseguita dal cessionario proprio perché il credito di quest'ultimo sarebbe, a questo punto, differente<sup>(44)</sup> da quello originariamente posto a fondamento della *pauliana*. Il cessionario dovrebbe quindi avviare un'autonoma azione (sempre che la stessa non sia prescritta): un'autonoma azione *non conformata* da quella esercitata dal dante causa, con conseguente inapplicabilità (per assenza del fenomeno successorio) dell'art. 111 c.p.c.<sup>(45)</sup>.

Per evitare tale incongruo risultato, non pare invece sufficiente semplicemente estendere al cessionario l'efficacia *favorevole* della sentenza che abbia accolto la revocatoria<sup>(46)</sup>: pur condividendo il principio che i limiti

<sup>(41)</sup> In senso contrario, ma per ragioni che non paiono condivisibili (né del tutto, a chi scrive, comprensibili), M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 154 s. testo e nt. 44-47 che afferma che, per la sua struttura, il potere revocatorio non tollerebbe fenomeni di successione in senso tecnico, né automatica né insieme al diritto di credito. L'autore (citando N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano 1967, 76) afferma che l'acquisto originario è incompatibile con il fenomeno successorio, notazione certo corretta ma che non pare attagliarsi al caso di specie, ove si affronta la questione di un potere processuale già speso in giudizio e peraltro strettamente legato allo *specifico* credito. Ancora viene dedotto (nt. 46), con riguardo ad una cessione volontaria, che la cessione del credito non dovrebbe mai comportare cessione del potere revocatorio, in quanto situazione derivata dalla titolarità del diritto di credito, ormai già sorta e ormai individualizzata rispetto alla prima; notazione che non risponde però all'obiezione della circolazione degli *accessori* del credito insieme allo stesso.

<sup>(42)</sup> Coerentemente alla sua ricostruzione, M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 155 ss. testo e nt. 49 e 53: con la cessione il potere revocatorio in capo al cedente si estingue e di conseguenza la domanda originaria andrebbe rigettata nel merito.

<sup>(43)</sup> Così L. De Propriis, *Successione nel credito litigioso*, cit., § 3.

<sup>(44)</sup> Così L. Conte, *Riflessioni sull'efficacia ultra partes*, cit. V. anche F. Trifone, *Azione revocatoria ordinaria*, cit., 1583.

<sup>(45)</sup> Così M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 155, testo e nt. 48.

<sup>(46)</sup> Così invece L. Conte, *Riflessioni sull'efficacia ultra partes*, cit.

soggettivi del giudicato hanno la funzione esclusiva di proteggere i terzi da effetti sfavorevoli, mentre nulla impedisce (come attesta l'art. 1306 c.c., ma non, a mio avviso, l'art. 2377 c.c.) a questi di invocare l'efficacia favorevole di un giudicato *inter alios*, resta il fatto che la sentenza revocatoria (laddove si opini che la relativa azione esercitata non si trasferisca insieme al credito, in ragione della diversità del credito del cessionario e neppure si trasferiscano gli effetti lucrati con una sentenza di accoglimento<sup>(47)</sup>) non è in grado di esplicare alcun effetto favorevole per il cessionario (titolare, a questo punto, di un *distinto* diritto di credito che, laddove consacrato in un titolo esecutivo, non gli consentirà però di agire sui beni oggetto del negozio revocato a favore del proprio dante causa con riguardo al credito di quest'ultimo).

Piuttosto, ponendosi dal punto di vista del cessionario del credito (a revocatoria accolta), vi è da chiedersi se il potere processuale (una volta ottenuto un titolo esecutivo) di aggredire il bene del terzo non sia trasferito insieme allo stesso credito ceduto<sup>(48)</sup>, in applicazione della fisiologica circolazione (in uno con il credito) di tutti i suoi accessori (*amminicoli* secondo Redenti) ai sensi dell'art. 1263 c.c., quali anche garanzie reali (queste ultime rilevanti pure a mente dell'art. 58, comma 3, TUB). Dal punto di vista processuale pare innegabile l'analogia tra posizione del creditore ipotecario e posizione del creditore vittorioso nell'azione *pauliana*<sup>(49)</sup>: entrambi possono infatti procedere ad espropriazione forzata contro il terzo, responsabile per un debito altrui, a mente dell'art. 602 c.p.c.; ed è altresì pacifico che il diritto di ipoteca rientra tra le garanzie reali il cui

---

<sup>(47)</sup> M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 155 s., coerentemente, evidenzia che anche l'effetto revocatorio sarebbe personale al creditore che lo ha richiesto e che quindi non sia trasmissibile al cessionario del credito.

<sup>(48)</sup> In senso favorevole, M. Cirulli, *Profili processuali*, cit., 127. In senso contrario, invece, M. Rendina, *Potere «revocatorio»*, cit., 154.

<sup>(49)</sup> L'analogia è evidenziata, seppur dal lato del terzo parte del negozio revocato-terzo datore di ipoteca-terzo acquirente del bene ipotecato, ad esempio, da S. Pagliantini, *Azione revocatoria ordinaria*, cit., 1333. Ma v. già F. Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione*, in *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova 1927, 221 ss., spec. 299. Cfr. anche C. Consolo, *Oscillazioni «operazionali»*, cit., 2284 per il quale la sentenza revocatoria crea un'azione esecutiva sul bene o «in linguaggio sostanziale, una sorta di equipollente del c.d. diritto di seguito», seppur – precisa l'autore – l'art. 2910 c.c. tiene strutturalmente discoste le due ipotesi. V. pure M. Cirulli, *Profili processuali*, cit., 72, per il quale le analogie sono però limitate al profilo funzionale ed alla tecnica di attuazione del diritto in sede esecutiva; l'autore (p. 73) evidenzia peraltro che vi è analogia di posizione tra terzo acquirente del bene ipotecato e terzo «revocato» in quanto non sono né debitori, né patrimonialmente responsabili, fermo restando che il bene continua ad *appartenere* processualmente (ovvero ai fini dell'espropriazione) al debitore.

acquisto, da parte del cessionario, avviene in modo automatico al perfezionarsi della cessione, discutendosi in ordine alla funzione dell'annotazione a margine dell'iscrizione dell'ipoteca di cui all'art. 2843 c.c. <sup>(50)</sup>.

Ed allora, parrebbe ben potersi ricondurre l'azione revocatoria esperita a quegli *accessori* del credito (che si trasferiscono insieme allo stesso a mente dell'art. 1263 c.c.) intesi come «la somma delle utilità che il creditore può trarre dall'esercizio del diritto ceduto, ossia tutte le situazioni giuridiche direttamente collegate con il diritto stesso e costituenti il suo contenuto economico» <sup>(51)</sup> ovvero, in applicazione della nozione di «trasmigrazione integrale» <sup>(52)</sup> «ogni situazione soggettiva o clausola che non presentando profili di autonomia rispetto alla concreta situazione creditoria ceduta ne integri il contenuto e ne specifichi la funzione, così da ricomprendere tutti i poteri del creditore relativi alla determinazione, variazione e modalità della prestazione, nonché quelli relativi alla tutela del credito» <sup>(53)</sup>. Trasferimento integrale degli *accessori* del credito che, legislativamente previsto, risponde funzionalmente ad un'esigenza primariamente avvertita nell'economia contemporanea: ovvero che la cessione (per consentire la circolazione del credito come una *merce* – addirittura cartolarizzata – quale un'altra) deve essere *neutra* e non comportare perdite di garanzie o poteri o altri ammenicoli indispensabili alla sua soddisfazione, pena la immobilizzazione del credito <sup>(54)</sup>. Proprio con riguardo alla revocatoria (classica azione a tutela dei crediti esperita dai principali creditori, bancari), il cessionario, nella valutazione delle possibilità di soddisfazione che conducono al *pricing* del credito, deve poter contare su tutti gli stru-

<sup>(50)</sup> V. sul punto P. Lambrini, in V. Cuffaro (a cura di), *Delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino 2013, *sub* art. 1263, 755 ss., spec. 756 s.

<sup>(51)</sup> Così, già, Cass., sez. I, 15 settembre 1999, n. 9823; cfr. anche Cass., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 2978; Cass., sez. lav., 5 gennaio 2012, n. 13.

<sup>(52)</sup> Così Cass., sez. lav., 18 luglio 2006, n. 16383 (che richiama anche Cass. 9 dicembre 1971, n. 3554): «il diritto di credito trasmigra al cessionario con tutte le azioni dirette ad ottenerne la realizzazione». Si veda anche L. De Propris, *La successione nel diritto controverso*, cit., 711 che evidenzia la tendenziale inscindibilità delle componenti strutturali dell'obbligazione in funzione della sua migliore tutela giurisdizionale: in caso di inadempimento, le possibilità di ottenere soddisfazione dipendono dalle azioni che scaturiscono dal credito, «non solo quelle aventi ad oggetto il debito (*Schuld*), ma anche quelle strumentali volte alla conservazione della responsabilità patrimoniale (*Haftung*)». Da questa prospettiva, cedere il credito significa trasferire tutte le azioni che vi si riconnettono e che ne assicurano la tutela giurisdizionale.

<sup>(53)</sup> Così, già, Cass., sez. I, 15 settembre 1999, n. 9823.

<sup>(54)</sup> Osserva L. De Propris, *La successione nel diritto controverso*, cit., 713 che l'inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c. provocherebbe l'immobilizzazione forzata del credito legittimante l'azione revocatoria.

menti che consentono di attuare coattivamente l'obbligazione, ivi inclusa la *pauliana* esperita dal cedente, idonea ad espandere l'area dei beni suscettibili di aggressione esecutiva. E il legislatore, con la previsione dell'art. 1263 c.c., sembra proprio aver considerato questa (intuitiva) esigenza.

Ancora, riprova che la cessione del credito porta con sé il trasferimento anche dell'azione (concreta) revocatoria (evidentemente riferita *oggettivamente* allo specifico credito) si ha con riguardo all'ipotesi in cui venga promossa l'azione *pauliana* da parte del cessionario: indipendentemente da una specifica previsione di «cessione» nel contratto di alienazione del credito (o dei crediti) riferita alla revocatoria, nel relativo giudizio la (indispensabile, ai fini della *scientia damni*) conoscenza da parte del debitore (e anche del terzo) dell'esistenza del credito pregiudicato (al momento del negozio revocando) non potrà che essere riferita al diritto di credito dell'originario titolare (e non già a quello del cessionario, sorto, in conseguenza dell'intervenuta alienazione, magari molti anni dopo l'atto pregiudizievole). In questo senso, il cessionario non trova il fondamento della sua azione revocatoria soltanto nel suo diritto alla piena tutela giurisdizionale<sup>(55)</sup>, ma in un rimedio che faceva capo evidentemente al cedente e che gli è stato trasferito con il suo contenuto proprio (come gli è stato ceduto il credito)<sup>(56)</sup>. Un'ipotesi in cui – nonostante strutturalmente nasca in capo al cessionario un diritto di credito nuovo – la situazione dell'avente causa è confermata da quella del dante causa (com'è conformato il diritto di proprietà dell'acquirente da quello del venditore).

In conclusione, la sentenza in commento pare quindi da approvarsi pienamente: la cessione del credito implica un fenomeno di successione nell'azione revocatoria già intrapresa, con conseguente piana applicazione dell'art. 111 c.p.c. (prosecuzione del processo, intervento dell'avente causa, estensione degli effetti della sentenza, estromissione).

---

<sup>(55)</sup> Tradizionalmente si afferma che il cessionario è legittimato all'esperimento dei rimedi giurisdizionali, come le azioni conservative e cautelari, in quanto costituiscono contenuto del suo diritto di azione e non già perché li abbia acquistati dal cedente (così, ad esempio, P. Lambrini, in V. Cuffaro, *Delle obbligazioni*, cit., 758).

<sup>(56)</sup> Osserva E. Redenti, *Sul trasferimento delle azioni civili*, cit., 85 che il cessionario potrà vantare *ex capite* del cedente l'antiorità del credito ceduto di fronte al terzo acquirente, potrà addurre gli elementi o i sospetti di frode rispetto al momento dell'atto di disposizione oggetto della domanda, e, per converso, gli saranno opponibili gli stati soggettivi dell'alienante e gli atti da quest'ultimo compiuti in ordine all'azione (ad es., rinuncia) e alle sue modalità di esercizio.

5. – Un'ultima chiosa: l'azione revocatoria, nell'analisi condotta dal punto di vista dell'art. 111 c.p.c., disvela alcune peculiarità nella relazione tra diritto sostanziale e processo. Se usualmente il giudizio civile ha ad oggetto (e quindi accerta l'esistenza di) un diritto soggettivo (che è parimenti l'oggetto della tutela), vi sono ipotesi in cui la situazione tutelata (in questo caso, il diritto di credito) non diviene oggetto del processo ma si limita a svolgere una funzione legittimante. Il processo continua a tutelare situazioni soggettive, ma per tale fine non è sempre necessario che il giudizio di cognizione ne accerti l'esistenza con efficacia di giudicato. In questi casi, al centro del processo vi è solo l'azione intesa in senso concreto o, meglio, l'accertamento di una situazione preliminare di natura oggettiva (la revocabilità del contratto, l'illegittimità della delibera). Ciò accade tipicamente quando l'ordinamento individui dei *rimedi*, strumenti di tutela dei diritti soggettivi, spesso costitutivi. Occorre considerare che la maggior parte degli istituti processuali sono stati strutturati per un processo con coincidenza tra situazione tutelata e *Streitgegenstand*, sicché gli stessi devono essere adattati allorché entrano in relazione con ipotesi in cui tale coincidenza non vi è. Nel nostro caso, abbiamo visto, l'art. 111 c.p.c. può trovare applicazione, tenendo conto che l'evento successorio che riguarda la situazione legittimante tutelata (il diritto di credito) si porta con sé, quale *naturalia negotii* della cessione, anche la successione nell'azione revocatoria oggetto del giudizio.

STEFANO ALBERTO VILLATA

*Professore associato nell'Università di Milano*

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I civ., ordinanza 14 dicembre 2022,  
n. 36572

Pres. Cristiano – Rel. Abete

*Agenzia Territoriale per la Casa del Piemonte Nord c. Curatore del fallimento della  
«(Omissis)»*

*Allorché la parte abbia proposto nello stesso giudizio, in via subordinata, due o più domande fra loro concettualmente incompatibili, la sentenza con la quale il giudice di merito abbia accolto la domanda subordinata e non quella principale comporta anche un preciso accertamento del fatto, incompatibile con quello posto a base della domanda principale e compatibile con la domanda subordinata. Ne consegue che l'attore, per evitare la formazione del giudicato interno su detto accertamento di fatto, ha l'onere di impugnare non solo il rigetto della domanda principale ma anche lo stesso accoglimento della domanda subordinata, condizionandolo all'accoglimento dell'impugnazione sulla domanda principale (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). – 1. L'«Agenzia Territoriale per la Casa del Piemonte Nord» (*Omissis*) domandava l'ammissione al passivo del fallimento della «(*Omissis*)», dichiarato dal Tribunale di Biella. Esponeva che aveva in data 18.6.2008 stipulato con la fondazione poi fallita una convenzione «relativa all'utilizzo congiunto dei locali dell'Istituto (*Omissis*)», convenzione in virtù della quale la fondazione, da un canto, le aveva affidato la completa gestione del «reparto autosufficienti» posto al secondo piano dell'edificio adibito a sede della stessa fondazione ed essa agenzia, d'altro canto, si era impegnata alla riqualificazione della porzione immobiliare datale in gestione mercé realizzazione di tredici unità abitative per un intervento del valore complessivo di euro 275.000,00.

Esponeva altresì che aveva in data 13.12.2010 stipulato con la fondazione poi fallita un contratto di comodato avente ad oggetto le tredici unità abitative che essa ricorrente aveva medio tempore realizzato, contratto di comodato poi novellato con scrittura del 30.12.2011.

Chiedeva l'ammissione al passivo in chirografo, gradatamente, per l'importo di euro 342.994,32 in via principale giusta l'art. 2 del contratto di comodato e l'art. 12 della convenzione del 18.6.2008, per l'importo di euro 254.914,52 in via subordinata giusta l'art. 2 del contratto di comodato, per l'importo di euro 254.914,52 ovvero per altro minore importo ritenuto di giustizia in via ulteriormente subordinata ai sensi dell'art. 2041 c.c.

2. Il giudice delegato denegava l'ammissione al passivo per l'importo domandato in via principale e per quello domandato in via dapprima subordinata, attesa l'inopponibilità al fallimento del contratto di comodato e della convenzione in data 18.6.2008, altresì non configurandosi nella specie alcuna ipotesi di recesso unilaterale; ammetteva al passivo la ricorrente per il credito, quantificato nel minor ammontare di euro 190.000,00, domandato in via ulteriormente subordinata ai sensi dell'art. 2041 c.c., tenuto conto dei lavori eseguiti e dell'ammortamento delle migliorie a fronte dell'utilizzo delle unità abitative per circa cinque anni da parte dell'agenzia ricorrente.

3. L'«Agenzia» proponeva opposizione allo stato passivo. Deduceva in relazione all'importo la cui ammissione era stata domandata in via principale che la convenzione in data 18.6.2008 ed il contratto di comodato erano senz'altro opponibili al fallimento. Deduceva in relazione all'importo la cui ammissione era stata domandata in via subordinata che il contratto di comodato era opponibile siccome munito di data certa e che il comodato aveva

avuto prosecuzione con il fallimento, sicché doveva ritenersi che il curatore avesse esercitato il diritto di recesso non già che fosse subentrato nel comodato. Deduceva in relazione all'importo la cui ammissione era stata domandata in via ulteriormente subordinata che aveva errato il g.d. a quantificare la pretesa nella minor somma di euro 190.000,00. Resisteva il curatore del fallimento.

4. Con decreto n. 1813/2018 il Tribunale di Biella rigettava l'opposizione. Premetteva il Tribunale che la domanda *ex art. 2041 c.c.* era stata accolta, siccome si era acquisito riscontro che la ricorrente aveva senza dubbio sostenuto spese per la ristrutturazione e per la riqualificazione del compendio immobiliare a tutto vantaggio della fondazione poi fallita. Indi evidenziava che la disposta ammissione, non impugnata dall'opponente, aveva comportato la formazione di un giudicato interno fallimentare in ordine alla qualificazione del titolo in forza del quale il credito era stato ammesso. Evidenziava inoltre che permaneva comunque in ordine alla pretesa creditoria *ex art. 2041 c.c.*, l'interesse dell'opponente a far valere l'eventuale maggior credito, né, ad escludere siffatto interesse, poteva concorrere la circostanza che l'opponente avesse domandato altresì, a titolo di arricchimento senza giusta causa, l'ammissione per «l'altra minore somma ritenenda». Evidenziava quindi che la quantificazione della pretesa *ex art. 2041 c.c.*, era frutto di una ben precisa ponderazione; che, d'altronde, l'«Agenzia» non aveva presentato osservazioni in sede di verifica né aveva articolato in maniera analitica ragioni atte a dar conto della eccessiva decurtazione dell'importo invocato a titolo di arricchimento senza giusta causa. Evidenziava in particolare che a fronte delle ragioni, ancorate all'accertamento del nominato consulente, fondanti la decisione del g.d., «nessun puntuale argomento *a contrario* è stato avanzato dal ricorrente» (così decreto impugnato, pag. 4) ovvero alla domanda non avevano fatto seguito né allegazioni né deduzioni probatorie a sostegno dell'asserito maggior credito *ex art. 2041 c.c.* (*Omissis*).

7. Con il primo motivo la ricorrente denuncia ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1°, n. 4, la violazione degli artt. 100 e 324 c.p.c. Deduce che ha formulato le sue domande in via gradata. Deduce dunque che ha errato il Tribunale di Biella a ritenere che, in dipendenza dell'accoglimento dell'istanza formulata in via ulteriormente subordinata, operasse una preclusione da giudicato interno fallimentare in relazione all'istanza di ammissione formulata in via principale ed all'istanza di ammissione formulata in via dapprima subordinata. Deduce che l'assunto del Tribunale contrasta con i principi in materia di interesse ad impugnare, siccome l'opposizione a stato passivo, pur divergendo dall'appello, è pur sempre un mezzo di impugnazione.

8. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1°, n. 4, la violazione dell'art. 100 c.p.c. Deduce che la circostanza per cui avesse domandato l'ammissione al passivo in via residuale *ex art. 2041 c.c.*, non ha fatto venir meno l'interesse a proporre opposizione avverso il decreto del g.d. nella parte in cui erano state rigettate le istanze di ammissione formulate in via prioritaria ed era stata parzialmente accolta l'istanza di ammissione formulata in via ulteriormente subordinata. (*Omissis*).

14. Il primo ed il secondo motivo di ricorso sono senza dubbio connessi; il che ne giustifica la disamina contestuale; ambedue i motivi sono fondati e meritevoli di accoglimento, con conseguente assorbimento degli altri motivi.

15. Vanno ovviamente premessi gli insegnamenti di questa Corte. Ovvero l'insegnamento secondo cui l'opposizione a stato passivo, rimedio di natura impugnatoria ancorché non assimilabile all'appello, mira a rimuovere un provvedimento emesso sulla base di una cognizione sommaria e che, se non opposto, acquista efficacia di giudicato endofallimentare l. fall., *ex art. 96* (cfr. Cass. 25.2.2011, n. 4708).

Nonché l'insegnamento secondo cui, ove la parte abbia proposto nello stesso giudizio, in forma alternativa o subordinata, due o più domande fra loro concettualmente incompati-

bili, la sentenza con la quale il giudice di merito abbia accolto la domanda subordinata, e non quella principale incompatibile, non implica soltanto la qualificazione giuridica dei fatti esposti dall'attore a sostegno della domanda subordinata, ma comporta anche un preciso accertamento del fatto, incompatibile con quello posto a base della domanda principale e compatibile con la domanda subordinata; con la conseguenza che l'attore, per evitare la formazione del giudicato su detto accertamento di fatto, ha l'onere di impugnare non solo il rigetto della domanda principale ma anche lo stesso accoglimento della domanda subordinata, condizionandolo all'accoglimento dell'impugnazione sulla domanda principale, soltanto in tal modo potendosi ottenere la revisione dell'accertamento compiuto dal giudice circa l'esistenza del fatto posto a fondamento della domanda subordinata ed incompatibile con la domanda principale (cfr. Cass. 16.6.2003, n. 9631; Cass. 30.5.2013, n. 13602).

16. Su tale scorta si rileva nella specie quanto segue. Il giudice delegato – va ribadito – aveva denegato l'ammissione al passivo per l'importo domandato in via principale e per l'importo domandato in via dapprima subordinata ed aveva fatto luogo all'ammissione al passivo per il credito domandato in via ulteriormente subordinata – quantificato nel minor ammontare di euro 190.000,00 – a titolo di arricchimento senza giusta causa.

L'«Agenzia», con l'opposizione al passivo all'uopo esperita, ha, a sua volta, formulato in via gradata (ed al netto dell'ammontare per il quale era stata già disposta l'ammissione) espressa richiesta di ammissione per l'importo già invocato in via principale, per l'importo già invocato in via in primo luogo subordinata e per l'importo maggiore già invocato (ai sensi dell'art. 2041 c.c.) in via in secondo luogo subordinata (si vedano le conclusioni rassegnate con l'atto di opposizione, quali riportate alle pagine 1 e 2 dell'impugnato decreto, coincidenti con quelle testualmente riprodotte alle pagine 9 – 10 del ricorso per cassazione).

Negli esposti termini, innegabilmente, l'«Agenzia», con l'esperita opposizione l. fall., ex art. 98, ha non solo impugnato il rigetto della domanda principale ed il rigetto della domanda in primo luogo subordinata ma pure lo stesso parziale accoglimento della domanda in secondo luogo subordinata. Negli esposti termini, innegabilmente, inoltre, l'«Agenzia», reiterando con l'esperita opposizione l'iniziale gradata scansione delle sue domande, ha condizionato l'accoglimento dell'opposizione in ordine alla domanda in secondo luogo subordinata al mancato accoglimento dell'opposizione in ordine alla domanda principale ed in ordine alla domanda in primo luogo subordinata.

17. In tal guisa per nulla si giustifica l'affermazione del Tribunale di Biella secondo cui l'ammissione in parte del credito ex art. 2041 c.c., aveva comportato la formazione di un giudicato «interno» fallimentare, «tale per cui il titolo in forza del quale il credito è stato ammesso non può più essere individuato e determinato altrimenti» (così decreto impugnato, pag. 4), cosicché «ogni questione in ordine all'opponibilità alla procedura di quanto contrattualmente stabilito ed all'esercizio del potere di scioglimento da parte del curatore (doveva) ritenersi superata» (così decreto impugnato, pag. 4).

18. In tal guisa, altresì, sussiste l'*error in iudicando*, *sub* specie di falsa applicazione dell'art. 324 c.p.c., denunciato segnatamente con il primo motivo di ricorso. In tal guisa, ancora, sussiste l'*error in iudicando*, *sub* specie di falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c., denunciato e con il primo e con il secondo motivo di ricorso. Evidentemente, l'accoglimento, per giunta parziale, della domanda esperita in via ulteriormente subordinata non era e non è valso a caducare l'interesse ad opporsi allo stato passivo, onde – se del caso – conseguire, attesi i rituali termini in cui l'opposizione è stata formulata, l'ammissione per gli importi invocati in via principale e per gli importi invocati in via in primo luogo subordinata. (*Omissis*).

## Domande subordinate o alternative accolte e riemersione nelle fasi di impugnazione

1. – Lo studio delle questioni problematiche relative al trattamento del fenomeno del cumulo condizionale di domande nei gradi di impugnazione da sempre attrae, complici anche i fluttuanti orientamenti della giurisprudenza, gli studiosi del processo civile e ciò vale anche per la pronuncia in commento che, a proposito, riafferma un «insegnamento» che desta notevoli perplessità.

Per meglio comprendere i termini della questione che la pronuncia sottopone alla nostra attenzione è necessario brevemente riassumere la concreta vicenda giudiziale. Tizia, in qualità di creditrice chirografaria della fondazione Beta, chiede l'ammissione al passivo del fallimento di quest'ultima per una serie di importi avanzati in via condizionata in ordine decrescente: in via principale per il credito maggiore risultante da quanto pattuito a titolo contrattuale con Beta<sup>(1)</sup>; in via subordinata per un importo minore, anch'esso dedotto a titolo contrattuale<sup>(2)</sup>; in via ulteriormente subordinata per un importo residuale a titolo di arricchimento senza causa.

Il Giudice delegato ammette Tizia al passivo per il credito domandato *ex art.* 2041 c.c. in via di «seconda subordinata». La creditrice propone opposizione allo stato passivo insistendo per l'ammissione dei crediti maggiori azionati a titolo contrattuale e, altresì, comunque contestando la quantificazione, effettuata dal giudice delegato, della pretesa creditoria riconosciuta a titolo di arricchimento senza causa.

Il Tribunale respinge l'opposizione di Tizia e osserva che la pronuncia sulla domanda formulata in via (*sub*) subordinata, con la quale è stata disposta l'ammissione al passivo del fallimento di Beta a titolo di arricchimento senza causa e che, a detta del Tribunale, non è stata impugnata dalla creditrice, ha comportato «la formazione di un giudicato interno fallimentare in ordine alla qualificazione del titolo in forza del quale il credito era stato ammesso»<sup>(3)</sup>, così precludendo il riesame delle istanze di ammissione formulate a titolo contrattuale.

---

(1) Deducendo sia un contratto di comodato sia una «convenzione relativa all'utilizzo congiunto dei locali dell'Istituto», entrambi stipulati con Beta prima del fallimento di quest'ultima.

(2) Facendo però valere il solo contratto di comodato.

(3) Così espressamente al par. 4 della pronuncia in epigrafe. Inoltre, le contestazioni

Avverso la pronuncia del Tribunale propone ricorso la creditrice e la Suprema Corte, accogliendo i primi due motivi di ricorso, rileva innanzi tutto che l'accoglimento della domanda introdotta in via (*sub*) subordinata non ha fatto venir meno l'interesse della creditrice a insistere per il riconoscimento di quanto dalla stessa richiesto in via principale, onde ottenere, mediante l'accoglimento dell'opposizione allo stato passivo fallimentare, l'ammissione per gli importi maggiori.

Si dica fin da subito che questa prima considerazione attinente al profilo dell'interesse ad impugnare<sup>(4)</sup>, oltre ad essere recepita dalla giurisprudenza di legittimità anche nell'ambito di giudizi a cognizione ordinaria<sup>(5)</sup>, non è altro che un effetto della proposizione di domande in via di cumulo condizionale c.d. proprio, rispetto al quale l'accoglimento della domanda subordinata, proprio perché condizionato al rigetto della principale, non determina il pieno soddisfacimento dell'attore<sup>(6)</sup>. Pertanto, proprio in ragione del nesso di subordinazione impresso dall'attore alle proprie domande – il quale trae giustificazione dal principio dispositivo di modo che al giudice di prime cure è imposto un ordine vincolante nella decisione delle domande medesime<sup>(7)</sup> – vi è interesse dell'attore ad impugnare il rigetto della domanda principale, ancorché egli si sia visto accogliere in prime cure la subordinata.

---

sollevate dalla creditrice in merito all'errata quantificazione della pretesa *ex art.* 2041 c.c. vengono ritenute dal Tribunale non specifiche e non suffragate da allegazioni o deduzioni probatorie idonee a sostenere il riconoscimento di una somma maggiore a titolo di arricchimento senza causa.

(4) Tale profilo va tenuto distinto da un ulteriore tema, sul quale si tornerà più avanti nel testo poiché proprio in ciò sembrerebbe stare il *vulnus* della pronuncia e che riguarda il «trascinamento» del capo di accoglimento della domanda subordinata.

(5) Cfr. Cass. 27 luglio 2005, n. 15705, in *Giur. it.* 2006, 1457. In senso conforme Cass. 9 ottobre 2017, n. 23531; Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700, ove in motivazione ha affermato che «può darsi, poi, in presenza di due domande proposte in nesso di subordinazione, il caso in cui il primo giudice rigetti la principale e accolga quella subordinata. In questo caso l'attore può certamente impugnare la decisione quanto alla domanda principale ma potrebbe anche acquietarsi della decisione favorevole sulla subordinata»; Cass. 5 maggio 2010, n. 10909. In dottrina v. C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, II, *Struttura e funzione*, Padova 1985, 799. In senso parzialmente contrario sull'interesse ad impugnare v. L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano 1990, 88 testo e nt. 144 che sembra riconoscere tale interesse non ogniqualevolta la domanda principale sia rigettata e la subordinata sia accolta, ma solo quando «attraverso il gravame ed il suo eventuale accoglimento, [l'attore] può ottenere un risultato che gli sia di maggior vantaggio rispetto a quello ottenuto in prime cure».

(6) Perlomeno in astratto, altrimenti la parte avrebbe formulato le domande in via alternativa.

(7) E. Merlin, *Elementi di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2022, 120.

In secondo luogo, cioè rispetto alla formazione (rilevata dal giudice dell'opposizione) di un giudicato interno sul titolo in forza del quale il credito era stato ammesso al passivo, la S.C. richiama<sup>(8)</sup> il proprio «insegnamento»<sup>(9)</sup> alla cui stregua: i) quando la parte propone due o più domande «concettualmente» incompatibili in forma alternativa o subordinata, il rigetto della domanda principale, seguito dall'accoglimento di quella subordinata, comporta un preciso accertamento del fatto, oltre che la sua sussunzione in una determinata fattispecie giuridica, incompatibile con quello posto a base della domanda principale e compatibile con la domanda subordinata; ii) per evitare la formazione del giudicato su detto accertamento di fatto, l'attore non solo deve impugnare il rigetto della domanda principale, ma anche lo stesso accoglimento della domanda subordinata, condizionandolo all'accoglimento dell'impugnazione sulla domanda principale.

L'«insegnamento» viene confermato dalla Corte, che però ritiene nella specie sia stato rispettato, poiché la creditrice opponente non solo aveva correttamente impugnato il rigetto della domanda principale ed il rigetto della domanda subordinata, ma anche lo stesso accoglimento della domanda (*sub*) subordinata, così reiterando anche in sede di opposizione l'iniziale gradata scansione delle sue domande, impedendo la formazione del giudicato interno sulla fattispecie costitutiva dei crediti<sup>(10)</sup>.

Lasciando da parte la peculiarità, in sé irrilevante, della proposizione nel caso di specie di due distinte domande subordinate, occorre intrattenersi sul principio riaffermato dalla S.C. secondo cui, per evitare la formazione del giudicato interno sulla qualificazione giuridica dei fatti accertati mediante l'accoglimento della domanda subordinata, viene, in buona sostanza, imposto alla parte l'onere di impugnare una domanda nei confronti della quale è risultata vittoriosa. Che poi, all'esito pratico, l'applicazione di tale «regola» si sia qui rivelata tutto sommato innocua – in ragione

---

<sup>(8)</sup> Oltre a richiamare, in via di premessa, l'insegnamento a mente del quale «l'opposizione allo stato passivo, rimedio di natura impugnatoria ancorché non assimilabile all'appello, mira a rimuovere un provvedimento emesso sulla base di una cognizione sommaria e che, se non opposto, acquista efficacia di giudicato endofallimentare».

<sup>(9)</sup> Come espressamente definito dalla stessa S.C. (cfr. par. 15) che richiama testualmente altri due precedenti conformi: Cass. 16 giugno 2003, n. 9631 e Cass. 30 maggio 2013, n. 13602.

<sup>(10)</sup> Al par. 16 della pronuncia in commento si legge che la creditrice «ha condizionato l'accoglimento dell'opposizione in ordine alla domanda in secondo luogo subordinata al mancato accoglimento dell'opposizione in ordine alla domanda principale ed in ordine alla domanda in primo luogo subordinata». Quindi, la Suprema Corte cassa la pronuncia impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia al Tribunale.

del fatto che, nel caso di specie, la domanda (*sub*) subordinata era stata solo parzialmente accolta<sup>(11)</sup> e, dunque, era giocoforza interesse della parte impugnarla (ancorché condizionatamente, come sostenuto dalla S.C., al mancato accoglimento dell'opposizione avanzata per i crediti vantati a titolo contrattuale) per potersi vedere correttamente quantificato l'importo già ammesso (in misura però minore) a titolo di arricchimento senza causa – non sembra rendere meno rilevante la sua espressa riaffermazione da parte della Corte.

2. – La pronuncia in commento non è che l'ultima, in ordine di tempo, di una serie di pronunce che si sono occupate del trattamento da riservare nelle fasi di impugnazione al caso della domanda subordinata accolta a fronte del rigetto della principale ed è interessante rilevare che dal confronto di questi precedenti emerge un contrasto di orientamenti.

In alcune sentenze viene affermato il principio di diritto che è stato applicato anche nella pronuncia in commento, secondo il quale, si ripete, l'attore che voglia insistere per l'accoglimento della pretesa principale non può limitarsi ad impugnare il rigetto di quest'ultima, ma deve anche impugnare – a pena di inammissibilità del gravame relativo alla domanda principale – l'accoglimento di quella subordinata, per impedire la formazione del giudicato interno sull'accertamento di fatto posto a fondamento di quest'ultima<sup>(12)</sup>.

---

(11) Poiché a fronte della richiesta (*sub*) subordinata per ingiustificato arricchimento avanzata per l'importo di euro 254.914,52 ovvero per altro minore importo, era stata accordata l'ammissione al passivo per la minor somma di 190 mila euro. Il tribunale, in sede di opposizione, aveva altresì evidenziato che «permaneva comunque in ordine alla pretesa creditoria *ex art.* 2041 c.c., l'interesse dell'opponente a far valere l'eventuale maggior credito, né, ad escludere siffatto interesse, poteva concorrere la circostanza che l'opponente avesse domandato altresì, a titolo di arricchimento senza giusta causa, l'ammissione per "l'altra minore somma ritenenda"» (par. 4 della sentenza).

(12) Si tratta di due precedenti, richiamati dalla medesima pronuncia qui pubblicata, di cui si sono riportati gli estremi alla prec. nota 9. In particolare, nella sentenza della Corte di Cassazione del 2013, il caso di specie riguardava la formulazione, in via principale, dell'azione negatoria di una servitù di veduta esercitata da una finestra e, in via subordinata, dell'azione di riduzione in pristino *ex art.* 1067 c.c. per aggravamento della servitù preesistente in seguito alla demolizione di un terrazzo (quest'ultima formulata alla luce del contenuto delle difese del convenuto che, nella comparsa di risposta, assumeva di aver usucapito l'esercizio di una servitù di veduta dal terrazzo poi demolito). Rigettata in primo grado la domanda principale ed accolta quella subordinata, la S.C. – sulla scorta del fatto che, nella specie, l'alternativa ricostruzione dei fatti conduceva ad accertare o l'inesistenza del diritto di servitù, o, sul presupposto che la servitù esista, l'aggravamento del peso preesistente – ha affermato che «nella fattispecie (...) il ricorrente non ha impugnato il capo della sentenza di primo grado relativo alla riduzione in pristino per aggravamento della servitù, conseguen-

In altre, invece, si sostiene che non potrebbe mai configurarsi in capo alla parte un onere di impugnazione di un capo della sentenza sul quale è risultata vittoriosa, senza considerare poi che le domande, essendo formulate in via condizionalmente cumulata, sono legate da un rapporto di ordine logico (noi diremmo processuale), prima che giuridico (noi diremmo sostanziale, in questo caso negativo, essendo le domande incompatibili di tal guisa che se esiste il diritto sotteso all'azione principale non può esistere il diritto subordinato) (13).

Le pronunce che seguono il secondo orientamento sono due (14) (per quanto ci consta) e, in larga parte, riflettono le posizioni assunte dalla dottrina sul fenomeno qui in esame, come si dirà nel paragrafo seguente.

---

temente si è formato il giudicato sul punto che ha riconosciuto la preesistenza del diritto di servitù di veduta seppure esercitata da un terrazzo». Nella pronuncia del 2003, invece, il principio di diritto viene in rilievo direttamente in Cassazione poiché l'accoglimento della domanda subordinata e il rigetto della domanda principale sono stati pronunciati, non già in primo grado, ma nella sentenza di appello. Nella specie, l'attore chiedeva in via principale la condanna al pagamento nei confronti della compagnia assicurativa convenuta dell'indennizzo per i danni al bene assicurato e, in via subordinata, la restituzione della quota del premio assicurativo relativa al periodo non assicurato, durante il quale si era verificato il sinistro, a seguito del recesso della compagnia dal contratto di assicurazione. La ricostruzione del fatto così come è esposta nella sentenza non consente di dire con precisione quale fosse stato l'esito del giudizio di primo grado (si legge solo che «il tribunale (...) rigettava la domanda» e che «proponeva appello l'attrice»). Sembra logico supporre che entrambe le domande erano state rigettate in primo grado. Il giudice di gravame accoglieva la domanda subordinata e rigettava la principale; l'attore proponeva ricorso in Cassazione senza impugnare il capo (subordinato e accolto) sulla restituzione del premio per il periodo non assicurato. La S.C. ha dichiarato *inammissibile* – si conferma, quindi, che la sanzione applicata è proprio l'inammissibilità, cui fa seguito il passaggio in giudicato del capo impugnato – il ricorso «essendosi formato, per la mancata impugnazione dell'accoglimento della domanda subordinata, il giudicato sul punto che, per effetto del recesso dell'assicuratore, il ricorrente non aveva copertura assicurativa nel periodo nel quale si era verificato il sinistro, oggetto della domanda principale, e difettando quindi nella specie il requisito, necessario anche con riguardo all'impugnazione, dell'interesse ad agire».

Si segnalano altri tre precedenti (Cass. 23 settembre 2021, n. 25856; Cass. 4 aprile 2017, n. 8674; Cass. 23 aprile 2013, n. 9763) nei quali, pur essendo richiamato il principio di diritto, esso risulta invocato in maniera inconferente rispetto al caso di specie e ai motivi di ricorso.

(13) Così Cass. 12 aprile 2012, n. 5805, che evidenzia l'esistenza di un «rapporto di ordine logico prima che giuridico che è dato rinvenire tra la domanda principale e la domanda subordinata, in forza del quale quest'ultima è avanzata soltanto a condizione che la prima non risulti accolta».

(14) La prima, più risalente, è Cass. 16 luglio 1996, n. 6426, ove troverebbe concreta applicazione il fenomeno del c.d. effetto devolutivo allargato, alla stregua del quale «l'accoglimento dell'appello sul capo principale impone, a prescindere dall'impugnazione incidentale sul capo subordinato, la riforma della decisione di accoglimento della subordinata ad opera della sua dichiarazione di assorbimento». La seconda è Cass. 12 aprile 2012, n. 5805, nella quale è affermato il principio secondo cui l'accoglimento dell'impugnazione avanzata

Dagli orientamenti fin qui ricordati emergono due temi. Il primo, che abbiamo già ricordato e sul quale quindi non ci soffermeremo oltre, riguarda la sussistenza dell'interesse ad impugnare dell'attore, il quale è ragionevolmente riconosciuto da tutte le pronunce. Il secondo attiene all'individuazione delle condizioni del «trascinamento» nei successivi gradi di giudizio del capo decisorio di accoglimento della domanda subordinata (beninteso, in assenza di impugnazione del convenuto) e se, una volta accolta l'impugnazione, occorra espressa caducazione di tale capo.

3. – Sebbene sulla base di impostazioni diverse, la dottrina non sembra dubitare che il gravame sul capo di rigetto della domanda principale sia ammissibile senza che vi sia alcuna necessità per l'attore di formulare espresso gravame anche sul capo di accoglimento della domanda subordinata.

Già la dottrina più risalente, analizzando la fattispecie del cumulo subordinato nel contesto dell'appello, notava che in virtù del nesso che lega la domanda subordinata alla principale – tale per cui la decisione di accoglimento della subordinata può rimanere efficace solo se rimane ferma la decisione di rigetto della principale – in ragione dell'effetto devolutivo della proposizione del gravame va esclusa la configurabilità di impugnazione separata dei due capi, sì che l'appello proposto dall'attore contro il rigetto della domanda principale investe il giudice superiore anche della cognizione dell'istanza subordinata<sup>(15)</sup>.

---

dall'attore (e dunque l'inversione di segno della domanda principale che sarà ora dichiarata accolta) estende i suoi effetti anche al capo non impugnato dipendente (quello subordinato) «in modo non dissimile dal fenomeno descritto dall'art. 336 c.p.c., secondo cui la riforma di una decisione in sede di impugnazione estende i suoi effetti anche ai capi non impugnati, ma da essa dipendenti». Il caso di specie della pronuncia del 2012 riguardava il cumulo di una domanda principale di esecuzione specifica ex art. 2932 c.c. di un contratto preliminare con una subordinata di risoluzione del medesimo contratto per inadempimento del promittente venditore. L'appello proposto dall'attore contro il rigetto della principale veniva dichiarato *inammissibile* essendo divenuta definitiva, secondo l'interpretazione data dalla corte territoriale poi censurata dalla Corte di Cassazione, la statuizione sulla accertata risoluzione del contratto che, non essendo stata impugnata dall'attore, impediva di adottare una diversa pronuncia sul punto, cioè impediva di ridecidere (e se del caso accogliere) la domanda principale. Tra le censure mosse dal ricorrente alla pronuncia della Corte d'Appello – accolte dalla S.C. – veniva altresì rilevato che l'appello contro il capo di accoglimento della domanda subordinata non era stato formulato per difetto di interesse ad impugnare dell'attore.

<sup>(15)</sup> In tal senso si veda E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma 1936, 673 s. e anche G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, rist., Napoli 1965, 994, riferendosi però alla devoluzione della principale in seguito all'appello del convenuto contro l'accoglimento della subordinata.

L'ulteriore sviluppo, da parte della dottrina, dell'impostazione secondo cui la condizionalità integra un'ipotesi di dipendenza sul piano processuale<sup>(16)</sup>, ha portato a riconoscere che l'effetto di «trascinamento» si realizzerebbe nelle fasi di impugnazione, assai più linearmente, in virtù della devoluzione automatica della decisione subordinata/dipendente non impugnata al giudice superiore, così da impedirne il passaggio in giudicato, secondo l'operare del c.d. effetto devolutivo «allargato»<sup>(17)</sup>. Il funzionamento di tale effetto garantirebbe il «trascinamento» della decisione dipendente ed anche – e in ciò starebbe la sua vera utilità, nota la dottrina rispetto all'operare del mero effetto caducatorio di cui all'art. 336 c.p.c.<sup>(18)</sup> – che essa divenga oggetto dell'appello<sup>(19)</sup>, con conseguente

---

<sup>(16)</sup> Il riferimento è alla ricostruzione di C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Il procedimento*, cit., 443, e II, 757, 786. Secondo l'a., infatti, l'abbinamento condizionale impresso dalla parte alle domande – la cui utilità, peraltro, consisterebbe anche nell'assicurare un regime semplificato in sede di impugnazione – è cosa ben diversa dal mero condizionamento delle domande a livello sostanziale per nesso di dipendenza o incompatibilità/alternatività sostanziale. Il condizionamento di tipo sostanziale, infatti, non basta a realizzare un *vero* cumulo condizionale, realizzandosi meramente un cumulo puro (o incondizionato) se l'attore non ha dichiarato di voler condizionato lo stesso esame nel merito di una delle due domande a un certo esito della decisione di merito sull'altra; solo in ciò si coglie l'essenza del *vero* cumulo condizionale nella natura di rito della decisione di assorbimento da emettersi su una delle due domande, decisione che comunque vale a costituire, limitatamente all'oggetto processuale del giudizio, esercizio del potere del giudice di accertamento e decisione e dà così luogo a un distinto ma non indipendente capo di sentenza. A tale impostazione ha prestato adesione uno dei due precedenti della S.C., quello del 1996, di cui abbiamo riferito alla prec. nota 14.

<sup>(17)</sup> Sempre C. Consolo, *Il cumulo*, II, 761 s., spec. 769, ove l'a. afferma che l'inammissibilità del passaggio in giudicato «parziale» ed «anticipato» dei capi dipendenti da quello oggetto di impugnazione è espressione di un vero e proprio principio sistematico, ancorché «inespresso» nel nostro ordinamento, per cui «non può essere chiesto il riesame di una decisione senza che al giudice di gravame, ad un tempo e necessariamente, risulti devoluta altresì la virtuale potestà cognitiva sulle contestuali decisioni che si fondano su quella impugnata. Si tratta proprio del principio del c.d. effetto devolutivo «allargato» del gravame». Più recentemente, si veda anche, dello stesso a., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2008, 47 e *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, 13<sup>a</sup> ed., Torino 2023, 441, 444, 446-448.

<sup>(18)</sup> C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 766 s.; Id., *Spiegazioni*, cit., II, 447, ove osserva che l'effetto caducatorio «finirebbe col rimuovere semplicemente la decisione precedente sulla causa dipendente senza sostituire ad essa alcuna altra decisione, così consentendo che la domanda relativa alla causa dipendente possa essere riproposta in un altro processo, sia pure con un esito scontato nel momento in cui sia passata in giudicato la decisione sulla causa pregiudiziale resa in sede di gravame nel primo processo».

<sup>(19)</sup> In realtà l'efficacia devolutiva del capo dipendente deve valere per ogni impugnazione esperibile, si rimanda a C. Consolo, *Il cumulo*, cit., 784, 796, 798 s. il quale precisa che per le impugnazioni rescindenti la caducazione «allargata» del capo dipendente da quello censurato può solo consentire che tale capo sia riesaminato nella fase rescissoria (sempre che non vi sia stata rinuncia).

potere-dovere del giudice di emettere una c.d. pronuncia adeguatrice in sede di accoglimento del gravame sulla domanda principale<sup>(20)</sup>.

Secondo altra impostazione è invece pleonastico ricorrere all'effetto devolutivo «allargato», in quanto già l'art. 336 c.p.c. – quale norma fondante l'operatività del meccanismo dell'efficacia espansiva della riforma o cassazione di un capo rispetto a capi dipendenti – basterebbe a giustificare la caducazione della decisione sulla domanda subordinata senza che via sia bisogno di un'esplicita pronuncia «adeguatrice»<sup>(21)</sup>. In altri termini, l'accoglimento dell'appello dell'attore comporterebbe comunque la caducazione del capo subordinato/dipendente ai sensi dell'art. 336 c.p.c., mentre

(20) Pronuncia adeguatrice che, nell'ipotesi in esame, sarà una pronuncia di assorbimento (v. C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 799 s.). Diversamente, quando il capo dipendente devoluto in via «allargata» è un capo di assorbimento, esso potrà venire deciso dal giudice superiore solo se sia stato tenuto in vita e riproposto ex art. 346 c.p.c. (Id., *op. loc. cit.*, 775, 796). Il riesame del capo dipendente/subordinato viene fatto soltanto nei limiti del condizionamento, cioè nei limiti in cui i motivi sulla domanda principale possono investire anche un cambio di pronuncia della subordinata.

(21) Così L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, cit., 88. L'a. riconoscerebbe, innanzitutto, l'operatività del meccanismo caducatorio di cui all'art. 336 al cumulo di domande (Ead., *op. loc. cit.*, 83 nota 132, ove il rimando a A. Cerino Canova, *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Padova 1973, 452, sull'applicabilità del 336 all'ipotesi di sentenza cumulativa) e anche al cumulo condizionale, cioè quando la dipendenza tra i capi è di tipo solo processuale, poiché anche il nesso di condizionamento impresso dalla parte «rende ragione della necessità della caducazione del capo dipendente in conseguenza della riforma di quello pregiudiziale». Sull'operatività dell'effetto espansivo interno alle ipotesi di processo cumulato v. anche F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, 14<sup>a</sup> ed., Milano 2023, 378. Nello stesso senso di Salvaneschi, cioè nel senso di escludere l'effetto devolutivo «allargato», sembrerebbe anche A. Tedoldi, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, in *Giur. it.* 2001, 1311 testo e nt. 136. Si v. anche N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli 1996, 189 secondo il quale il capo dipendente non impugnato passa in giudicato per acquiescenza tacita qualificata ed è successivamente eliminato ex art. 336, comma 1, c.p.c. se il capo principale viene riformato. Parzialmente diversa la tesi di A. Bonsignori, *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi (effetto esterno)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1976, 956, 963-965, secondo il quale, posto che il nesso di subordinazione fra le domande è un requisito necessario ma non sufficiente per il prodursi dell'effetto devolutivo, quando la principale sia stata rigettata e la subordinata accolta, tale effetto non si produrrebbe mai poiché «il nesso di condizionalità negativa, che lega la domanda subordinata alla principale, non ha più modo di esplicarsi, stante la reiezione di quest'ultima, che, ponendo in essere il presupposto perché il giudice passi all'esame della domanda subordinata, esaurisce tale nesso anche in sede di impugnazione». L'autore, pur non riconoscendo l'operatività dell'effetto devolutivo alla fattispecie in esame, non sembra comunque negare che l'impugnazione dell'attore del capo principale impedirebbe il passaggio in giudicato del capo subordinato non impugnato. Tipicamente, invece, secondo Bonsignori, l'effetto devolutivo si manifesta quando la subordinata sia dichiarata assorbita in seguito all'accoglimento della principale: qui la riforma in appello del capo di accoglimento della principale consentirebbe al giudice di decidere anche la subordinata (se abbiamo ben inteso senza nemmeno necessità di riproporla ex art. 346 c.p.c., v. p. 963).

lo stesso passerebbe in giudicato se l'appello confermasse il rigetto della domanda principale. Viene dunque negato che l'appello dell'attore abbia efficacia devolutiva «allargata» rispetto al capo decisorio sulla domanda subordinata, poiché di tale devoluzione allargata non vi è alcuna necessità<sup>(22)</sup>.

In realtà, anche per la dottrina sostenitrice dell'effetto devolutivo «allargato», l'art. 336, comma 1, c.p.c. non è completamente posto fuori gioco, in quanto l'effetto meramente caducatorio previsto da tale norma opererebbe in via residuale e vicaria, cioè solo nell'eventualità che il giudice di gravame «non potesse od omettesse di pronunciarsi sulla subordinata»<sup>(23)</sup>.

Invero, del rapporto tra l'effetto devolutivo «allargato» e l'effetto espansivo interno di cui all'art. 336, comma 1, c.p.c., è tornata ad occuparsi una più recente dottrina che, compiendo una integrale rimeditazione dell'effetto devolutivo «allargato», sostiene la vigenza di tale effetto nel nostro ordinamento, ritenendo però che esso scaturisca direttamente proprio dall'art. 336 c.p.c.<sup>(24)</sup>. Quanto al funzionamento di tale effetto nello specifico ambito del cumulo condizionale di domande – rispetto al quale si riconosce anche qui in premessa che il nesso di dipendenza tra le domande

---

<sup>(22)</sup> Sempre Salvaneschi, *L'interesse*, cit., 89, la quale critica direttamente la ricostruzione di Consolo anche prospettando che essa comporti il rischio di un'indebita *reformatio in peius*. Su quest'ultimo punto, più dettagliatamente, si rimanda al par. successivo.

<sup>(23)</sup> Precisando che, in ogni modo, cioè anche qualora vi fosse questo «errore» del giudice, nei confronti della subordinata «non giungerebbe a formarsi – o a persistere – un giudicato di merito», C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 803. Il concetto è rimarcato, più recentemente, in Id., *Spiegazioni*, cit., II, 447.

<sup>(24)</sup> Il riferimento è al lavoro di R. Poli, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova 2002, 8 ss., 20 ss., cui rimandiamo soprattutto per la disamina della parte ricostruttiva del fenomeno dell'effetto devolutivo «allargato» che in questa sede non possiamo che prendere in considerazione solo per quanto di rilievo rispetto alla ristretta casistica che stiamo affrontando. Basti qui dire che, secondo la ricostruzione dell'autore, l'art. 336, comma 1, c.p.c. non esclude anche un'efficacia conformativa adeguatrice nei confronti del capo dipendente, così sostenendo che il riconoscimento dell'effetto devolutivo «allargato» debba trarsi proprio da tale norma (Id., *op. loc. cit.*, 33 testo e nt. 54), così scostandosi sia dalla ricostruzione prospettata dal qui più volte citato C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 766 ss., sia da N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 187 s., il quale nega l'effetto devolutivo «allargato» sostenendo invece che «il capo non impugnato resta estraneo al gravame e passa in giudicato per acquiescenza tacita qualificata, mentre la sua successiva eliminazione, ex art. 336, comma 1, c.p.c., basta ad evitare un'incongruenza logica fra decisioni», sia da S. Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova 1999, 521 ss. che riconosce una devoluzione allargata ma sospensivamente condizionata alla riforma o caducazione del capo pregiudiziale: il capo dipendente passa in giudicato se è impugnato solo quello pregiudiziale, ma il giudicato è risolutivamente condizionato alla riforma o cassazione di quest'ultimo.

cumulate in via condizionale sia di tipo processuale<sup>(25)</sup> – vengono raggiunte conclusioni non dissimili da quelle della dottrina di cui si è detto in precedenza: il capo dipendente viene immediatamente devoluto «in via allargata e nei limiti del condizionamento», cioè nei limiti delle censure sul capo principale, di tal guisa che, *ex art. 336, comma 1, c.p.c.*, accolta l'impugnazione, «alla decisione subordinata succede la dichiarazione di assorbimento della medesima, a prescindere dall'esistenza o meno di un'impugnazione incidentale riguardo ad essa»<sup>(26)</sup>, dunque in sostanza una pronuncia espressamente «adeguatrice» rispetto all'esito del gravame.

La reale utilità dell'effetto devolutivo «allargato» – sia fondato direttamente sull'art. 336, comma 1, c.p.c., riconoscendo quindi a tale disposizione un effetto anche conformativo e non solo negativo-caducatorio, oppure no – starebbe nel determinare l'immediata sottrazione al giudicato del capo di sentenza dipendente/subordinato e, conseguentemente, la sua devoluzione (nei limiti del condizionamento) al giudice superiore.

In conclusione, che si aderisca all'una o all'altra impostazione<sup>(27)</sup>, sembra evidente che, contrariamente a quanto sostenuto nell'«insegnamento» della Suprema Corte, di un espresso gravame dell'attore sul capo di accoglimento della domanda subordinata non vi è necessità alcuna, né in senso logico, né in senso tecnico e certo in sua mancanza non è congruo discorrere di inammissibilità del gravame proposto ai fini dell'accoglimento della domanda principale.

4. – Vi è da chiedersi se l'affermazione di un onere di impugnazione in capo all'attore della domanda subordinata accolta, ancorché in via condizionata all'accoglimento della sua impugnazione sulla domanda principale, sia dettata dal timore della S.C. di incorrere, altrimenti, in una possibile violazione del divieto di *reformatio in peius*, sfociando il gravame in una vanificazione del risultato già raggiunto nel precedente giudizio dall'appellante nonostante la carenza di iniziativa dell'appellato<sup>(28)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> R. Poli, *op. cit.*, 53.

<sup>(26)</sup> R. Poli, *op. cit.*, 60.

<sup>(27)</sup> Invero, come rileva E. Merlin, *Inscindibilità dei giudizi e riproposizione di domande fra litisconsorti nelle fasi di gravame*, in questa *Rivista* 2013, 1305, nt. 40, l'effetto devolutivo «allargato» applicato quando si tratta di «adeguare» il capo dipendente da quello impugnato, non è poi cosa diversa dall'effetto caducatorio del 336, stando la diversità solo nel fatto che quest'ultimo è compatibile con il riconoscimento del provvisorio passaggio in giudicato del capo dipendente.

<sup>(28)</sup> Sulla vigenza di tale divieto nel nostro ordinamento (vigenza, peraltro, non assoluta: si pensi, tra varie ipotesi, alla negazione da parte del giudice di secondo grado di un bene della vita parzialmente attribuito dal giudice di prime cure all'appellante, come con-

Occorre distinguere tra due casi, a seconda cioè dei possibili esiti cui può giungere il giudizio di appello (sempre tenendo fermo che nella fattispecie sia solo l'attore a proporre impugnazione contro il rigetto della sua domanda principale e il convenuto appellato rimanga inerte). Ebbene, se l'appello viene accolto, il *vulnus* al principio di *reformatio in peius* è solo apparente, poiché il «venir meno» del capo di sentenza che in primo grado aveva accolto la domanda subordinata è un effetto delle stesse conclusioni dell'appellante che inevitabilmente riflettono l'articolazione condizionale delle domande proposte in primo grado. Semplificando molto il ragionamento, si può dire che l'appellante è disposto a rinunciare all'accoglimento della subordinata ove però ottenga l'accoglimento della domanda principale.

Che questo primo possibile esito del giudizio di impugnazione non confligga in alcun modo con il principio di divieto di *reformatio in peius* è sicuramente vero per i sostenitori dell'effetto devolutivo «allargato», il cui operare «nei limiti del condizionamento» comporterà per il giudice unicamente di dover dichiarare assorbita la domanda subordinata<sup>(29)</sup>; ma anche da quanti non riconoscono tale effetto, poiché alla riforma in senso assorbente del capo principale impugnato farà seguito la caducazione del capo dipendente, grazie al funzionamento del meccanismo caducatorio di cui all'art. 336 c.p.c.<sup>(30)</sup>.

---

sequenza della rilevata nullità del contratto, questione rilevabile d'ufficio e non rilevata in prime cure) si rinvia, tra gli altri, ai contributi di E. Betti, *Diritto processuale civile*, cit., 667; A. Bonsignori, *La «reformatio in peius» nel processo civile ed il suo divieto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1983, 1370 ss., il quale riconduce il divieto in parola al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; P. Calamandrei, *Appunti sulla «reformatio in peius»*, in questa *Rivista* 1929, 301, il quale fonda la giustificazione dogmatica del divieto in parola nella combinazione del principio dispositivo col principio della soccombenza; F. Carnelutti, *Studi di diritto processuale*, II, Padova 1928, 165, ove l'a. cit. afferma che «il divieto della *reformatio in peius* non è altro che un aspetto del principio del *gravame parziale*»; S. Chiarloni, voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, 5; S. Chiarloni, M. Russo, voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Diritto online Treccani* 2017; R. Poli, *I limiti oggettivi*, 570 ss.; Id., «*Parte di sentenza*» e *formazione del giudicato interno*, in *Judicium* 2021, 149 ss.; R. Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civili secondo la nuova legislazione. Parte generale*, Padova 1943, 302 ss.; N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 30 ss., ove la vigenza del divieto è indagata specialmente rispetto all'ipotesi di soccombenza ripartita su domande aventi *petitum* divisibile; A. Tedoldi, *L'appello civile*, Torino 2016, 226 s.; Id., *L'onere di appello incidentale*, cit., 1309 s.

<sup>(29)</sup> Cfr. chiaramente R. Poli, *I limiti oggettivi*, 61, se l'impugnazione è accolta «l'unico effetto che può prodursi sulla dipendente è una sua riforma ad opera della dichiarazione di assorbimento e non già un esame nel merito della stessa» e anche, pur partendo da premesse diverse, C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 799 s., nel senso che, come si è visto, quest'ultimo autore non trae il fondamento del principio della devoluzione allargata direttamente dall'art. 336 c.p.c., riconoscendo a tale norma solo portata caducatoria (Id., *op. loc. cit.*, 766 s.).

<sup>(30)</sup> L. Salvaneschi, *L'interesse*, cit., 88. *Contra* parzialmente A. Bonsignori, *L'effetto*

Il «venir meno» del capo subordinato favorevole (sostituito da una pronuncia di assorbimento o in via caducatoria) non determina alcun peggioramento della posizione dell'appellante, in quanto il suo preminente interesse è quello di vedersi riconosciuto quanto richiesto con la domanda principale e ci sembra ragionevole che ciò valga a prescindere dalla valutazione dell'effettivo grado di tutela che gli derivi dal riconoscimento della principale rispetto alla subordinata, vale a dire anche qualora esso fosse equivalente o (addirittura) di minor portata.

Evitare un'indebita *reformatio in peius* è sembrato, invece, ad alcuni più difficile quando l'esito dell'appello sia sfavorevole all'appellante. Proprio riguardo a tale ipotesi decisoria si concentrano le critiche mosse dagli oppositori dell'effetto devolutivo «allargato», ove sostengono che l'automatica devoluzione del capo subordinato/dipendente al giudice superiore non impedirebbe (ma, addirittura, imporrebbe) al giudice, se confermato il rigetto del capo principale, di giudicare nuovamente anche della fondatezza di quello subordinato, con il rischio di un possibile esito peggiorativo per l'appellante<sup>(31)</sup>.

Anche volendo sostenere che la vigenza stessa di tale principio non sia di per sé sufficiente a limitare in senso assoluto la potestà decisoria del giudice superiore nei confronti di un capo non impugnato<sup>(32)</sup>, data l'assenza di un esplicito riconoscimento normativo di tale divieto, non sembra

*devolutivo nell'ambito dei capi connessi*, cit., 965, poiché anche se l'autore, come si è visto alla prec. nt. 21, ove esclude l'operare nel caso di specie dell'effetto devolutivo «allargato», non sembra trarre argomenti dal rischio di un'indebita *reformatio in peius*; Bonsignori, infatti, sostiene che «l'eventuale reiezione dell'appello non provoca di per sé (...) alcuna conseguenza diretta, ma soltanto indiretta, in quanto ribadisce la sussistenza del presupposto sul quale la subordinata stessa si basa, e cioè il rigetto della domanda principale».

<sup>(31)</sup> Oltre che in deroga al principio della soccombenza, così, almeno in termini di rischio teorico, L. Salvaneschi, *L'interesse*, cit., 88 s., ove, in nt. 145, richiama A. Attardi, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.* 1961, 147, il quale, in astratto, prospetta il rischio che l'impugnazione del capo sfavorevole da parte del soccombente sottoponga al giudice superiore anche il riesame dei capi a lui favorevoli, con ciò realizzandosi una violazione del principio della soccombenza e del divieto di riesame d'ufficio dei capi non impugnati da parte del giudice di gravame.

<sup>(32)</sup> Volendo, cioè, aderire alla constatazione che la tendenziale vigenza nel nostro ordinamento del principio di divieto di *reformatio in peius* non sia di per sé sufficiente a limitare l'effetto devolutivo, cioè non sia sufficiente a imporre il divieto per il giudice di riformare la sentenza parzialmente impugnata togliendo o riducendo quanto già ottenuto dall'appellante. In tal senso (rispetto al tema delle domande a *petitum* divisibile, ma le considerazioni sul principio in parola sono formulate in via generale) si v. L. Bianchi, *I limiti oggettivi dell'appello civile*, Padova 2000, 151 s., il quale sostiene che «questo divieto è da ritenere operante e quindi in grado di indurre conseguenze nella disciplina del giudizio di appello, in quanto si dimostri la sua positiva sussistenza nell'ordinamento, in quanto cioè dalle norme di legge si possano ricavare precise indicazioni nel senso della limitazione dei

però possibile ammettere che il giudice superiore, una volta rigettato l'appello proposto dall'attore contro la domanda principale, possa riesaminare e riformare l'accoglimento della domanda subordinata senza incorrere nella violazione delle regole sulle impugnazioni incidentali<sup>(33)</sup>. Tale impedimento per il giudice è dunque diretta conseguenza della previsione dell'onere di impugnazione incidentale in capo al convenuto che voglia ottenere una riforma favorevole della sentenza impugnata, in assenza di una previsione normativa che consenta al giudice d'ufficio di ridecidere una domanda nei confronti della quale non sono state mosse censure.

Non solo, si consideri anche che, come già si è detto, la devoluzione allargata opera nei soli limiti del condizionamento, per cui l'estensione del potere di cognizione del giudice di appello è limitata da quanto necessario per rendere la c.d. pronuncia adeguatrice sul capo subordinato in seguito all'accoglimento dell'appello; diversamente, se l'impugnazione viene rigettata, deve essere semplicemente riconfermato il rigetto della domanda principale<sup>(34)</sup>. Deve, dunque, escludersi che nell'operare del fenomeno del «trascinamento» del capo decisorio della domanda subordinata possa seriamente ravvisarsi un rischio di rendere una pronuncia di *reformatio in peius* in danno dell'appellante.

5. – Al netto delle considerazioni fin qui svolte, la ricostruzione offerta dalla S.C. non è condivisibile e financo contraria al senso di giustizia,

---

poteri del secondo giudice; non sembra invece condivisibile l'atteggiamento opposto, che trae conseguenze applicative dalla supposta esistenza del divieto».

<sup>(33)</sup> In tal senso, nella voce sull'appello di S. Chiarloni, M. Russo, *op. cit.* (e anche nella versione precedente della voce, v. S. Chiarloni, *op. cit.*, 5), l'assenza di una previsione normativa fondante il divieto di *reformatio* e la sua non deducibilità dalla previsione dell'appello incidentale, consentono solo di dedurre che «vi sono ipotesi in cui la riforma della sentenza a favore dell'appellato può avvenire esclusivamente se questi propone appello incidentale. Non si può ricavare, invece, che ogniqualvolta l'appello incidentale non venga proposto, la *reformatio in peius* sia di conseguenza preclusa». Da qui l'individuazione di due eccezioni nella quali deve ritenersi consentita la riforma ai danni dell'appellante: quando è conseguenza di una questione rilevabile d'ufficio non anteriormente esaminata (cfr. prec. nt. 28); quando è conseguenza della fondatezza dei motivi di impugnazione su una questione preliminare (ad esempio il giudice di gravame ritiene scaduto il termine di pagamento, quindi esigibile il credito) che conducono all'esame (per la prima volta) nel merito della domanda e al suo rigetto. *Idem*, A. Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, cit., 1310, secondo il quale «la regola, salve le eccezioni sopra accennate, dovrebbe essere la seguente: la riforma in danno dell'appellante è consentita al giudice di gravame soltanto allorché l'appellato proponga appello incidentale», ove le eccezioni sono le stesse individuate da S. Chiarloni, M. Russo. Si v. anche R. Poli, *I limiti oggettivi*, 24, nt. 33.

<sup>(34)</sup> In questo senso C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 799 s.; R. Poli, *I limiti oggettivi*, cit., 61.

tenuto conto che la sua applicazione può condurre a conseguenze poco eque dal punto di vista della possibile sanzione di inammissibilità del gravame proposto per l'accoglimento della domanda principale.

Ci si è chiesti allora quale sia il timore della Corte, tale da avallare un orientamento assai pericoloso<sup>(35)</sup>.

Occorre, a questo fine, considerare che il principio è affermato solo se fra le domande vi sia incompatibilità derivante da comuni questioni di fatto e di diritto. Così è, per la domanda di condanna al pagamento fondata su un titolo contrattuale e quella di arricchimento senza causa; per le domande di *negatoria servitutis* e di riduzione in pristino per aggravamento della servitù *ex art. 1067 c.c.*; per la condanna al pagamento dell'indennizzo per i danni al bene assicurato e alla restituzione del premio in seguito al recesso della compagnia assicuratrice; per le domande di esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.* e di risoluzione del contratto preliminare<sup>(36)</sup>: in tutti questi casi l'incompatibilità si manifesta in modo tale che le domande non possano essere entrambe accolte proprio perché l'alternativa ricostruzione delle premesse in fatto e in diritto conduce ad accertare l'esistenza di un diritto e l'inesistenza dell'altro<sup>(37)</sup><sup>(38)</sup>. E sem-

<sup>(35)</sup> La conferma dell'esistenza di questo orientamento è data da una recentissima ordinanza interlocutoria pronunciata da Cass., sez. lav., 6 febbraio 2024, n. 3358 (in tema di cumulo soggettivo passivo alternativo e oneri di impugnazione delle parti) la quale, pur senza aderirvi, ne segnala l'esistenza riportando tra i precedenti anche la pronuncia in epigrafe.

<sup>(36)</sup> Si ricorda che l'ultimo caso di specie ha riguardato la pronuncia della Cassazione del 2012 che ha disatteso l'«insegnamento» in discussione a fronte però dell'applicazione del medesimo dalla Corte d'Appello nella pronuncia impugnata (cfr. prec. nt. 14) ed è per questa ragione che lo si è qui riportato nel testo.

<sup>(37)</sup> Ben diversa, e quindi da escludere dalla casistica invocata dalla S.C., è invece l'incompatibilità che opera solo a livello di dispositivo, ma non anche nelle premesse fattuali, come è per le domande di annullamento e di risoluzione del contratto: non possono essere entrambe accolte, ma ciò non significa che abbiano anche presupposti di fatto incompatibili e alternativi. La precisazione ci sembra doverosa perché, come rileva E. Merlin, *Sulla «morfologia» della modifica della domanda in appello*, in questa *Rivista* 2020, 185, nt. 28, la S.C. spesso riferisce il criterio della «reciproca esclusione» e dell'incompatibilità anche a fattispecie, come quelle degli artt. 2043 e 2050 c.c., rispetto alle quali, secondo l'a., «non pare affatto corretto di discorrere di incompatibilità-alternatività ben potendo ricorrere sia condotta colposa che derivazione causale del danno da un'attività pericolosa».

<sup>(38)</sup> Sottintesa è la premessa, che si condivide e si fa propria, di E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in questa *Rivista* 2016, 823 s., secondo cui più fattispecie legali alternativamente applicabili sottendono una pluralità di diritti e di domande quando ad esse «corrisponda la diversità dell'utilità giuridica da esse assicurata». La diversità dell'utilità giuridica viene riscontrata anche nell'ipotesi di pagamento del corrispettivo contrattualmente pattuito e di versamento di un'indennità ai sensi dell'art. 2041 c.c. Il fatto, si dice, che dei due diritti possa esistere «solo uno» in capo al medesimo soggetto, comunque non vale ad escludere la diversità dei

plificando, nel caso dell'*actio negatoria servitutis* cumulata all'azione di riduzione in pristino, il presupposto logico riguardante la servitù è comune ad entrambe le domande, nel senso che se la servitù esiste non può essere accolta la prima domanda e può invece (se si è anche realizzato un aggravamento dell'esercizio di tale servitù) essere accolta la seconda.

In presenza di questa relazione di incompatibilità, sembra che il timore della Corte sia quello della formazione di un giudicato interno sugli accertamenti in fatto e in diritto tra loro incompatibili che le domande hanno in comune e che, a suo dire, non permetterebbe al giudice di grado superiore di riesaminare il capo principale impugnato, motivato con i medesimi accertamenti in fatto e in diritto posti a fondamento del capo sulla domanda subordinata<sup>(39)</sup>. Questo timore deve considerarsi totalmente infondato, poiché si basa su un'artificiosa scomposizione fisica dei passaggi logici della motivazione della sentenza che porta a un uso ossessivo e sproporzionato del giudicato interno.

Invero, se è legittimo sostenere che il giudicato interno sia uno strumento concettuale utile a delimitare progressivamente l'oggetto dei giudizi di impugnazione rispetto al giudizio di prime cure e che, in sostanza, il suo effetto consista nel precludere il riesame di alcune questioni<sup>(40)</sup>, è invece

diritti (quindi delle domande) sul piano processuale in virtù del diverso «tipo» di diritto e della diversa utilità giuridica assicurata.

<sup>(39)</sup> Il timore emerge, soprattutto, nei due precedenti del 2003 e del 2013, poiché nel caso di specie l'attore aveva esteso il gravame anche al capo di (parziale) accoglimento della domanda subordinata. Nel primo precedente la S.C. ha affermato che «anche in sede di gravame [l'attore] ha interesse all'accoglimento dell'impugnazione avverso il rigetto della domanda principale, anche se, per ottenere detto accoglimento è necessario che siano riesaminati il fatto o i presupposti giuridici posti a base dell'accoglimento della domanda subordinata. Questo riesame non si può riottenere se non impugnando il relativo capo, per quanto in modo funzionale all'accoglimento della prima censura» e che «nella fattispecie (...) la ricorrente non ha impugnato il capo della sentenza di appello relativo alla restituzione del premio per il periodo non assicurato per effetto del recesso dell'assicuratore. Conseguentemente si è formato il giudicato sul punto». *Idem*, nel secondo: «il ricorrente non ha impugnato il capo della sentenza di primo grado relativo alla riduzione in pristino per aggravamento della servitù, conseguentemente si è formato il giudicato sul punto che ha riconosciuto la preesistenza del diritto di servitù di veduta».

<sup>(40)</sup> Si v. A. Proto Pisani, *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, in *Foro it.* 1986, 3009, secondo il quale «il giudicato interno concerne tutte le questioni, di rito o di merito, rilevabili d'ufficio o solo su istanza di parte, che possono insorgere nel corso del processo e che possono dare luogo a sentenze non definitive ovvero possono costituire oggetto di esame preliminare da parte della sentenza che definisca il giudizio (o, nel caso delle questioni di rito, da parte di sentenza non definitiva di merito)». Sulla problematica degli effetti preclusivi del giudicato interno si v. altresì M. De Cristofaro, *Motivi d'appello ed effetto devolutivo*, in *Corr. giur.* 1997, 199 s., il quale esclude dalla definizione di «questioni» «le diverse affermazioni del giudice di primo grado in ordine alla ricostruzione in fatto della

ingiustificato prospettare la sua operatività rispetto alla soluzione di una questione inerente al presupposto logico comune a più domande, che proprio perché comune (e opposta) è stata deliberata dal giudice contestualmente per tutte. Pertanto, l'impugnazione del capo di rigetto basta a vederla riesaminata dal giudice superiore.

La circostanza che siano proposte più domande e che la sentenza, quindi, sia composta da più capi, non vale a determinare il suo frazionamento in molteplici parti tra loro indipendenti, dovendo la motivazione del provvedimento giurisdizionale, anche per motivi di coerenza e logicità della stessa, essere considerata come un tutto unitario. Diversamente, si va verso un eccessivo frazionamento della sentenza che, oltre ad essere inconciliabile con la presenza di capi tra loro dipendenti, porta a conclusioni forzate dal punto di vista della formazione di un giudicato interno sui singoli passaggi logici della sentenza.

6. – Volendo brevemente riassumere i diversi scenari ipotizzabili rispetto alla fattispecie del cumulo condizionale «proprio» quando al rigetto della principale ha fatto seguito l'accoglimento della subordinata, premesso che l'attore e il convenuto sono entrambi soccombenti, si potrebbe così distinguere: a) se entrambe le parti impugnano non sorgono problemi: l'oggetto del processo di impugnazione si mantiene corrispondente a quel-

---

fattispecie nonché all'individuazione ed al contenuto della norma applicabile», altrimenti, «ove si riconosca che la preclusione può coprire ogni minimo passaggio logico compiuto dal decidente, ci si esporrebbe al rischio di una parcellizzazione e di uno "sminuzzamento" delle diverse partizioni della pronuncia, cui conseguirebbe con troppa (ed indesiderabile) frequenza la necessità di procedere ad un'ardua opera di ricucitura tra le motivazioni dei due gradi di giudizio onde determinare il contenuto della sentenza». Diversamente, cioè nel senso di proporre una lettura più ampia del concetto di decisione di «questione», ma con la precisazione che, per quanto qui di interesse, essa ha portata imperativa endoprocedurale anche ai fini dell'effetto devolutivo allargato ed espansivo interno, v. R. Poli, *Oscillazioni della Suprema Corte in tema di limiti oggettivi del giudicato interno*, in *Giur. it.* 2002, 2065 ss., spec. 2069, nt. 27; Id., *In tema di estensione dell'impugnazione alle parti di sentenza dipendenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2001, 732, nt. 66; 732, nt. 60; Id., «*Parte di sentenza*» e *formazione del giudicato interno*, cit., 115 ss.; Id., *Giudicato interno sulla misura del concorso di colpa ex art. 1227 c.c.?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2022, 235 ss. Più restrittivamente N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 128, 131-133, riconosce l'idoneità al giudicato interno non ad ogni profilo di puro fatto o diritto, ma alle statuizioni sulle fattispecie ad effetti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi della situazione soggettiva azionata, oppure ostativi ad una pronuncia sul merito della causa. Nega, invece, che il giudicato interno trovi fondamento positivo nel nostro ordinamento, L. Bianchi, *Riproposizione in appello delle eccezioni respinte da parte dell'appellato vittorioso in primo grado*, in *Giusto proc. civ.* 2017, 812-815 e Id., *I limiti oggettivi dell'appello civile*, cit., 123 ss., spec. 143-146, pur non negando le meritevoli esigenze di razionalizzazione e di economia dei giudizi sottese a tale strumento.

lo di primo grado tramite l'impugnazione di entrambi i capi decisori; b) se solo l'attore impugna il capo che ha rigettato la sua domanda principale, il capo subordinato verrà dichiarato assorbito (o, a seconda dell'impostazione preferita, puramente caducato) in caso di esito positivo dell'impugnazione; c) se solo il convenuto impugna il capo dipendente a lui sfavorevole, non opera la devoluzione allargata e l'attore ha l'onere di proporre impugnazione incidentale relativamente al rigetto della domanda principale<sup>(41)</sup>.

7. – Un'ultima considerazione sul regime delle domande alternative. La Corte di Cassazione estende la validità del principio di diritto enunciato anche alle domande incompatibili formulate in via alternativa, senza tuttavia tenere in considerazione che, proprio perché l'attore non esprime alcuna preferenza per una delle due pretese, essendo indifferente che sia accolta l'una o l'altra, se il giudice di primo grado ha accolto una domanda e ha rigettato l'altra, è escluso in premessa il suo interesse ad impugnare<sup>(42)</sup>.

Che la formulazione di domande alternative legate da un nesso di incompatibilità sostanziale valga o meno ad integrare un cumulo condizionale – come appare disputato<sup>(43)</sup> – non muta i termini della questione.

<sup>(41)</sup> La dottrina sul punto è unanime. Per i sostenitori dell'effetto devolutivo «allargato» esso non opera in senso inverso, cioè dal capo dipendente verso il capo pregiudiziale, v. C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 800 s., il quale precisa che tale impugnazione incidentale può essere proposta anche in via tardiva; R. Poli, *I limiti oggettivi*, cit., 61. Per gli oppositori di tale effetto, a maggior ragione vi è necessità a tal fine di impugnazione incidentale, v. L. Salvaneschi, *L'interesse*, cit., 89, secondo la quale «essendo questo [n.d.r. il capo subordinato] processualmente dipendente da quello principale e non viceversa, non vi è dubbio che potrà passare in giudicato autonomamente il capo non impugnato che vede l'attore soccombente, e che, qualora questi lo volesse riproporre all'attenzione del giudice superiore, dovrebbe necessariamente proporre un'impugnazione incidentale»; A. Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, cit., 1311. Esclude l'effetto devolutivo dal capo dipendente al capo principale anche A. Bonsignori, *L'effetto devolutivo nell'ambito dei capi connessi*, cit., 965.

<sup>(42)</sup> In tal senso si veda Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700, in *Corr. giur.* 2016, 968 ss. con nota di C. Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, seppur nella più ampia casistica indagata dalle Sezioni Unite di domande e di eccezioni cumulativamente proposte delle quali almeno una non sia stata oggetto di decisione nel merito, così individuando per ogni ipotesi lo strumento idoneo tra appello incidentale e riproposizione ex art. 346 c.p.c. *Contra*, Cass. 20 gennaio 1993, n. 93, in *Giur. it.* 1993, 2126, nella quale l'esistenza dell'interesse ad impugnare è valutata in termini sostanziali, valorizzando l'effettivo grado di tutela riconosciuto alla parte mediante la sentenza rispetto alla formulazione in via alternativa delle domande (nella specie condanna in solido o *pro quota*).

<sup>(43)</sup> Nel senso che, quando le domande alternative sono incompatibili, l'accoglimento di una comporterebbe il rigetto nel merito dell'altra e non il mero assorbimento. Di tale avviso è, infatti, C. Consolo, *Breve riflessione esemplificativa*, cit., 979 (ma già in *Id.*, *Il*

Infatti, se in seguito all'accoglimento di una tra le domande alternative l'altra sia rigettata nel merito oppure sia dichiarata assorbita, le conclusioni sulla mancanza di interesse ad impugnare dell'attore in via principale restano immutate: l'attore ha ottenuto quanto si era prefissato, cioè il riconoscimento di una tra le due pretese alternativamente formulate<sup>(44)</sup>. Non ha quindi modo di porsi il problema del «trascinamento» automatico della domanda alternativa in virtù di un gravame dell'attore<sup>(45)</sup>.

Ci si può chiedere, invece, cosa accada nell'unico scenario ipotizzabile di totale soccombenza in primo grado dell'attore, cioè quando entrambe le domande alternative siano state rigettate. È chiaro che se l'attore vuole

---

*cumulo*, I, cit., 404 ss., spec. 407), secondo il quale l'«alternatività sostanziale non dà luogo ad un fenomeno processuale di cumulo alternativo di azioni (nel senso di reciprocamente condizionato, con esito di assorbimento di una delle domande)», poiché il reciproco nesso di incompatibilità delle pretese comporta che entrambe siano decise nel merito. Già nella ricostruzione del fenomeno delle domande alternative ad opera di G. Tarzia, *Appunti sulle domande alternative*, in questa *Rivista* 1964, 298, si evince che se le domande alternative sono reciprocamente connesse nel senso che dalla soluzione di una medesima questione, di fatto o di diritto, il giudice trae rispettivamente la fondatezza dell'una e l'infondatezza dell'altra, egli si pronuncia nel merito su entrambe. La questione si inserisce nell'ampio dibattito sull'ammissibilità del cumulo alternativo rispetto alle esigenze di certezza del *thema decidendum* e di osservanza del principio dispositivo, sul punto sia v. anche A. Ronco, *Studio sul litisconsorzio alternativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004, 910 s. *Contra*, pare, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., 103, il quale riconosce *tout court* che l'alternatività rientra tra i tipi di cumulo condizionale di domande che, secondo lo stesso autore, si realizza quando «l'esito dell'una incide sull'esame dell'altra», dove ad essere condizionata non è la decisione della domanda cumulata, ma il suo stesso esame nel merito, facendo quindi intendere che quest'ultima debba essere dichiarata assorbita quando si sia raggiunto un certo esito sulla domanda incondizionata/alternativa.

<sup>(44)</sup> Così, in dottrina, C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 801, nt. 200; L. Mortara, voce «Appello civile», in *Dig. it.*, III, 2, Torino 1890, 971; N. Rascio, *L'oggetto dell'appello*, cit., 179; L. Salvaneschi, *L'interesse*, cit., 111 ss.; A. Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, cit., 1311 s.

<sup>(45)</sup> Problema diverso è quello che riguarda l'operatività dell'effetto devolutivo «allargato» in virtù dell'impugnazione del convenuto, nel caso di accoglimento di una domanda e assorbimento dell'altra, come riconosce R. Poli, *I limiti oggettivi*, cit., 62 e già C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 801 s., nt. 200, secondo il quale «potrà accadere che, accolta la prima domanda, l'altra venga dichiarata assorbita: allora il gravame del convenuto avrà efficacia devolutiva nei confronti del capo – dipendente in effetti – di assorbimento». Se, invece, una tra le domande alternative è stata rigettata nel merito (e non meramente assorbita) e il convenuto impugna la domanda accolta, secondo Consolo l'attore dovrà proporre appello incidentale condizionato nei confronti dell'altra. Sostengono, invece, che l'attore debba proporre gravame incidentale (eventualmente condizionato) all'accoglimento dell'impugnazione del convenuto, sia quando la domanda alternativa è rimasta assorbita, sia quando è stata rigettata nel merito: N. Rascio, *L'oggetto*, cit., 179; L. Salvaneschi, *L'interesse*, cit., 113-115; G. Tarzia, *Appunti*, cit., 302. Ritiene, invece, sufficiente la mera riproposizione *ex art.* 346, A. Tedoldi, *L'onere di appello incidentale*, cit., 1312.

vederle ridiscusse entrambe, deve necessariamente proporre impugnazione contro tutti e due i capi di rigetto.

Se, invece, l'impugnazione dell'attore investe un solo capo, residua spazio per il funzionamento dell'effetto devolutivo «allargato», in caso di esito positivo dell'impugnazione, solo se le domande alternative siano formulate in via condizionata dal punto di vista della rispettiva «decidibilità» nel merito (nel senso sopra visto per cui se una è accolta l'altra va dichiarata assorbita), poiché qui si imporrebbe una necessità di adeguamento decisorio dettata dalla salvaguardia delle esigenze logiche che derivano dal nesso di condizionamento processuale impresso dall'attore alle domande, tale per cui una volta riformata la decisione sulla domanda alternativa impugnata in senso assorbente rispetto alla domanda alternativa non impugnata, quest'ultima dovrà essere dichiarata assorbita<sup>(46)</sup>.

Diversamente, in caso di esito negativo dell'impugnazione, è ragionevole ritenere che la devoluzione allargata non possa essere di per sé sufficiente a fondare il dovere del giudice di riesaminare anche l'altra domanda non accolta in primo grado e non gravata, sulla quale si formerà il giudicato, profilandosi altrimenti una violazione dei principi generali in tema di acquiescenza e di formazione progressiva del giudicato sui singoli capi decisorii da cui è composta la sentenza.

ERICA ADOBATI

*Assegnista di ricerca nell'Università di Milano*

---

<sup>(46)</sup> Naturalmente quanto detto nel testo vale solo per chi accolga l'idea che il «condizionamento» investa la stessa decidibilità nel merito della domanda condizionata, come è nell'impostazione avvalorata nello studio di C. Consolo, *Il cumulo*, I, cit., 419 ss., spec. 427, 443, II, 757. Uno spunto in tal senso si trae dalla casistica illustrata dall'autore nel cumulo condizionale «proprio» a proposito del caso in cui sia la domanda principale che la subordinata siano state rigettate nel merito, rispetto alla quale C. Consolo, *Il cumulo*, II, cit., 802 s., riconosce l'operatività dell'effetto devolutivo «allargato» dell'impugnazione del capo principale verso il capo di rigetto della domanda subordinata, con la conseguenza che se l'appello è accolto la domanda subordinata va dichiarata assorbita, poiché «dall'esito decisorio finale della domanda principale, risulta incisa la stessa preliminare riconoscibilità del dovere decisorio in merito altresì alla domanda subordinata». Non si vedono ragioni per non riconoscere l'effetto «allargato» rispetto alle domande alternative condizionalmente cumulate, rispetto alle quali, riformato il capo impugnato, si ripropongono le medesime ragioni logiche di adeguamento decisorio.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. III civ., sentenza 29 maggio 2023,  
n. 15023

Pres. Rubino – Rel. Spaziani

C.C. c. B.B.

*L'azione volta alla delibazione di una sentenza straniera non integra una domanda diretta a far valere un diritto ex art. 2907 c.c., dovendosi riconoscere alla stessa un'efficacia meramente processuale, consistente nel dare impulso ad un procedimento di giurisdizione oggettiva, con la conseguenza che essa, oltre ad essere imprescrittibile, non è idonea ad interrompere la prescrizione del diritto di credito posto a fondamento dell'accertamento contenuto nel giudicato estero (massima non ufficiale).*

(*Omissis*). 2. – Con il secondo motivo viene denunciata violazione o falsa applicazione degli artt. 2943 e 2945 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.

Il ricorrente sostiene che alla domanda di riconoscimento della sentenza straniera non potrebbe riconoscersi efficacia interruttiva della prescrizione.

Per un verso, infatti, come sarebbe stato evidenziato in dottrina, l'azione di delibazione non farebbe ancora valere il diritto sostanziale accertato dalla sentenza delibanda, essendo a ciò necessario l'esercizio della successiva azione esecutiva.

Per altro verso, come sarebbe stato ritenuto in giurisprudenza (viene citata la sentenza 16 febbraio 1993, n. 1882 di questa Corte), la domanda di delibazione tenderebbe ad una pronuncia con effetti meramente processuali: dunque, non produrrebbe l'effetto sostanziale di interruzione della prescrizione.

Pertanto, non solo avrebbe errato la Corte d'appello, nell'attribuire efficacia interruttiva alla domanda riconvenzionale proposta dalla sig.ra C.C. nel giudizio da lui introdotto nel 2001; ma avrebbe errato anche il Tribunale, nell'attribuire la medesima efficacia alla successiva domanda del 2008.

In conformità a quanto dedotto in sede di opposizione e ribadito nel secondo motivo di appello incidentale (indebitamente rigettato dalla Corte territoriale) avrebbero dunque dovuto ritenersi prescritti tutti i ratei di credito anteriori al 28 settembre 2007, o, quanto meno, al 29 marzo 2006.

(*Omissis*). 3.1. – È fondato il secondo motivo e dal suo accoglimento resta assorbito il terzo.

3.1.a. – Nella letteratura giuridica che si è occupata del giudizio di riconoscimento dell'efficacia delle sentenze straniere, si rinvengono, diacronicamente, due tesi in ordine alla natura di tale giudizio.

Secondo quella più risalente, che potrebbe essere identificata come la teoria classica, la domanda di riconoscimento della sentenza straniera costituirebbe un'azione di cognizione costitutiva vertente sul fondo della lite di merito, diretta a conseguire una sentenza di accertamento del rapporto sostanziale: quest'ultimo, dunque, sarebbe attribuibile esclusivamente al giudice italiano.

All'esito di tale accertamento, la sentenza straniera esisterebbe solo come fatto storico, non anche come fatto giuridico, poiché gli effetti giuridici – ai fini esecutivi, del giudicato e della prescrizione del diritto – sarebbero prodotti unicamente dalla sentenza italiana.

Per la seconda teoria – la quale ha trovato le sue prime radici nelle tesi dell'atto ineguale complesso, elaborate sullo scorcio degli anni venti del secolo scorso e poi raffinate,

nel decennio successivo, in quelle della condizione di efficacia della decisione straniera – quest'ultima sarebbe, invece, l'unica decisione statuente sulla causa di merito.

Il rapporto sostanziale, dunque, sarebbe deciso solo dalla sentenza straniera a cui andrebbero attribuiti gli effetti giuridici, in funzione esecutiva, di formazione del giudicato e di prescrizione, mentre l'accertamento del giudice italiano, nel rimuovere un ostacolo all'efficacia della sentenza straniera (o, secondo le diverse elaborazioni, nell'integrare una condicio iuris dell'efficacia medesima), costituirebbe un controllo di natura pubblicistica avente natura di atto di giurisdizione oggettiva.

3.1.b. Le due teorie danno luogo ad implicazioni reciprocamente opposte in ordine alla natura della domanda di delibazione, alla prescrizione di quest'ultima e alla prescrizione del diritto soggettivo sostanziale oggetto dell'accertamento.

In primo luogo, solo se si aderisce alla teoria classica, la domanda di delibazione integra una vera e propria domanda giudiziale di cognizione, diretta a far valere un diritto, ai sensi dell'art. 2907 c.c., perché funzionale a suscitare l'emissione dell'unico provvedimento sull'accertamento del diritto sostanziale possibile, ovvero sia la sentenza del giudice italiano.

Al contrario, se si aderisce alla teoria della condizione di efficacia della sentenza straniera, viene in considerazione una mera azione, non tendente all'esercizio di un diritto (il cui accertamento è già stato compiuto, in via esclusiva, dalla sentenza straniera), ma tendente a conferire impulso processuale ad un procedimento avente ad oggetto il dovere del giudice di provvedere in funzione della realizzazione di un interesse di natura pubblicistica.

In secondo luogo, mentre, per la teoria classica, l'azione di delibazione, in quanto tendente a far valere un diritto in giudizio, non può che essere soggetta a prescrizione (con il decorso dell'ordinario termine decennale dal momento della formazione del giudicato straniero), per la successiva teoria formatasi sulle radici dell'atto ineguale, la richiesta di delibazione, quale istanza non concretante una vera e propria azione giudiziale, potrebbe essere formulata in qualsiasi momento e non sarebbe soggetta a termini prescrizionali.

In terzo luogo, mentre l'adesione alla teoria classica consentirebbe di attribuire alla domanda di riconoscimento della sentenza straniera efficacia interruttiva della prescrizione del diritto sostanziale (il cui accertamento sarebbe compiuto esclusivamente dal giudice italiano), ciò non sarebbe possibile ove si aderisse alla teoria meno risalente, poiché la domanda medesima non tenderebbe a far valere quel diritto, già accertato in via esclusiva dal giudice straniero; al contrario, la prescrizione potrebbe reputarsi interrotta solo dalla successiva azione esecutiva, volta a porre in esecuzione quel giudicato.

3.1.c. – La teoria meno risalente, diacronicamente contrapposta alla teoria classica, non solo è prevalsa nella letteratura giuridica processuale, ma, inoltre, ha trovato un deciso avallo nel diritto processuale positivo: dapprima, nella disposizione contenuta nell'art. 799 c.p.c., che, nell'ammettere il riconoscimento *incidenter tantum*, destinato a valere nel corso di un processo vertente su un diritto dipendente o incompatibile con quello oggetto del giudicato straniero, postulava l'efficacia *ex se* della sentenza straniera, sconfessando la tesi tradizionale che invece negava ad essa ogni valore prima della delibazione; successivamente (dopo l'abrogazione del procedimento di cui agli artt. 796 c.p.c. e ss.), nella l. 31 maggio 1995, n. 218, art. 67 che ha configurato un giudizio di delibazione a soli fini esecutivi; infine, nell'art. 21 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003 (pur non applicato nel caso di specie, in quanto circoscritto al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale emesse da uno Stato membro dell'Unione Europea), il quale, con riguardo al riconoscimento di dette decisioni, non solo ha escluso la necessità del «ricorso ad alcun procedimento» (comma 1°), ma ha anche previsto che il riconoscimento può essere richiesto in via incidentale

dinanzi ad una autorità giurisdizionale di uno Stato membro e che questa «può decidere al riguardo» (comma 4°).

3.1.d. – In base alla disciplina processuale positiva del giudizio di riconoscimento delle decisioni giurisdizionali straniere, deve dunque necessariamente convenirsi con l'opinione che nega all'istanza di delibazione il carattere di vera e propria domanda giudiziale diretta a far valere un diritto *ex art. 2907 c.c.* e che invece riconosce a tale istanza la natura di mera azione, diretta a dare l'impulso ad un procedimento di giurisdizione oggettiva, come tale non soggetta a prescrizione, ma neppure idonea ad interrompere quella del diritto soggettivo posto a fondamento dell'accertamento contenuto nel giudicato straniero.

3.1.e. – Questa tesi, del resto, si pone in linea di continuità con l'orientamento di questa Corte (cfr. Cass. n. 1882 del 1993, cit.; Cass., Sez. Un. 01/10/1996, n. 8590; Cass. 09/05/2018, n. 11198), la quale, sebbene non si sia pronunciata sul problema dell'idoneità dell'azione di delibazione a conseguire l'effetto sostanziale della interruzione della prescrizione, ha, però, ripetutamente affermato che essa costituisce un'azione autonoma, tendente ad una pronuncia dagli effetti meramente processuali, come tale distinta sia dall'*actio iudicati* nascente dalla sentenza straniera (perché non mira semplicemente all'esecuzione, ma ad un effetto più ampio per la sua natura e più ristretto per il suo ambito territoriale: cioè alla dichiarazione di efficacia giuridica in Italia), sia dall'azione spettante in base alla titolarità del diritto che connota il rapporto giuridico fondamentale (perché non ha per oggetto il rapporto sostanziale ma esclusivamente l'idoneità della sentenza straniera a spiegare efficacia nell'ordinamento italiano, sicché è il giudicato straniero che continua a produrre gli effetti esecutivi, gli effetti del giudicato e tutti gli altri eventuali effetti che sono propri dell'atto giurisdizionale). (*Omissis*).

3.1.g. – Alla luce delle esposte considerazioni, deve escludersi che la domanda di riconoscimento della sentenza straniera integri una domanda introduttiva di un giudizio di cognizione per l'accertamento di un diritto e deve conseguentemente escludersi che essa rientri tra gli atti interruttivi della prescrizione, ai sensi dell'art. 2943 c.c., comma 1°.

Nel caso di specie, il predetto effetto non avrebbe potuto essere riconosciuto né alla domanda asseritamente proposta in via riconvenzionale dalla sig. B.B. nel giudizio del 2001 né a quella da lei formulata nel 2008.

Va dunque accolto il secondo motivo di ricorso, con assorbimento del terzo. (*Omissis*).

## **Giudizio di delibazione di sentenza straniera e interruzione della prescrizione**

1. – La Corte di cassazione, con la sentenza in epigrafe, decide – a quanto ci consta, per la prima volta<sup>(1)</sup> – la questione se la domanda di delibazione di una sentenza straniera sia idonea a interrompere la prescri-

---

<sup>(1)</sup> E, in effetti, anche la Suprema Corte riconosce (al § 3.1.e della motivazione) di non essersi mai direttamente «pronunciata sul problema dell'idoneità dell'azione di delibazione a conseguire l'effetto sostanziale della interruzione della prescrizione».

zione del diritto sostanziale da essa accertato ai sensi e per gli effetti degli artt. 2943 e 2945 c.c.

La questione è risolta in senso negativo sulla base di un argomento che, nell'essenza, può essere riassunto nei seguenti termini: premesso che il presupposto dell'efficacia interruttiva della prescrizione prodotta dalla domanda giudiziale e dalla conseguente pendenza del processo sta in ciò, che l'una «fa valere» e l'altro «ha per oggetto» il diritto sostanziale; e riconosciuto che la domanda di delibazione di un provvedimento giurisdizionale straniero non è idonea a far valere il diritto, né il giudizio di delibazione ha questo per oggetto; si deve pertanto concludere che la domanda di delibazione non produce gli effetti di cui agli artt. 2943 e 2945 c.c.

La Suprema Corte, la cui argomentazione ricalca pedissequamente l'opinione formulata da autorevole dottrina processualistica pochi anni dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto internazionale privato<sup>(2)</sup>, si diffonde nell'esame della tradizionale questione dell'oggetto del giudizio di delibazione, laddove tace circa la premessa maggiore: essa, invero, dà per acquisito che, per interrompere la prescrizione del diritto, la domanda giudiziale debba «farlo valere» nel senso di dedurlo quale oggetto del giudizio e, di conseguenza, del giudicato; e da questo rilievo deriva assiomaticamente la conclusione.

2. – Le conseguenze pratiche di questa impostazione meritano un attento esame, che superi l'apparente linearità dell'argomento che la sorregge.

a) A ben vedere, essa cela un serio pericolo, che si manifesta particolarmente in quei casi, come quello di specie<sup>(3)</sup>, in cui la delibazione della

---

<sup>(2)</sup> Cfr., in particolare, C. Consolo, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1997, 622, secondo il quale la pendenza in Italia del giudizio di riconoscimento della decisione straniera non «può produrre effetti ulteriormente interruttivi-sospensivi sul diritto accertato dal giudicato straniero, poiché quel diritto non è oggetto dei giudizi di delibazione». Sicché l'azione di delibazione non interrompe la prescrizione del credito accertato «poiché essa non lo fa ancora valere, a ciò occorrendo (e rendendosi necessaria) la successiva azione esecutiva» (Id., *Limiti alla esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 419). La questione pare negletta dal resto della dottrina. Molto più interesse ha invece suscitato, tra i teorici e i pratici, la distinta questione della prescrivibilità dell'azione di delibazione, sulla quale v., per tutti, G. Manzo, *Le sezioni unite in tema di prescrizione dell'azione di delibazione*, in *Foro it.* 1997, I, 1551.

<sup>(3)</sup> Nel caso di specie, originato da un'opposizione all'esecuzione, la creditrice aveva chiesto e ottenuto dalla Corte d'appello di Roma la delibazione di due sentenze di separazione e divorzio emesse in Svizzera, le quali contenevano anche la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra gli *ex* coniugi (e, dunque, la condanna del marito al pagamento di un assegno periodico di mantenimento). Intimato precetto per il pagamento dei ratei di

sentenza straniera è condizione necessaria per conseguire nello Stato del foro il titolo per procedere a esecuzione forzata (secondo la *lex generalis* di cui all'art. 67, comma 1, l. 31 maggio 1995, n. 218). Se la domanda di delibazione proposta dal creditore «a fini esecutivi» non interrompe la prescrizione del diritto ai sensi dell'art. 2943, comma 1, c.c. né la sospende fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio ai sensi dell'art. 2945, comma 2, c.c., può ben accadere che, nelle more del giudizio per il riconoscimento della pronuncia, si compia la prescrizione del diritto di credito accertato dal giudice straniero. Sicché, pur conseguita la dichiarazione di esecutività della sentenza, il creditore non potrà più ottenere (né in Italia, né all'estero) l'attuazione del proprio diritto, che si è consumato proprio in pendenza di quel processo che la legge italiana prevede come il necessario mezzo per potersi avvalere della tutela esecutiva.

b) Una conseguenza non meno grave si verifica, peraltro, nel caso in cui il giudice italiano abbia respinto la domanda di delibazione, negando la possibilità di riconoscere l'efficacia della sentenza straniera e, di conseguenza, di intraprendere l'esecuzione in forza di essa. In questo caso, infatti, se il creditore vuole insistere nel suo proposito di procedere per le vie esecutive in Italia, ha l'onere di instaurare nel foro un giudizio di cognizione, al fine di ottenere *ex novo* l'accertamento del suo diritto e la condanna del debitore all'adempimento: escluso l'effetto interruttivo-sospensivo del processo di delibazione, ove questo si sia protratto per un periodo di tempo superiore al termine di prescrizione del diritto (e il creditore non abbia avuto l'accortezza di interrompere la prescrizione per altra via), il debitore potrà agevolmente ottenere il rigetto della domanda di merito eccependo la prescrizione intervenuta nelle more del giudizio di riconoscimento.

Nell'uno e nell'altro caso, benché abbia introdotto e coltivato un giudizio preordinato a costituire il titolo per ottenere in Italia la tutela esecutiva, il creditore corre il rischio che le sue iniziative siano frustrate dal sopravvenire della prescrizione del diritto sostanziale, e per di più nelle

---

credito sino ad allora maturati, l'obbligato proponeva opposizione, deducendo l'avvenuta prescrizione di una parte di essi sul presupposto che, non avendo il giudizio di delibazione interrotto-sospeso la prescrizione, i ratei di credito maturati fino a cinque anni prima dell'intimazione del precetto fossero prescritti. I giudici di merito respingevano questa tesi, riconoscendo l'efficacia interruttiva del processo di delibazione delle decisioni estere; a differenza della Suprema Corte, che, investita della questione, accoglieva l'opposta soluzione.

more di un giudizio che costituisce evidente manifestazione della sua volontà di farlo valere.

Se, dunque, è evidente che le conseguenze pratiche del principio enunciato dalla S.C. sono inaccettabili, appare quanto meno opportuno verificare se non sia possibile pervenire a conclusioni diverse, prendendo le mosse da un attento controllo delle due premesse su cui si fonda l'argomentazione del giudice di legittimità.

3. – La ricostruzione del sistema di diritto processuale civile internazionale vigente e, in particolare, delle norme in tema di riconoscimento dell'efficacia delle sentenze civili emesse all'estero non è immediata<sup>(4)</sup>. Si devono infatti coordinare, com'è noto, le regole di «diritto comune» dettate dalla l. 31 maggio 1995, n. 218, con le discipline speciali di origine convenzionale e comunitaria, le quali si avvalgono talora di meccanismi di attribuzione dell'efficacia agli atti giurisdizionali stranieri diversi da quelli previsti dalla legge generale<sup>(5)</sup>. Da quest'ultima ci sembra tuttavia opportuno prendere le mosse, per poi esaminare per differenza le regole speciali.

Dagli artt. 64 ss., l. n. 218/1995 si ricava in primo luogo che il legislatore italiano ha accolto il c.d. principio del riconoscimento automatico, in virtù del quale, se una sentenza civile emessa all'estero presenta i requisiti previsti dall'art. 64 (ovvero dall'art. 65, qualora si tratti di un provvedimento in materia di stato e capacità delle persone; ovvero ancora dall'art. 66, quando si tratti di un provvedimento di giurisdizione volontaria), la sua efficacia si estende *ope iuris* nel foro, senza la necessità di un preventivo giudizio di delibazione. In ciò la principale novità della riforma

---

(4) La letteratura in materia di riconoscimento delle sentenze straniere è amplissima. Per una ricognizione aggiornata, v. G. Carella, in *Enc. dir., Annali*, Milano 2016, voce *Sentenze civili e atti stranieri*, IX, 878 ss.

(5) Premesso che, secondo la costruzione teorica oggi più diffusa, per «riconoscimento» deve intendersi «il fenomeno dell'estensione all'ordinamento del foro della totalità o di alcuni degli effetti di una sentenza straniera» (così G. Carella, in *Enc. dir., Agg.*, Milano 2000, voce *Riconoscimento di sentenze e di atti stranieri*, IV, 1077), tale estensione può essere realizzata secondo due tecniche differenti: subordinando la esplicazione degli effetti del provvedimento straniero al preventivo accertamento giurisdizionale dei presupposti previsti dal diritto interno, il quale assume di conseguenza valore di accertamento costitutivo (c.d. riconoscimento «giudiziale»); ovvero consentendo la produzione *ope iuris* degli effetti processuali, al solo verificarsi delle condizioni legislativamente previste, e salvo un successivo accertamento giudiziale – avente natura di mero accertamento – in caso di contestazione (c.d. riconoscimento «automatico»). Sul punto, cfr., per tutti, G. Morelli, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova 1938 (rist. Napoli 2021), 286; nonché, più di recente e per un'impostazione in parte divergente, G. Carella, *op. ult. cit.*, 1079.

del 1995, che ha sovvertito il principio, accolto dal codice del 1940, della delibazione necessaria<sup>(6)</sup>.

D'altra parte, dal confronto delle disposizioni menzionate con il successivo art. 67, l. n. 218/1995 risulta che il principio del riconoscimento automatico patisce due limitazioni, di diversa natura. Per un verso, ferma l'immediata operatività degli effetti della decisione nell'ordinamento del foro, è possibile che la necessità di un accertamento giudiziale dei requisiti del riconoscimento sorga *ex post*, e precisamente nei casi di «mancata ottemperanza» del *dictum* o di «contestazione del riconoscimento» (art. 67, comma 1, prima parte); per altro verso, l'accertamento giudiziale «preventivo» è tuttora necessario quante volte si debba procedere a esecuzione forzata nello Stato del foro (art. 67, comma 1, seconda parte), tant'è che la legge attribuisce valore di titolo esecutivo alla sentenza straniera «unitamente» al provvedimento che accoglie la domanda di accertamento dei requisiti del riconoscimento (art. 67, comma 2).

Secondo l'opinione prevalente, il processo dichiarativo previsto dall'art. 67, comma 1, l. n. 218/1995 è un processo di mero accertamento, il quale ha ad oggetto (non il merito della controversia decisa dal giudice straniero, bensì) la sussistenza dei requisiti di efficacia della sentenza straniera previsti dalla legge<sup>(7)</sup> o, secondo altra impostazione, la vigenza in Italia degli effetti del giudicato straniero<sup>(8)</sup>. Si ritiene, peraltro, che si

<sup>(6)</sup> Sul punto, v., per tutti, A. Attardi, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.* 1995, 755 ss. Il codice di procedura civile del 1940 disciplinava il procedimento di delibazione negli artt. 796 ss. c.p.c., fissando il principio in forza del quale «chi vuol far valere nella Repubblica una sentenza straniera deve proporre domanda mediante citazione davanti alle corti di appello del luogo in cui la sentenza deve avere attuazione» (art. 796, comma 1, c.p.c.). Il procedimento di delibazione era dunque richiesto affinché alla sentenza straniera potesse essere riconosciuto ogni effetto nell'ordinamento giuridico interno.

<sup>(7)</sup> Così A. Attardi, *op. cit.*, 760, secondo il quale la peculiarità del giudizio sta in ciò, che esso ha per oggetto la questione relativa all'esistenza o all'inesistenza (non di un diritto soggettivo o di uno *status*, bensì) delle condizioni del riconoscimento di cui all'art. 64, l. n. 218/1995: il che spiegherebbe l'espressa previsione di un'azione di mero accertamento, in un sistema fondato sul principio dell'atipicità della tutela dichiarativa.

<sup>(8)</sup> Così C. Consolo, *Evoluzioni nel riconoscimento*, cit., 620, che ritiene che «l'oggetto del giudizio italiano non verta sui requisiti in sé, considerati ad uno a uno, quali altrettanti capillari ed eccezionali oggetti di giudizio, bensì verta sulla *vigenza o meno in Italia del regolamento giudiziario (della lex specialis) data dal giudice straniero al rapporto controverso*» (enfasi dell'a.). Il giudice nazionale, insomma, accerta che la sentenza straniera, possedendo i requisiti legali, ha effetto (dichiarativo e costitutivo) nell'ordinamento giuridico interno. Accoglie questa impostazione anche O. Lopes Pegna, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Milano 2009, 114. Si segnala la isolata opinione di M.G. Civinini, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano 2001, 114 ss., secondo la quale la domanda di riconoscimento, quando è proposta a fini esecutivi, ha per oggetto

abbia un giudizio di «mero» accertamento anche nell'ipotesi in cui sia «necessario procedere a esecuzione forzata», in quanto l'efficacia esecutiva sarebbe effetto *ex lege* della sentenza che accerta i presupposti del riconoscimento<sup>(9)</sup>.

Sul diritto positivo vigente si è dunque innestata la concezione del processo di delibazione come giudizio ad oggetto puramente processuale, elaborata dalla dottrina tra gli anni Venti e Trenta del secolo scorso, vigente il codice del 1865<sup>(10)</sup>, e in seguito recepita dal codice del 1940: il giudice della delibazione non compie alcun accertamento in ordine al rapporto giuridico sostanziale deciso dal giudice straniero, limitandosi al riscontro delle condizioni previste dal diritto interno ai fini dell'efficacia della pronuncia; con la differenza che, mentre sotto i vecchi codici l'efficacia della sentenza straniera era «costituita» dalla sentenza interna di delibazione, il sistema attuale ne riconosce automaticamente (*scil.* senza la necessità di un controllo giurisdizionale preventivo) gli effetti dichiarativi e costitutivi.

---

l'accertamento del diritto di procedere ad esecuzione forzata. Secondo l'a., i singoli requisiti previsti dall'art. 64, l. n. 218/1995 opererebbero come fatti impeditivi del diritto medesimo, allo stesso modo dei fatti estintivi o modificativi del diritto sostanziale sopravvenuti alla sentenza e dei fatti estintivi dell'efficacia (processuale) di quest'ultima; e potrebbero, di conseguenza, essere dedotti in sede di delibazione. Esplicitamente respinge, *de iure condito*, l'ammissibilità di questioni attinenti al merito del rapporto sostanziale nel giudizio di delibazione C. Consolo, *Limiti alla esecuzione*, cit., 423 ss.

<sup>(9)</sup> Cfr., in particolare, E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, 85, testo e nota 88. Si è dunque superata la tradizionale opinione, accolta dalla maggior parte degli scrittori sotto il codice del 1940 (per la quale v. G. Carella, voce *Sentenza civile straniera*, in *Enc. dir.*, Milano 1989, XLI, 1274), secondo cui l'azione di delibazione è un'azione di accertamento costitutivo, in quanto mette capo a una sentenza che, accertate le condizioni previste dalla legge, «costituisce» in Italia tutti gli effetti della sentenza straniera. Per la verità, di effetto costitutivo della sentenza di delibazione sembra ancora potersi parlare con riguardo al caso in cui l'azione sia proposta al fine di attribuire l'efficacia esecutiva alla sentenza straniera, la cui «delibazione» è ancora necessaria a questo più limitato fine.

<sup>(10)</sup> Ci si riferisce, in particolare, ai lavori di G. Morelli, nota a App. Genova, 12 dicembre 1922, in *Riv. dir. int.* 1924, 396; E.T. Liebman, *L'azione per la delibazione delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927, I, 283; R. Quadri, *Sentenza straniera e sentenza di delibazione*, in *Arch. dir. pubbl.* 1937, 321. Essi hanno contribuito al superamento della concezione «classica» del giudizio di delibazione quale giudizio avente ad oggetto il rapporto giuridico sostanziale, nella cognizione del quale il giudice interno deve conformarsi alla statuizione straniera se questa possiede i requisiti previsti dalla legge del foro. Ampie ricostruzioni dell'evoluzione del dibattito teorico in materia si trovano in M. Cappelletti, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in questa *Rivista* 1965, 197 ss., e C. Consolo, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, cit., 575 ss., ai quali si rinvia anche per più esaustivi riferimenti bibliografici.

Riconosciuta esatta l'impostazione di fondo circa la natura del giudizio di delibazione, il punto sul quale importa soffermare l'attenzione – e che a noi sembra non aver ricevuto adeguata considerazione da parte della Suprema Corte – riguarda l'accennata natura composita dell'attuale sistema di riconoscimento delle decisioni straniere, per effetto della quale l'ambito di applicazione delle norme generali appena illustrate risulta limitato sotto un duplice profilo. E, infatti, occorre tener conto:

*a)* da un lato, delle convenzioni internazionali bilaterali e multilaterali sul riconoscimento delle sentenze straniere di cui l'Italia è parte, le quali possono prevedere un modello di attribuzione dell'efficacia al provvedimento giurisdizionale estero diverso da quello previsto dalle norme comuni<sup>(11)</sup>;

*b)* dall'altro, delle fonti dell'Unione europea, e segnatamente dei regolamenti che disciplinano il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni emesse da Stati membri, i quali costituiscono ormai anch'essi «diritto comune» nel sistema eurounitario<sup>(12)</sup>.

Tra questi, in particolare, viene in rilievo il regolamento U.E. n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il quale prevede un regime di automatica esecutività della decisione straniera (art. 39), salvo il diritto della parte contro cui si procede in via esecutiva di chiedere il diniego dell'esecuzione (art. 46) per una delle cause ostative previste dall'art. 45. Nel sistema dell'Unione, quindi, non solo la sentenza emessa da uno Stato membro produce automaticamente gli effetti dichiarativi e costitutivi nello Stato del foro; ma è anche titolo per procedere a esecuzione forzata, senza la necessità del previo esperimento della procedura di *exequatur*, salva la possibilità di far valere, in sede di opposizione all'esecuzione, la carenza delle condizioni dalle quali dipende l'efficacia esecutiva del provvedimento.

---

<sup>(11)</sup> Per una ricognizione delle fonti pattizie in materia, v., per tutti, G. Carella, *Sentenze civili e atti stranieri*, cit., 849 ss.

<sup>(12)</sup> Com'è noto, gli Stati membri della Comunità economica europea, al fine di perseguire l'obiettivo della realizzazione del mercato unico, avevano regolato la materia del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere con la Convenzione di Bruxelles del 1968. Il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 ha poi attribuito alla Comunità europea competenza concorrente in materia di cooperazione giudiziaria civile, ponendo la base per l'adozione, dapprima, del regolamento CE n. 44/2001 (nel quale il contenuto della Convenzione è stato rifiuto) e, poi, del regolamento UE n. 1215/2012, che lo ha sostituito a far tempo dal 10 gennaio 2015. Sul processo di «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato e processuale si rinvia alla efficace sintesi di G. Carella, *op. ult. cit.*, 581 ss., ove si trova pure una sintetica illustrazione del sotto-sistema delle fonti di diritto dell'Unione in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere.

Sembra allora manifesta la disparità di trattamento, che la coesistenza di regimi speciali di esecutività automatica della decisione estera genera: mentre il creditore che ha ottenuto l'accertamento della sua pretesa in uno Stato dell'Unione (o in uno Stato parte di una convenzione vigente per l'Italia che analogamente preveda l'esecutività *ope legis* della decisione straniera) può intraprendere l'esecuzione forzata *omisso medio* e ottenere immediatamente tutela del suo diritto, il creditore che di tale regime espeditivo non possa beneficiare non solo deve sobbarcarsi l'onere del giudizio preventivo di delibazione, ma corre anche il rischio – se non si riconosce alla sua domanda l'effetto di interrompere e sospendere il corso della prescrizione – che, nelle more del processo, il suo diritto si consumi. E non sembra che detta disparità possa essere giustificata solo in ragione del fatto che il rapporto sostanziale da attuare ricada o meno nel campo di applicazione di una disciplina particolare, in virtù della quale l'esecuzione forzata nello Stato del foro può essere intrapresa *de plano*.

Si conferma così, anche per questa via, la necessità di pervenire a una soluzione diversa da quella accolta dalla Corte di cassazione.

Orbene, se l'argomento che giustifica la *communis opinio* non si può attaccare sotto il profilo della premessa minore (pacifico essendo, come abbiamo visto, che il giudizio di delibazione non ha per oggetto il diritto sostanziale, ma l'idoneità della sentenza straniera a spiegare effetti nel foro), per modificare le conclusioni non resta che verificare la correttezza della premessa maggiore, relativa all'interpretazione degli artt. 2943 e 2945 c.c.: ossia chiedersi, in definitiva, se l'efficacia interruttiva della prescrizione prodotta dalla domanda giudiziale dipenda o no da ciò, che questa radichi un giudizio avente ad oggetto il rapporto giuridico sostanziale.

4. – Gli artt. 2943 e 2944 c.c. individuano le cause di interruzione della prescrizione, e cioè i fatti per effetto dei quali, ai sensi dell'art. 2945, comma 1, c.c., «s'inizia un nuovo periodo di prescrizione». Tale efficacia è riconosciuta alla notificazione della domanda con cui si inizia un giudizio o alla proposizione di una domanda nel corso di un giudizio già pendente (art. 2943, commi 1 e 2, c.c.); all'atto con cui si costituisce in mora il debitore (art. 2943, comma 4, c.c.); e all'atto di riconoscimento del diritto proveniente dal controinteressato (art. 2944 c.c.)<sup>(13)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Sul tema dell'interruzione della prescrizione quale effetto sostanziale della domanda giudiziale, v., in particolare, la fondamentale monografia di R. Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli 1977, *passim* e spec. cap. V, nonché A.

È ormai consolidata in dottrina l'idea che ciascuno degli atti legislativamente tipizzati sia idoneo a interrompere la prescrizione, in quanto costituisce «manifestazione di vitalità del diritto»<sup>(14)</sup>. Il che vale, per quanto in particolare interessa, anche per il processo, il quale incide sulla prescrizione «non certo perché esso serve a realizzare il diritto o a porre i presupposti per la sua soddisfazione in via giudiziale, né certo perché serve ad eliminare l'incertezza circa l'esistenza o meno del diritto», ma appunto perché è sintomo della volontà del titolare del diritto di conservarlo e di farlo valere<sup>(15)</sup>. Che il processo civile abbia come «funzione istituzionale» l'accertamento e l'attuazione dei diritti, dunque, non è determinante ai fini della disciplina in esame: di modo che, in particolare, anche se la certezza giuridica (*i.e.*, l'accertamento irretrattabile di una situazione giuridica sostanziale) non è raggiunta, il processo è nondimeno in grado di avere effetto sulla prescrizione, se ed in quanto manifesti in modo inequivoco l'intenzione del titolare di far valere il diritto.

L'analisi dell'aspetto strutturale del fenomeno conferma questa ricostruzione. È pacifico, infatti, che l'effetto interruttivo (art. 2945, comma 1, c.c.) deve essere collegato a quell'atto di affermazione del diritto, presente tanto nella domanda giudiziale quanto nella costituzione in mora. Come in questo secondo atto il creditore formula la sua pretesa nei confronti del debitore, intimandogli di adempiere, così nel primo l'attore afferma una situazione giuridica sostanziale al fine di domandare al giudice un provvedimento di tutela<sup>(16)</sup>: l'affermazione del diritto rappresenta dunque, al-

Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione. Contributo alla teoria della domanda esecutiva*, Milano 1992, 96 ss.

<sup>(14)</sup> Nella dottrina civilistica v., tra gli altri, G. Azzariti, G. Scarpello, in G.A. Micheli, G. Azzariti, G. Scarpello, *Tutela dei diritti (art. 2910-2969)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 2<sup>a</sup> ed., rist. agg., Bologna-Roma 1977, sub art. 2943, 257; B. Grasso, in *Enc. dir.*, Milano 1986, voce *Prescrizione (dir. priv.)*, XXXV, 56, 70; F. Roselli, in Aa.Vv., *La prescrizione*, in *Il Codice Civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger e F.D. Busnelli, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2012, sub art. 2943, 45.

<sup>(15)</sup> Così R. Oriani, *op. cit.*, 170 s., il quale prosegue osservando che «non avrebbe senso pretendere dal processo più di quanto è richiesto agli altri atti interruttivi: sia l'atto di costituzione in mora che il riconoscimento del diritto non servono a realizzare il diritto stesso o a eliminare ogni incertezza sulla sua esistenza, ma semplicemente ne denotano la vitalità». Il fenomeno processuale, insomma, entra all'interno di una fattispecie di diritto sostanziale e nella prospettiva di quest'ultimo dev'essere considerato, di modo che la circostanza che il diritto sostanziale, per effetto della domanda giudiziale, divenga oggetto in senso proprio e specifico della cognizione del giudice passa in secondo piano. Sul punto si tornerà subito *infra*.

<sup>(16)</sup> Già F. Carnelutti, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1933, I, 44 ss., ravvisava nella affermazione del diritto «la forma minima della reazione, che la legge esige dal titolare dell'interesse leso affinché il suo diritto sia conservato». L'individuazione del

l'interno dell'atto processuale-domanda giudiziale, una «fattispecie minore» che assume rilevanza per il diritto sostanziale (17).

Orbene, dopo aver individuato le cause di interruzione, la legge definisce anche l'estensione temporale dell'effetto interruttivo nei casi in cui esso consegue alla proposizione della domanda giudiziale. Questa, infatti, a differenza degli atti interruttivi stragiudiziali, non esaurisce la sua rilevanza *uno actu*, ma dà luogo a un fenomeno di durata, qual è il processo, in pendenza del quale sorge la necessità di stabilire la sorte della prescrizione.

Il legislatore, dettando l'art. 2945, comma 2, c.c., ha previsto che, pendente il giudizio e fino al passaggio in giudicato della sentenza che lo definisce, la prescrizione non corra. Così, la situazione di litispendenza che consegue alla notificazione della domanda giudiziale è presa in considerazione dalla legge civile quale presupposto di un'interruzione c.d. permanente della prescrizione, che resta «sospesa» durante tutto il corso del giudizio. Essendo l'affermazione del diritto il «sottofondo costante ed implicito del processo» (18), l'effetto interruttivo generato dall'atto iniziale si estende all'intera serie procedimentale, senza soluzione di continuità, fino alla cosa giudicata.

Anche in questo caso, dunque, quel che interessa agli effetti del diritto sostanziale è il semplice fatto che una domanda (idonea, perché proveniente dall'avente diritto, a interrompere la prescrizione) sia stata notificata e che, di conseguenza, il processo sia pendente (19), a condizione che esso

---

duplice contenuto logico della domanda giudiziale, consistente nell'affermare (il diritto) e nel domandare (il provvedimento giurisdizionale), si deve a E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma 1936, 59. Le intuizioni della dottrina classica sono state sviluppate sotto i nuovi codici da R. Oriani, *Processo di cognizione*, cit., 181 ss., la cui impostazione del tema si ripercorre nel testo.

(17) Il punto è ormai pressoché acquisito. Cfr., in particolare, R. Oriani, *op. cit.*, 181; A. Saletti, *Processo esecutivo*, cit., 113 s.; cui *adde* C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 12ª ed., Torino 2019, I, 485. In questa prospettiva, l'affermazione del diritto sostanziale richiesta come presupposto dell'interruzione non coincide necessariamente con il c.d. *petitum* sostanziale, ossia il diritto dedotto in giudizio (così invece R. Oriani, *op. ult. cit.*, 184, nota 30), quale elemento della domanda giudiziale previsto e disciplinato dalla legge processuale: la fattispecie di cui si discute, e alla quale l'art. 2943 c.c. collega l'effetto interruttivo, ha autonomia ed esaurisce il suo valore sul piano squisitamente sostanziale.

(18) L'espressione è di R. Oriani, *op. cit.*, 195.

(19) Cfr., in particolare, A. Saletti, *op. cit.*, 104 s., il quale descrive la fattispecie dell'effetto interruttivo permanente in termini di fattispecie complessa, costituita dalla domanda giudiziale contenente l'affermazione del diritto e dalla conseguente litispendenza. In senso analogo v. altresì C. Consolo, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, voce *Domanda giudiziale*, VII, Torino 1991, 88 s., il quale annovera l'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione

pervenga al suo esito fisiologico, ossia alla sentenza definitiva passata in giudicato.

E, invero, l'art. 2945, comma 3, c.c. stabilisce che «se il processo si estingue, rimane fermo l'effetto interruttivo e il nuovo periodo di prescrizione comincia dalla data dell'atto interruttivo». La soluzione è coerente col sistema: poiché l'estinzione c'è per tutti gli atti del giudizio (art. 310, comma 2, c.p.c.), al venir meno della litispendenza cade anche il c.d. effetto interruttivo permanente che su di essa si reggeva. D'altra parte, la legge non può togliere valore al fatto che, con la notificazione della domanda giudiziale, il titolare del diritto ha dimostrato – sia pure con un atto che in questa prospettiva può assumere soltanto un valore, per così dire, puntuale – che aveva intenzione di farlo valere: sicché l'effetto interruttivo istantaneo resta in vita, al pari di quello prodotto da un comune atto stragiudiziale di messa in mora.

E la *ratio* della differente regola in caso di estinzione del processo si spiega agevolmente col riferimento all'onere di impulso processuale. La vicenda estintiva, infatti, è conseguenza, alternativamente, della rinuncia agli atti del giudizio o dell'inattività delle parti: poiché ciascuno di questi due eventi è sintomatico della negligenza del titolare nel far valere il diritto, la legge coerentemente lo sanziona con la caducazione dell'effetto interruttivo permanente<sup>(20)</sup>.

5. – Dalla considerazione complessiva delle norme degli artt. 2943 e 2945 c.c., in ordine alla cui portata e ai cui presupposti applicativi sussiste, come si è evidenziato, sostanziale concordia in dottrina, crediamo di poter enucleare in particolare due aspetti di rilievo ai fini della soluzione della questione che ci occupa.

a) Sul piano funzionale, la domanda giudiziale e il processo che ne scaturisce interrompono la prescrizione per il puro e semplice fatto che costituiscono manifestazione (istantanea, la prima; continuativa, il secondo) di vitalità del diritto. In altri termini, la circostanza che il processo sia diretto all'accertamento o all'attuazione del diritto, e che questo divenga oggetto dell'attività cognitiva o esecutiva del giudice – in definitiva: che il diritto sostanziale sia dedotto in giudizio quale oggetto immediato<sup>(21)</sup> del

---

ex art. 2945, comma 2, c.c. tra gli effetti sostanziali «prodotti dalla domanda giudiziale in relazione alla pendenza del processo».

<sup>(20)</sup> Condivide la chiave di lettura (fornita da R. Oriani, *op. cit.*, 196) «essenzialmente sanzionatoria» dell'art. 2945, comma 3, c.c. C. Consolo, *Spiegazioni*, cit., I, 484.

<sup>(21)</sup> Nel senso cioè che l'accertamento giudiziale verte sul diritto sostanziale e non su

processo –, non è determinante dal punto di vista del legislatore civilistico, alla cui considerazione è senz'altro estranea la questione (di stretta dogmatica processuale) dell'oggetto del giudizio.

b) Sul piano strutturale, si è visto che la legge sostanziale individua come fattispecie dell'effetto interruttivo istantaneo l'affermazione, contenuta nella domanda giudiziale, del diritto che si vuole far valere e, come presupposto dell'effetto interruttivo permanente, la sequenza costituita da una domanda contenente detta affermazione e la pendenza del giudizio.

Dalla combinazione delle due proposizioni sopra enunciate si deduce che, per stabilire se una domanda giudiziale sia idonea a esplicitare gli effetti di cui agli artt. 2943, comma 1, e 2945, comma 2, c.c., bisogna e basta che si verifichi se essa contiene un'affermazione del diritto: non essendo rilevante se per effetto di essa divenga oggetto del processo il diritto sostanziale; ed essendo evidente che l'effetto interruttivo permanente segue naturalmente, per il sol fatto che a una domanda idonea a interrompere la prescrizione segue lo stato di litispendenza.

Così ricostruita la premessa normativa, si può correlativamente riformulare la questione da risolvere: si tratta in definitiva di stabilire se la domanda di riconoscimento di una sentenza straniera contenga l'affermazione del diritto, che le norme del codice civile prevedono quale presupposto dell'efficacia interruttiva.

Per semplificare il discorso, considerata la pluralità di fonti interne, convenzionali e comunitarie regolatrici della materia, limiteremo l'analisi alla sola disciplina di diritto comune di cui all'art. 67, l. n. 218/1995, ritenendo di poter estendere i principi, formulati con riguardo ad essa, a tutte le altre disposizioni che prevedono analoghi meccanismi di attribuzione dell'efficacia alla sentenza straniera<sup>(22)</sup>.

---

un oggetto «di secondo grado» (così C. Consolo, *Limiti alla esecuzione*, cit., 417), qual è la questione della sussistenza dei presupposti di riconoscimento della sentenza straniera.

(22) Vale a dire, che subordinano l'efficacia (esecutiva) della sentenza straniera ad un preventivo giudizio di delibazione. Del resto, come è stato evidenziato da G. Carella, *Sentenze civili e atti stranieri*, cit., 850, la disciplina procedimentale di cui all'art. 67, l. n. 218/1995 viene in rilievo anche quando la materia è regolata da una fonte di diritto internazionale o dell'Unione, se quest'ultima non contiene una regolamentazione esaustiva della procedura di *exequatur*. Peraltro, la stessa Corte di cassazione, nella sentenza in commento, ha esaminato il problema in termini assolutamente astratti e generali e avvalendosi delle normative particolari solo quali argomenti a sostegno della tesi accolta. Noi riteniamo invece opportuno muovere dal dato di diritto positivo vigente, per elaborare un principio generale applicabile ogniqualvolta ricorra lo stesso schema di attribuzione degli effetti al giudicato straniero previsto dall'art. 67.

Per analoghe esigenze di semplificazione prenderemo in considerazione, in particolare, l'azione prevista dalla norma generale al fine di attribuire alla pronuncia straniera efficacia esecutiva (ossia per l'ipotesi che «sia necessario procedere a esecuzione forzata»): sembra del resto evidente che, se la sentenza straniera è suscettibile di esecuzione forzata, essa contiene una statuizione di condanna il cui oggetto è un rapporto obbligatorio, con riferimento al quale si potrà porre appunto la questione di prescrizione<sup>(23)</sup>.

Ebbene, la domanda di riconoscimento della sentenza straniera proposta dal creditore al fine di procedere ad esecuzione forzata nello Stato del foro contiene, a nostro parere, l'affermazione del diritto da tutelare richiesta dall'art. 2943 c.c. al fine di interrompere la prescrizione.

Sebbene, infatti, con tale domanda il creditore non chieda l'accertamento del suo diritto nei confronti dell'obbligato, ma si limiti a chiedere al giudice della delibazione di rimuovere l'ostacolo a che l'esecuzione forzata possa essere intrapresa, si può nondimeno individuare la formulazione della pretesa, se si considera il legame della domanda di *exequatur*, per un verso, con la futura azione esecutiva e, per altro verso, con la sentenza straniera che ha accertato il credito. In altri termini, quand'anche una espressa affermazione del diritto di credito non sia contenuta nell'atto introduttivo del processo di delibazione, essa è tuttavia desumibile *per implicito*, considerata la finalità sostanzialmente pre-esecutiva della domanda, e *per relationem*, rispetto alla sentenza di cui si chiede il riconoscimento.

---

<sup>(23)</sup> Si ricordi, infatti, che l'art. 67, comma 1, l. n. 218/1995 ammette il giudizio di accertamento dei requisiti del riconoscimento nelle tre ipotesi di «mancata ottemperanza», «contestazione del riconoscimento» e «necessità di procedere ad esecuzione forzata». Posto che, secondo l'opinione prevalente, se si ha contestazione del riconoscimento, la controversia verte soltanto sull'esistenza dei requisiti di riconoscibilità della pronuncia e, di conseguenza, sulla efficacia di questa in Italia; e che l'ipotesi di inottemperanza ricorre allorché «un soggetto si astenga da svolgere un'attività che la legge gli prescrive» in relazione al provvedimento straniero da riconoscere (così A. Attardi, *La nuova disciplina*, cit., 778; conf. G. Carella, *op. ult. cit.*, 867, che riferisce più esplicitamente il presupposto ai casi di «rifiuto di utilizzazione del provvedimento straniero da parte della pubblica amministrazione»); deve concludersi che la «necessità di procedere ad esecuzione forzata» presuppone che la sentenza straniera da riconoscere in Italia abbia ad oggetto un credito e che il debitore, pur condannato, non abbia adempiuto. Tant'è che E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., 85, individua, accanto agli effetti dichiarativi e costitutivi della sentenza straniera, una «efficacia condannatoria», la quale parimenti sarebbe oggetto di riconoscimento, e giunge ad affermare che «il riconoscimento di quest'ultimo effetto è presupposto necessario per ottenere il conferimento dell'efficacia esecutiva da parte del foro».

Invero, la domanda di accertamento dei requisiti del riconoscimento *ex art. 67*, comma 1, seconda parte, non si giustifica, se non in quanto è funzionale al successivo esercizio dell'azione esecutiva: il procedimento di *exequatur*, qui, non ha la semplice funzione di eliminare l'incertezza circa l'idoneità della sentenza straniera a spiegare la sua efficacia in Italia, ma costituisce il passaggio obbligato prima dell'esecuzione, non consentendo il legislatore italiano di procedere per le vie esecutive in forza di una sentenza straniera se prima il giudice nazionale non abbia accertato, con autorità di cosa giudicata, la riconoscibilità del *dictum*.

D'altro canto, la circostanza che, in questa particolare ipotesi, la sentenza di riconoscimento assuma un carattere meramente strumentale rispetto alla statuizione cognitiva estera<sup>(24)</sup> è confermata dalla lettera dell'art. 67, comma 2, a mente del quale «la sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda di cui al comma 1, costituiscono titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata»<sup>(25)</sup>.

Se, dunque, sia la natura prodromica all'esecuzione del giudizio di *exequatur* che il suo carattere puramente accessorio rispetto al giudicato straniero assumono rilevanza normativa espressa, non si può escludere che la domanda introduttiva del giudizio contenga un riferimento (si ripete, quanto meno implicito e mediato) al credito che il giudice straniero ha accertato e che il giudice nazionale dovrà attuare; che, di conseguenza, il requisito dell'affermazione del diritto necessario ai fini dell'art. 2943 c.c. sia soddisfatto; e che, in definitiva, la domanda di delibazione della sentenza straniera a fini esecutivi sia idonea a interrompere-sospendere la prescrizione del diritto sostanziale.

---

<sup>(24)</sup> È significativo notare che proprio la valorizzazione del rapporto di strumentalità del giudizio di delibazione rispetto alla sentenza straniera da eseguire ha consentito alla Corte EDU di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU al procedimento di *exequatur*, nonostante che questo non abbia formalmente ad oggetto una controversia su «diritti e doveri di carattere civile»: non essendo rilevante la natura in sé del giudizio di *exequatur*, ma la natura della decisione ad esso sottoposta (così G. Carella, *Sentenze civili e atti stranieri*, cit., 845, testo e note 8-10, cui si rinvia per i riferimenti alla giurisprudenza europea).

<sup>(25)</sup> Si potrà anche dire, con espressione ricorrente in dottrina, che il titolo esecutivo è, nell'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 67, l. n. 218/1995, una fattispecie complessa, costituita da due atti; ma con la precisazione che la sentenza straniera appare come principale rispetto alla sentenza di delibazione, che è secondaria (così E.T. Liebman, *L'azione per la delibazione*, cit., 297): sicché anche la domanda introduttiva del giudizio di delibazione ha natura accessoria rispetto al giudizio estero di cognizione relativo al rapporto sostanziale.

Questa conclusione è confermata, in primo luogo, dalla considerazione del c.d. «aspetto funzionale» del fenomeno interruttivo in relazione al processo di delibazione. Nessuno potrebbe dubitare, infatti, che il giudizio promosso dal creditore al fine di sentir dichiarare che la sentenza di condanna dell'obbligato è eseguibile nello Stato del foro integri, al pari di un comune giudizio di condanna, una «manifestazione di vitalità del diritto», denoti cioè la sua volontà «di conservarlo e di farlo valere»: tanto più vitale, anzi, dovrebbe considerarsi il diritto, se è vero che su di esso è stato già operato un accertamento con efficacia di cosa giudicata e che il titolare si prepara a farlo valere in via esecutiva nel foro<sup>(26)</sup>.

Come si è visto, l'opinione contraria fa leva sul fatto che il giudizio per il riconoscimento di una sentenza straniera non verte sul merito della pretesa e che il giudice della delibazione non esercita alcuna cognizione sul rapporto sostanziale, la quale deve essere riferita esclusivamente al giudice straniero (e così i relativi effetti in punto di prescrizione, non potendosi avere un'interruzione-sospensione della prescrizione ulteriore rispetto a quella prodotta dal processo di cognizione svoltosi all'estero). Crediamo, però, di aver già messo in luce come la circostanza che l'oggetto del giudizio sia confinato alla questione della riconoscibilità della sentenza straniera, essendo rinviate alla fase dell'opposizione esecutiva tutte le questioni attinenti all'esistenza del diritto sostanziale, non sia di per sé determinante ai fini dell'effetto interruttivo della prescrizione, per la produzione del quale condizione necessaria e sufficiente è che nella domanda introduttiva si possa scorgere un'affermazione del diritto<sup>(27)</sup>.

Il confronto con il processo esecutivo offre ulteriore conforto a questa tesi. Il processo di esecuzione forzata, infatti, non è un processo a struttura contenziosa, avendo la mera funzione di attuare il diritto versato nel titolo

---

(26) Crediamo insomma di poter affermare che sussiste una sostanziale omogeneità funzionale tra una comune azione di condanna proposta davanti al giudice nazionale e l'azione per la delibazione di una sentenza di condanna straniera, avendo entrambe il principale scopo di far nascere l'azione esecutiva in capo all'avente diritto, e che, per le ragioni viste *supra*, la diversità dell'oggetto (meritale, nel primo caso; processuale, nel secondo) passi in secondo piano allorché si tratta di stabilire gli effetti del processo sulla prescrizione del diritto.

(27) Come si è già rilevato, tale affermazione non corrisponde, naturalmente, al quell'elemento della domanda giudiziale che la dottrina tradizionalmente definisce in termini di *petitum* sostanziale: sia perché l'oggetto della domanda di delibazione non è, per definizione, il rapporto giuridico sostanziale; sia – e soprattutto – perché il concetto in parola appartiene al diritto processuale, laddove la questione che ci occupa (essere o no la domanda giudiziale idonea a interrompere la prescrizione del credito) è essenzialmente questione di diritto sostanziale.

esecutivo. Il giudice dell'esecuzione non esercita – in linea di principio <sup>(28)</sup> – alcuna cognizione sul rapporto giuridico sostanziale, ma si limita ad assicurare la realizzazione della pretesa creditoria. Nondimeno, la domanda esecutiva produce senz'altro l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione *ex art.* 2943, comma 1, c.c. e nessuno dubita che questa, ai sensi dell'art. 2945, comma 2, c.c. non corra fintanto che non diventa definitivo il provvedimento di distribuzione conclusivo della procedura.

Ebbene, non si vede per quale ragione la stessa soluzione non possa predicarsi per il giudizio di delibazione di una sentenza straniera, in cui parimenti il giudice non conosce del diritto, ma svolge un'attività di cognizione su un oggetto «di secondo grado» essenzialmente prodromica all'esecuzione forzata.

L'analogia con il processo di esecuzione consente altresì di porre in rilievo una peculiarità dell'effetto interruttivo della prescrizione prodotto dal giudizio di delibazione, atta peraltro a prevenire il rischio già menzionato che, qualora il giudice neghi la riconoscibilità della pronuncia in Italia e costringa il creditore che voglia conseguire il titolo esecutivo a instaurare un giudizio interno di cognizione sul merito del rapporto sostanziale <sup>(29)</sup>, il debitore possa eccepire la prescrizione intervenuta nelle more del giudizio di accertamento dei presupposti del riconoscimento e ottenere, per questa via, il rigetto dell'azione di merito.

Occorre infatti considerare che, come il processo di esecuzione, così il processo di delibazione non risolve la controversia relativa al diritto so-

<sup>(28)</sup> Bisogna invero considerare che, nel tempo, al giudice dell'esecuzione sono stati riconosciuti poteri para-cognitivi sempre più ampi. Sulla progressiva evoluzione giurisprudenziale e legislativa, per effetto della quale i confini tra cognizione ed esecuzione forzata sono divenuti sempre più sfumati, v. B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 6<sup>a</sup> ed., Torino 2020, 67 ss. Resta però che la funzione «normale o istituzionale» del giudice dell'esecuzione non consiste nel risolvere una lite, ossia di decidere con autorità di giudicato sul rapporto controverso: e tanto basta ai fini del nostro discorso.

<sup>(29)</sup> Giudizio che sembra potersi promuovere pure in via monitoria, avvalendosi della c.d. efficacia documentale della sentenza straniera. Così, ad es., G. Franchi, *La sentenza straniera dinanzi al giudice italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 624, 645 s., secondo il quale detta pronuncia può valere come prova scritta ai sensi dell'art. 633 c.p.c. limitatamente al fatto costitutivo del credito fatto valere davanti al giudice estero. L'utilizzazione probatoria della sentenza straniera si distingue dall'invocazione della sua autorità di cosa giudicata (che in quest'ipotesi non è possibile, avendo il giudice italiano accertato nel giudizio *ex art.* 67, l. n. 218/1995 che, in difetto dei requisiti di cui all'art. 64, essa non è automaticamente riconosciuta), in quanto ha il «solo scopo di fornire al giudice italiano un elemento per la libera formazione del suo convincimento circa lo stesso fatto dedotto nel giudizio avanti di lui promosso, senza che si pretenda che quell'accertamento debba valere come obbligatorio in questo giudizio»: così G. Morelli, *Il diritto processuale civile internazionale*, cit., 292.

stanziale, trattandosi non di accogliere o di rigettare la domanda di merito, ma, nel primo, di attuare la pretesa insoddisfatta e, nel secondo, di porre una condizione per l'attuazione di questa pretesa. E poiché il merito della pretesa rimane intatto, l'eventuale rigetto della domanda di delibazione a causa dell'insussistenza dei requisiti previsti dalla legge ai fini del riconoscimento non impedisce la produzione dell'effetto interruttivo della prescrizione del diritto sostanziale. Se, dunque, in un normale processo di cognizione la sentenza di rigetto della domanda nel merito esclude la stessa utilità dell'interruzione della prescrizione, poiché nel giudizio di delibazione il «merito» è invece di natura processuale, l'effetto interruttivo dovrà prodursi anche quando il processo si concluda con una sentenza che respinge la domanda dichiarando il difetto dei requisiti di riconoscibilità. Si è del resto già evidenziato che sarebbe paradossale se il diritto potesse estinguersi proprio nelle more di quel giudizio, che il suo titolare ha promosso e coltivato al fine ultimo di ottenerne la tutela esecutiva in Italia, così manifestandone in maniera inequivoca la vitalità.

Orbene, il principio dell'idoneità della domanda di delibazione a interrompere-sospendere la prescrizione del diritto sostanziale, enucleato a partire dalle norme di diritto comune, può essere esteso a tutti i casi in cui una norma speciale in tema di riconoscimento adotti un analogo modello di attribuzione dell'efficacia alla sentenza straniera, subordinandola cioè al previo accertamento giurisdizionale dei requisiti previsti dalla legge. Ogniqualvolta, infatti, in virtù di una convenzione internazionale o di un regolamento dell'Unione<sup>(30)</sup>, il creditore debba avviare un procedimento di *exequatur* prima di poter procedere ad esecuzione forzata nello Stato del

---

<sup>(30)</sup> Così prevede, ad es., il reg. n. 44/2001 con riguardo alle decisioni in materia civile e commerciale emesse da Stati dell'Unione europea (regolamento che, pur essendo stato abrogato dal più recente reg. n. 1215/2012, ai sensi dell'art. 60, § 2, del medesimo «continua ad applicarsi alle decisioni emesse nei procedimenti promossi (...) anteriormente al 10 gennaio 2015 che rientrano nel relativo ambito di applicazione»). Invero, gli artt. 38 ss. del regolamento di Bruxelles I disciplinano un procedimento di tipo monitorio, a contraddittorio differito, preordinato ad attribuire efficacia esecutiva alla sentenza straniera (la cui efficacia dichiarativo-costitutiva, d'altra parte, è automaticamente riconosciuta ex art. 33, salvo che ricorra una delle cause ostative di cui al successivo art. 34): anche in questo caso, dunque, il creditore non può agire *de plano* in via esecutiva, ma ha l'onere di esperire preventivamente la procedura di *exequatur*, che, sebbene più rapida di quella prevista dall'art. 67, l. n. 218/1995 (e, invero, solo in astratto, giacché se il debitore propone ricorso contro la decisione attributiva dell'esecutività resa *inaudita altera parte*, si apre un giudizio, per così dire, a cognizione piena sulla sussistenza dei requisiti del riconoscimento: cfr. gli artt. 43 ss. reg. cit.), costituisce nondimeno un passaggio obbligato prima dell'esecuzione forzata. Per un'analisi diacronica della normativa dell'Unione in materia di efficacia delle decisioni straniere, cfr., per tutti, G. Carella, *Sentenze civili e atti stranieri*, cit., 869 ss.

foro, si ripresenta identica la necessità di impedire che il diritto sostanziale si prescriva nelle more del giudizio di riconoscimento e, pertanto, si giustifica l'interpretazione proposta.

6. – Le conclusioni raggiunte, e cioè che la domanda di delibazione proposta a fini esecutivi interrompe la prescrizione del diritto sostanziale accertato dalla sentenza straniera ai sensi dell'art. 2943, comma 1, c.c. e che la prescrizione non corre fino a che il giudizio non è definito con sentenza passata in giudicato ai sensi dell'art. 2945, comma 2, c.c., devono a questo punto essere coordinate con il rilievo che la legge che regola la prescrizione (e, pertanto, anche le cause interruttive di questa) è la legge dichiarata applicabile al rapporto sostanziale dal giudice straniero<sup>(31)</sup>.

Sicché, quante volte il giudice straniero che ha accertato il rapporto obbligatorio abbia applicato un diritto diverso da quello italiano, ai fini della disciplina della prescrizione del diritto deve farsi capo non già alle disposizioni contenute nel codice civile italiano (e, segnatamente, agli artt. 2943 ss., che individuano gli atti interruttivi e ne fissano la disciplina), bensì alla *lex causae*: il che rischia, se non di vanificare, quanto meno di limitare la portata del risultato conseguito.

Invero, il problema non riguarda il fatto in sé dell'idoneità della domanda giudiziale a interrompere la prescrizione, essendo fuor di dubbio che il diritto civile della maggior parte dei Paesi stranieri preveda e disciplini l'istituto in parola<sup>(32)</sup>, né tanto meno la possibilità di riconoscere, alla

---

<sup>(31)</sup> Questo rilievo è pacifico in dottrina. Cfr., in particolare, R. Oriani, *Processo di cognizione*, cit., 218 ss.; M.G. Civinini, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., 159 s.; O. Lopes Pegna, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere*, cit., 120. La questione della legge applicabile alla prescrizione, com'è evidente, sorgerà in sede di opposizione all'esecuzione, ove il debitore esecutato avrà verosimilmente dedotto l'intervenuta prescrizione del diritto sostanziale accertato dalla sentenza straniera. Occorre d'altra parte precisare che, se è pacifico che deve farsi capo alla *lex causae* ai fini della disciplina dei fatti estintivi o modificativi del diritto sopravvenuti al giudicato (e, pertanto, anche della prescrizione e della sua interruzione), non altrettanto scontato è stabilire se il giudice dell'opposizione sia tenuto ad applicare la stessa legge dichiarata applicabile al rapporto sostanziale dal giudice straniero ovvero possa debba procedere egli stesso a individuarla alla stregua delle proprie norme di diritto internazionale privato. Secondo C. Consolo, *Limiti alla esecuzione di decisioni straniere*, cit., 404 ss., deve propendersi per il primo capo dell'alternativa, sì da escludere la possibilità per il giudice nazionale di sindacare, in base al proprio diritto, la correttezza della scelta compiuta dal giudice estero. Così, la sentenza interna che decide l'opposizione di merito si configura, rispetto alla pronuncia estera, come «una sorta di “decisione di completamento” a metro di giudizio di obbligato» (così C. Consolo, *op. ult. cit.*, 412), risolvendo le questioni relative ai fatti sopravvenuti in base alla stessa legge sostanziale regolatrice dei fatti costitutivi del diritto (nonché di quelli estintivi o modificativi, anteriori al giudicato).

<sup>(32)</sup> Tant'è che C. Consolo, *op. ult. cit.*, 414, nota che il giudice dell'opposizione,

stregua del diritto straniero applicabile, efficacia interruttiva della prescrizione alla domanda di delibazione, potendosi con ragionevole certezza affermare che la *ratio* ispiratrice delle diverse discipline degli effetti della domanda giudiziale sia sostanzialmente la medesima e che, pertanto, le stesse considerazioni formulate con riguardo alle norme del codice civile italiano possano valere anche rispetto alle omologhe normative di diritto straniero.

Il punto critico consiste piuttosto nell'individuare il meccanismo di funzionamento dell'interruzione giudiziale della prescrizione adottato dalla legge applicabile al rapporto sostanziale, e precisamente il modo in cui il c.d. effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione è da essa disciplinato: se, infatti, è pacifica la produzione dell'effetto interruttivo istantaneo, il cui presupposto consiste nell'affermazione del diritto sostanziale contenuta nella domanda giudiziale, occorre riconoscere la possibilità di un diverso regime del corso della prescrizione in pendenza del giudizio, a seconda della legge regolatrice del rapporto sostanziale<sup>(33)</sup>.

La soluzione è obiettivamente poco soddisfacente, in quanto, essendo il processo di delibazione un processo interno, sarebbe ragionevole attendersi che la disciplina degli effetti sostanziali da esso generati sia uniformemente fissata dalla *lex fori*, qualunque sia legge materiale disciplinatrice della fattispecie decisa e lo Stato di provenienza della decisione delibata. D'altra parte, non sembra possibile né porre in discussione la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione né forzare in via interpretativa il principio generale dell'applicabilità della legge regolatrice del rapporto

---

dinanzi al quale sia stata dedotta la prescrizione del credito azionato in via esecutiva, dovrà al più porsi il problema di stabilire se la legge ritenuta applicabile dal giudice straniero che ha emesso la sentenza costituente il titolo esecutivo ammetta una forma «stragiudiziale» di interruzione della prescrizione. Il che, peraltro, dimostra che la soluzione da noi prospettata è tanto più opportuna, qualora la legge straniera *in thesi* applicabile non ammetta neppure l'interruzione per mezzo di messa in mora: in tale eventualità, ove si escludesse l'idoneità della domanda di delibazione a interrompere la prescrizione, il creditore non avrebbe alcun mezzo sostitutivo, volto ad assicurargli la conservazione del diritto in pendenza del giudizio.

<sup>(33)</sup> Questo aspetto era già sottolineato da R. Oriani, *Processo di cognizione*, cit., 185 ss., nell'esaminare la portata dell'art. 2945 c.c. italiano. L'a. notava come il legislatore, nell'escludere il corso della prescrizione fino alla conclusione del processo, avesse optato per una delle molteplici soluzioni astrattamente ipotizzabili, e portava come esempio l'espediente dell'art. 138 cod. obbl. svizzero nel testo previgente, il quale prevedeva che dopo l'interruzione istantanea, conseguente alla proposizione della domanda giudiziale, la prescrizione ricominciasse a decorrere e fosse interrotta da ogni atto di parte o provvedimento del giudice (cfr. però l'attuale versione della norma, che adotta per il processo di cognizione una soluzione sostanzialmente conforme all'art. 2945, comma 2, c.c.). Il punto è di particolare interesse, in quanto nel caso deciso dalla Suprema Corte con la sentenza in commento la questione di prescrizione era regolata appunto dal diritto svizzero.

sostanziale ai fatti estintivi del diritto sopravvenuti alla sentenza, facendo leva sulla mera circostanza che il giudizio di delibazione è un giudizio interno. Siffatta deroga potrebbe soltanto essere disposta *expressis verbis* dalla legge del foro.

Una diversa soluzione interpretativa potrebbe forse essere adottata *de iure condito* soltanto traendo, in ordine alla tradizionale questione dell'*actio iudicati* derivante da sentenza di condanna straniera, tutte le necessarie conseguenze da quella dottrina che riferisce la prescrizione all'azione esecutiva piuttosto che al credito dichiarato dalla pronuncia di condanna: è chiaro infatti che, se oggetto della prescrizione è il diritto di ottenere la tutela esecutiva, la legge applicabile, trattandosi di un potere processuale che rinviene la sua fonte nel diritto dello Stato, diviene giocoforza la *lex fori*.

La questione richiede un esame più approfondito, che impone incidentalmente di tornare sui temi dei rapporti tra la sentenza straniera e la sentenza di delibazione e della natura di quest'ultima.

Si è infatti visto che, secondo l'opinione più diffusa nella dottrina contemporanea, il giudizio previsto dall'art. 67, comma 1, l. n. 218/1995 è un giudizio di mero accertamento, con la duplice conseguenza che l'azione di delibazione deve considerarsi imprescrittibile e che una questione di prescrizione può porsi solo in relazione al diritto sostanziale accertato dal giudice straniero<sup>(34)</sup>; l'efficacia esecutiva, d'altro canto, sarebbe un effetto *ex lege* della sentenza di accoglimento della domanda di (mero) accertamento dei requisiti del riconoscimento.

Questa opinione, a ben vedere, non è altro che la trasposizione, nella teorica del giudizio di riconoscimento delle sentenze straniere, dello schema secondo il quale si costruiscono gli effetti della sentenza (interna) di condanna: anche con riferimento a quest'ultima si afferma, infatti, che l'effetto esecutivo (la nascita del diritto di procedere ad esecuzione forzata) è una conseguenza collegata dalla legge alla statuizione del giudice, la quale ha per contenuto l'accertamento del solo diritto del creditore<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Così, tra gli altri, C. Consolo, *Limiti alla esecuzione*, cit., 417 ss., il quale esclude che nel nostro ordinamento «la prescrizione dell'*actio iudicati* sia istituito processuale che interessi non tanto il diritto sostanziale “rinforzato” dall'accertamento contenuto nella sentenza, ma la stessa azione esecutiva che nasce dalla sentenza di condanna» (*op. ult. cit.*, 417, nota 29).

<sup>(35)</sup> V., in particolare, la dottrina citata da E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., 85, testo e nota 88, ove è particolarmente evidente l'operazione interpretativa segnalata nel testo, consistente nel modellare l'efficacia della sentenza di delibazione sulla base della concezione più diffusa degli effetti della sentenza di condanna.

Si ricorderà, però, come nella letteratura processualistica si sia pure sostenuto che il contenuto della sentenza di condanna non si esaurisce nell'accertamento del diritto sostanziale e che anzi il suo effetto tipico consiste nel far nascere l'azione esecutiva in capo al creditore<sup>(36)</sup>. Questa dottrina, combinando la premessa che, a mente dell'art. 2909 c.c., tutti i provvedimenti giurisdizionali in via di cognizione contengono un «accertamento» con il rilievo che la sentenza di condanna ha una funzione schiettamente preparatoria dell'esecuzione forzata, perviene ad affermare che questo tipo di pronuncia giudiziale ha per contenuto l'accertamento dei presupposti del processo esecutivo, ossia il diritto di credito e il potere di procedere ad esecuzione forzata. E precisa altresì che questo potere processuale è non solo accertato, ma anche costituito dal giudicato di condanna, giacché altrimenti non potrebbe spiegarsi la disposizione contenuta nell'art. 2953 c.c.: la conversione delle prescrizioni brevi in prescrizioni ordinarie decennali dipende dal fatto che la sentenza di condanna fa nascere un diritto nuovo, consistente appunto nel diritto di agire in via esecutiva, al quale si deve più propriamente riferire la prescrizione<sup>(37)</sup>.

Ebbene, questo schema di teoria generale potrebbe essere applicato anche al rapporto tra la sentenza straniera, i cui effetti dichiarativi e (sostanzialmente) costitutivi sono automaticamente riconosciuti *ex art.* 64, l. n. 218/1995, e la sentenza di delibazione, che in questa prospettiva avrebbe natura (non già di mero accertamento dei requisiti del riconoscimento, ma anche) costitutiva del diritto di procedere a esecuzione forzata<sup>(38)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Si allude all'opinione di L. Montesano, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli 1965, *passim*, e spec. 19 ss.

<sup>(37)</sup> Se infatti fosse vero che l'azione esecutiva preesiste alla sentenza di condanna, la sua prescrizione «dovrebbe decorrere, indipendentemente dalle vicende del diritto soggettivo sostanziale, anche se il creditore non si servisse della tutela giurisdizionale esecutiva» (così L. Montesano, *op. cit.*, 26). In questa prospettiva, il riferimento ai «diritti» dell'art. 2953 c.c. è da ascrivere a un «errore teorico del legislatore», il quale avrebbe dettato la norma sul presupposto che «il diritto stesso si trasforma nell'azione esecutiva». Cfr., però, i rilievi critici di A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1978, 1144, secondo il quale la *ratio* della norma deve ricercarsi in ciò, che il legislatore ha voluto semplicemente rafforzare la tutela di quei diritti soggetti a prescrizione breve, una volta che sia intervenuta con riguardo ad essi una sentenza di condanna passata in giudicato, e non nel collegamento della tutela di condanna con l'esecuzione forzata.

<sup>(38)</sup> Pertanto, la relativa azione deve ritenersi soggetta alla prescrizione ordinaria decennale, *ex art.* 2953 c.c. Si noti che la soggezione dell'azione per il riconoscimento a fini esecutivi alla prescrizione rappresenta il correttivo necessario, una volta ammesso che, dal passaggio in giudicato della sentenza straniera e fino all'emanazione della sentenza che accoglie la domanda di riconoscimento e costituisce il diritto di procedere a esecuzione

Di qui, posto che è l'azione esecutiva (e non il diritto di credito) a essere soggetta a prescrizione, e che l'azione nasce solo per effetto della sentenza di delibazione, si deve concludere che, fino a che l'*exequatur* non è emesso, la prescrizione non corre (arg. ex art. 2935 c.c.): risultato simile, sebbene non identico, a quello a cui eravamo pervenuti.

Questa tesi<sup>(39)</sup> si scontra però con la necessità di coordinare le vicende del diritto sostanziale (e, in particolare, la disciplina del suo termine di prescrizione) con le regole in tema di *actio iudicati* previste dall'art. 2953 c.c., trattandosi in particolare di stabilire quale conseguenza abbia sull'azione esecutiva sorta nello Stato del foro la prescrizione del diritto nello Stato di origine: non si può escludere, infatti, che, sebbene l'azione esecutiva non possa essere «fatta valere» nel foro fino alla delibazione, tuttavia il diritto possa essere esercitato nello Stato di provenienza della decisione da delibare, e ivi possa dunque prescriversi. Poiché l'azione esecutiva è in ogni caso dipendente dal diritto di credito, l'estinzione di questo non potrebbe non paralizzare l'esercizio di quella.

Inoltre, accolte queste premesse teoriche, coerenza vuole che per un credito conosciuto e dichiarato dall'autorità giurisdizionale di uno Stato possano sorgere tante azioni esecutive, quanti sono gli Stati in cui la pronuncia dichiarativa è riconoscibile ed eseguibile, e che ciascuna di queste azioni sia soggetta alla rispettiva *lex fori*: di qui nascono problemi, di difficile soluzione, attinenti alle conseguenze dell'esercizio dell'azione esecutiva nel foro sulle concorrenti azioni esecutive sorte negli altri fori.

Sul piano teorico-generale, infine, si può osservare che, abbandonato il principio della autonomia degli ordinamenti giuridici e la concezione della

---

forzata, la prescrizione di quest'ultimo (*in thesi* non ancora sorto) non comincia a decorrere ex art. 2935 c.c.

<sup>(39)</sup> Una tesi simile è stata sostenuta da A. Migliazza, *Le sentenze straniere nel diritto italiano*, Milano 1968, 196 s., sia pure a partire da una diversa premessa intorno alla natura e alla funzione del riconoscimento e, di conseguenza, sviluppando un diverso ragionamento. Secondo l'a., il riconoscimento (sia esso automatico o condizionato all'accertamento giudiziale dei relativi requisiti) non dà luogo a un'estensione dell'efficacia originaria della sentenza straniera nello Stato del foro, ma attribuisce «a un valore straniero di origine giurisdizionale gli effetti che esso può produrre nel nostro sistema», i quali «si concretano in altrettanti diritti subiettivi che hanno la loro fonte nel riconoscimento e che non vanno confusi con i diritti determinati nella sentenza straniera». Sicché, se oggetto di attuazione è un «diritto proprio del sistema giuridico italiano», la sua prescrizione è naturalmente regolata dalla legge italiana. L'a. riteneva però che essa cominciasse a decorrere, anche nel sistema del codice del 1940 (in cui la delibazione era necessaria a tutti gli effetti), col passaggio in giudicato della sentenza straniera, «perché solo in quel momento si verifica il fatto da cui nasce, col diritto di promuovere l'azione di riconoscimento, la possibilità di far valere i diritti che ad essa si rapportano nel sistema italiano».

delibazione come nazionalizzazione del giudicato estero, sembra ormai definitivamente acquisita alla dottrina internazional-privatistica l'idea che la vicenda del riconoscimento si risolva nell'estensione allo Stato del foro – sia pure alle condizioni e secondo le tecniche da questo previste – dell'efficacia regolatrice della sentenza straniera, che rimane la fonte originaria degli effetti di accertamento del rapporto materiale<sup>(40)</sup>.

Questi rilievi ci sembrano sufficienti a dimostrare che questa soluzione interpretativa non è percorribile e che, più in generale, devono essere respinte quelle tesi che mirano a ricondurre esclusivamente alla *lex fori* la disciplina della fase esecutiva della decisione giudiziale.

Occorre allora ribadire, con la dottrina prevalente, che la prescrizione del diritto sostanziale è regolata, in ogni caso, dalla *lex causae* e che a questa deve farsi capo ai fini della disciplina delle cause di interruzione. Sicché, una volta appurato che la domanda di delibazione è idonea a interrompere la prescrizione, il giudice dell'opposizione all'esecuzione, dinanzi al quale la questione sia sollevata, è tenuto a determinare la misura dell'effetto interruttivo, e segnatamente dell'interruzione-sospensione, prodotto dal giudizio interno di delibazione alla stregua della legge dichiarata applicabile al rapporto sostanziale dal giudice straniero. In assenza di norme espressamente derogatorie dei principi generali stabilite dallo Stato del foro<sup>(41)</sup>, questa sembra l'unica soluzione teoricamente ammissibile, e che fisiologicamente consegue ad un sistema, che per un verso recepisce in

---

(40) Sul diverso modo di costruire la figura del riconoscimento, come «nazionalizzazione» della sentenza straniera ovvero come estensione extraterritoriale della sua efficacia, si rinvia a E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., 53 ss.

(41) E bisogna anche constatare come queste norme, quand'anche fossero adottate, probabilmente non sarebbero del tutto risolutive. Invero, ammesso pure che il diritto interno abbia imposto al giudice dell'opposizione all'esecuzione di applicare la *lex fori* nella decisione della questione dell'efficacia interruttiva della prescrizione prodotta dal giudizio di delibazione, questa regola potrà valere soltanto per il giudice del foro. Qualora l'interruzione della prescrizione del diritto, prodotta dal giudizio di delibazione della sentenza in Italia, sia successivamente dedotta davanti al giudice di uno Stato estero (si immagini il creditore che, ottenuta sentenza di condanna del debitore nello Stato X, ne chieda e ottenga la delibazione dapprima in Italia e poi nello Stato Y, ove agisce in via esecutiva e subisce l'opposizione del debitore), quest'ultimo giudice – sempre che un'analoga regola derogatoria non sia prevista anche dal proprio diritto – dovrà seguire comunque i principi generali. Ben si comprende, allora, l'opportunità della soluzione semplificante del «vincolo (...) alla legge individuata come applicabile nel giudizio straniero sul merito (principale) del rapporto litigioso» (così C. Consolo, *Limiti alla esecuzione*, cit., 414). Lo Stato che esercita per primo la giurisdizione dichiarativa sul diritto controverso in forza di una determinata legge sostanziale fissa, una volta per tutte, il diritto applicabile, e la scelta operata dal primo giudice della cognizione è destinata a vincolare qualsiasi altro giudice che, in seguito, si trovi ad esercitare una giurisdizione dichiarativa in ordine a fatti sopravvenuti al giudicato.

via automatica l'efficacia dichiarativo-costitutiva dei giudicati stranieri e per altro verso subordina ancora l'attribuzione del diritto di procedere ad esecuzione forzata ad un procedimento preventivo di delibazione.

ALESSANDRO LANDI  
*Dottore in giurisprudenza*

## PANORAMI

---

### OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE (PROCESSO CIVILE: 1° GENNAIO – 31 MARZO 2024) <sup>(1)</sup>

SOMMARIO: 1. Norme investite da ordinanze di rimessione giunte alla Corte. – 2. Questioni dichiarate infondate.

1. – Sono giunte alla Corte ordinanze di rimessione aventi ad oggetto le seguenti norme:

– art. 144, d.p.r. n. 115/2002 (contenente il Testo unico in materia di spese di giustizia), nella parte in cui non prevede che anche nei processi in cui è parte una procedura di liquidazione controllata, se il decreto del giudice delegato attesta che non è disponibile il denaro per le spese, la procedura si considera ammessa al patrocinio a spese dello Stato; nonché art. 146 del medesimo d.p.r. n. 115/2002, nella parte in cui non prevede la sua applicabilità alla procedura di liquidazione controllata, dalla sentenza di apertura alla chiusura; in entrambi i casi per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. (Trib. Verona 30 novembre 2023, in *Gazz. uff.* 14 febbraio 2024, n. 7).

2. – Con sentenza n. 6 del 6 dicembre – 19 gennaio 2024 (*Gazz. uff.* 24 gennaio 2024, n. 4) la Corte ha dichiarato infondata la questione sollevata da Trib. Arezzo con ordinanza del 3 marzo 2023, avente ad oggetto l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 142, comma 2, del d.lgs. n. 14/2019 (c.d. Codice della crisi), per come applicabile nell'ambito della liquidazione controllata del sovraindebitato disciplinata dagli artt. 268 ss. del medesimo d.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi), nella parte in cui, similmente a quanto previsto dall'art. 14-*undecies*, legge n. 3/2012, non prevede un limite temporale all'acquisizione di beni sopravvenuti all'apertura della procedura concorsuale. La questione è stata dichiarata infondata in quanto sono stati ritenuti errati i «passaggi ermeneutici che compongono il presupposto interpretativo dei rimettenti».

NICCOLÒ NISIVOC CIA  
*Avvocato in Milano*

---

<sup>(1)</sup> Questa rubrica tiene conto delle Gazzette Ufficiali pubblicate nel periodo indicato, salve deroghe eccezionali.

## OSSERVATORIO SULLA CASSAZIONE CIVILE

SOMMARIO: 1. *Perpetuatio jurisdictionis*. – 2. Eccezione. Qualificazione. – 3. Rappresentanza e assistenza. Omessa nomina del curatore speciale del minore. – 4. Chiamata in causa del terzo. – 5. Consulenza tecnica contabile. – 6. Spese processuali. – 7. Impugnazioni. Cumulo soggettivo alternativo passivo. – 8. Impugnazioni. Travisamento della prova. – 9. Cassazione civile. Procura alle liti. – 10. Revocazione. Legittimazione ad impugnare. – 11. Espropriazione forzata. Successione nel diritto controverso. Domanda di sostituzione nel processo esecutivo. – 12. Opposizione agli atti esecutivi. – 13. Vicende anomale del processo esecutivo. – 14. Mediazione e conciliazione.

1. – Con la sentenza Cass., sez. un., 7 febbraio 2024, n. 3453, Pres. D'Ascola, Rel. Nazzicone, le Sezioni Unite riaffermano l'adesione alla consolidata interpretazione dell'art. 5 c.p.c., per cui la regola dell'irrelevanza, ai fini della verifica della giurisdizione (e della competenza), dei mutamenti dello stato di fatto o di diritto rispetto al momento della proposizione della domanda non trova applicazione quando tali sopravvenienze attribuiscono giurisdizione al giudice che ne era privo al momento della instaurazione della lite (in questo senso, *ex plurimis*, Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065, Pres. Vittoria, Rel. Morcavallo, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2011, 1057, *sub* § 1, a cura di N. Sotgiu). Tale lettura, come noto, fa leva sulla *ratio* dell'art. 5 c.p.c., individuata nell'obiettivo «di favorire, non già d'impedire, la *perpetuatio jurisdictionis*» (così, Cass., sez. un., 7 ottobre 2010, n. 20775, Pres. Vittoria, Rel. Rordorf), e valorizza massimamente le istanze di economia processuale (così, espressamente, Cass., sez. un., 19 febbraio 2002, n. 2415, Pres. Vessia, Rel. Vittoria). L'interpretazione fatta propria dalla pronuncia in segnalazione pare confermata dal tenore letterale dell'art. 8, l. n. 218/1995, che, proprio nel disciplinare i rapporti fra giurisdizione italiana e straniera, oltre a richiamare l'applicazione dell'art. 5 c.p.c., stabilisce che «la giurisdizione sussiste se i fatti e le norme che la determinano sopravvengono nel corso del processo». In dottrina, in senso conforme all'interpretazione riaffermata dalla Suprema Corte, cfr. S. Boccagna, *In tema di giurisdizione e competenza sopravvenute (anche con riferimento all'arbitrato)*, in *Foro it.* 1997, 2880 ss.

Nel caso di specie, peraltro, il «mutamento» sopravvenuto presenta caratteristiche del tutto peculiari, sicché è utile ripercorrere sinteticamente la vicenda processuale. L'attore proponeva due domande fra loro connesse: una di accertamento negativo della contraffazione di un modello comunitario; l'altra di accertamento negativo di proprie condotte anticoncorrenziali. Ad avviso del giudice di primo grado, la domanda di accertamento negativo della contraffazione, in ragione del titolo di giurisdizione

posto dall'art. 82, Reg. CE n. 6/2002, doveva ritenersi soggetta alla giurisdizione del giudice straniero. Il difetto di giurisdizione con riferimento a tale domanda, tuttavia, determinava, per ragioni di connessione, anche il difetto di giurisdizione con riferimento alla domanda di accertamento negativo delle condotte anticoncorrenziali. L'attore, nel corso del giudizio d'appello, rinunciava, con la memoria di replica, alla domanda di accertamento negativo della contraffazione, e affermava, di conseguenza, la reviviscenza della giurisdizione italiana con riguardo alla domanda connessa di accertamento negativo della condotta anticoncorrenziale. Il giudice d'appello, tuttavia, insisteva nel dichiarare il difetto di giurisdizione. La Corte di cassazione accoglie il ricorso proposto dall'attore, rinviando al giudice di prime cure, in forza del rilievo per cui è ammissibile restringere il *thema decidendum*, con conseguenti, eventuali effetti positivi sulla giurisdizione inizialmente carente, attraverso la rinuncia a domande o eccezioni, non solo fino alla precisazione delle conclusioni, ma anche successivamente, nella comparsa conclusionale o financo nella memoria di replica (per la rinuncia a domande sino alla comparsa conclusionale, v. Cass., sez. III, 26 giugno 2015, n. 13203, Pres. Russo, Rel. Vincenti, Cass., sez. II, 15 aprile 2014, n. 8737, Pres. Goldoni, Rel. Nuzzo, e Cass., sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28146, Pres. Triola, Rel. Matera). Infatti, anche se gli scritti conclusivi hanno normalmente natura «semplicemente illustrativa», il principio dispositivo attribuisce sempre alle parti la facoltà di ridurre l'oggetto del giudizio. Beninteso, ad avviso delle Sezioni Unite, l'esercizio di tale facoltà non può mai comprimere il principio del contraddittorio, cosicché, quando – come nel caso in esame – la rinuncia alla domanda rilevi ai fini della modifica delle difese della controparte, il giudice è tenuto a rimettere la causa sul ruolo consentendo alle parti di dibattere sulla situazione creata a seguito della rinuncia.

2. – Ad avviso di Cass., sez. III, 28 febbraio 2024, n. 5295, Pres. Scarano, Rel. Graziosi, la «fattispecie di esenzione legale» da *actio pauliana* posta dall'art. 2901, comma 3, c.c., per cui «non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto», costituisce eccezione in senso stretto, che deve, dunque, essere sollevata, a pena di decadenza, nella comparsa di costituzione tempestivamente depositata. La Suprema Corte rinnega il contrario avviso fatto proprio, in *obiter dictum*, da Cass., sez. III, 3 agosto 2017, n. 19340, Pres. Di Amato, Rel. Rossetti, per cui tale eccezione sarebbe rilevabile anche d'ufficio, e si allinea, invece, alla conclusione maggioritaria condivisa, fra le altre, da Cass., sez. III, 12 luglio 2023, n. 19963, Pres. Sestini, Rel. Condello, Cass., sez. III, 28 febbraio 2019, n. 5806, Pres. Spirito, Rel. Guizzi, e Cass., sez. III, 13 agosto 2015, n. 16793,

Pres. Russo, Rel. Stalla. È decisivo, ad avviso della Corte, l'argomento per cui l'adempimento di un debito scaduto rappresenta «un dato fattuale che soltanto l'eccepiente può conoscere e quindi addurre». Al riguardo, sia consentito rilevare come l'argomento da ultimo riportato, che fa leva sul c.d. principio di vicinanza della prova (richiamato espressamente da Cass., sez. III, 13 agosto 2015, n. 16793, Pres. Russo, Rel. Stalla), se appare pertinente nella risoluzione della questione della qualificazione di un fatto come costitutivo o impeditivo, giacché consente di onerare della prova del fatto chi sia normalmente capace di provarne l'esistenza, non pare decisivo – una volta che si sia optato per la qualificazione del fatto medesimo come impeditivo, e quindi del mezzo di difesa come eccezione – nella risoluzione della ulteriore questione circa la qualificazione dell'eccezione come in senso lato o in senso stretto. In relazione a quest'ultimo interrogativo, come noto, a fronte del tenore variamente interpretabile dell'art. 112 c.p.c., ormai da tempo le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, Pres. La Torre, Rel. Evangelista, in *Foro it.* 1998, 764 ss., con conclusioni ribadite ancora da Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, Pres. Preden, Rel. D'Ascola, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2013, 1271, *sub* § 7, a cura di A. Trinchi) hanno stabilito il principio per cui le eccezioni sono normalmente rilevabili d'ufficio, ed è necessaria una specifica istanza del convenuto solamente nei casi previsti dalla legge, o quando il fatto alla base dell'eccezione possa essere speso dalla parte a fondamento di una azione costitutiva. La soluzione prediletta dalle Sezioni Unite fu auspicata, già prima, da R. Oriani, voce *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino 1991, 262 ss., spec. 271-272 e 289-293. Sulla correlazione fra eccezione in senso stretto (*recte*, eccezione in senso sostanziale) e azione costitutiva, v. già G. Chioyenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 229, e F. Escobedo, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano 1927, 92. In questo caso, l'applicazione del criterio discretivo fissato dalle Sezioni Unite del 1998, se non si vede errato, avrebbe dovuto condurre alla conclusione della rilevabilità officiosa dell'eccezione *ex art.* 2901, comma 3, c.c. Ad ogni modo, non è la prima volta che la Suprema Corte oblitera il criterio posto dalle Sezioni Unite: così, si afferma la rilevabilità a esclusiva istanza di parte dell'eccezione di massimale assicurativo (Cass., sez. lav., 11 settembre 2023, n. 26247, Pres. Esposito, Rel. Buffa, e Cass., sez. III, 13 giugno 2023, n. 16899, Pres. Travaglino, Rel. Iannello; *contra*, Cass., sez. II, 18 gennaio 2022, n. 1475, Pres. Manna, Rel. Scarpa), dell'eccezione *ex art.* 1227, comma 2, c.c. (Cass., sez. III, 19 luglio 2018, n. 19218, Pres. Travaglino, Rel. Iannello), o, ancora, dell'eccezione di pagamento al creditore apparente *ex art.* 1189 c.c. (Cass., sez. I, 14 febbraio 2023, n. 4589, Pres. Bisogni, Rel. Fidanzia).

Per un riepilogo degli orientamenti di legittimità in ordine al regime di rilevabilità delle eccezioni, v. I. Pagni, sub *art. 95 l.fall.*, in *Cod. comm. fall.* Lo Cascio, 4<sup>a</sup> ed., Milanofiori Assago, 2017, 1312-1313.

3. – Degna di nota è poi Cass., sez. I, 15 gennaio 2024, n. 1390, Pres. Valitutti, Rel. Caiazza, che ha rimesso gli atti al Primo Presidente affinché valuti l'opportunità di investire le Sezioni Unite della questione relativa all'applicabilità dell'istituto della rimessione al giudice di primo grado (art. 354 c.p.c.) al caso in cui, nell'ambito di un procedimento volto all'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, il giudice di prime cure abbia omesso di nominare un curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.* al minore che non sia già rappresentato da un tutore. In procedimenti di questa specie, infatti, per giurisprudenza consolidata, deve presumersi un conflitto di interessi fra minore e genitore, tale da imporre la nomina del curatore (così, *ex multis*, Cass., sez. I, 6 dicembre 2021, n. 38716, Pres. Acierno, Rel. Iofrida). Sul punto, è intervenuto anche il d.lgs. n. 149 del 2022, imponendo espressamente in simili procedimenti, all'art. 473-*bis*.8 c.p.c., la nomina del curatore «d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento». In relazione al quesito sollevato dalla Sezione I, in effetti, si registrano voci discordi in giurisprudenza. In forza di un primo orientamento, la mancata nomina del curatore speciale al minore non comporterebbe rimessione al giudice di prime cure, ma solo in appello, dato che non si rientrerebbe in alcuna delle ipotesi (tassative) di cui agli artt. 353 [oggi abrogato dall'art. 3, comma 26, lett. m), d.lgs. n. 149/2022] e 354 c.p.c., e una eventuale rimessione in primo grado contrasterebbe con il principio di ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.), particolarmente rilevante nell'ambito dei procedimenti in materia di famiglia (così, Cass., sez. I, 7 maggio 2019, n. 12020, Pres. Genovese, Rel. Falabella, in relazione al procedimento di adozione, e Cass., sez. I, 29 novembre 2023, n. 33185, Pres. Genovese, Rel. Caiazza, in relazione ai procedimenti c.d. *de potestate*). All'opposto, un secondo filone giurisprudenziale riconduce il caso in esame all'ipotesi di rimessione in primo grado, contemplata dall'art. 354, comma 1, c.p.c., per omessa integrazione del contraddittorio (in questo senso, per il procedimento di adozione, Cass., sez. VI-1, 8 giugno 2016, n. 11782, Pres. Dogliotti, Rel. Bisogni, e, in relazione ai procedimenti c.d. *de potestate*, Cass., sez. I, 16 dicembre 2021, n. 40490, Pres. Bisogni, Rel. Campese).

4. – Cass., sez. III, 15 febbraio 2024, n. 4204, Pres. Scrima, Rel. Dell'Utri, puntualizza come la chiamata in causa del terzo *ex art. 106 c.p.c.*, indicato dal chiamante quale corresponsabile della pretesa risarci-

toria fatta valere dell'attore, non comporti l'automatica estensione della domanda principale al chiamato, quante volte il chiamante domandi la manleva nei confronti del terzo, senza revocare in dubbio la propria legittimazione passiva (si ribadiscono, così, principi già affermati da Cass., sez. III, 21 ottobre 2008, n. 25559, Pres. Mazza, Rel. Lanzillo, e Cass., sez. III, 5 marzo 2013, n. 5400, Pres. Berruti, Rel. Cirillo, e recentemente ribaditi da Cass., sez. III, 8 novembre 2023, n. 31136, Pres. De Stefano, Rel. Gianniti). In ipotesi di questo tipo, dunque, per ottenere la condanna del terzo chiamato (quale co-obbligato solidale) nei confronti dell'originario attore, occorre che quest'ultimo proponga nei suoi riguardi una autonoma domanda. Ad avviso della Corte, per stabilire se il chiamante intenda eccepire il difetto della propria legittimazione passiva, e dunque se possa verificarsi l'estensione della domanda al terzo chiamato, il criterio dirimente consiste nel verificare se vi sia «identità o, rispettivamente, [...] diversità del rapporto sostanziale dedotto in giudizio dal convenuto nei confronti del terzo rispetto al rapporto sostanziale invocato dall'attore nei confronti del convenuto». Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, titoli della responsabilità del convenuto originario e del terzo chiamato erano, rispettivamente, l'inadempimento contrattuale del convenuto originario agli obblighi assunti nei confronti dell'attore e l'inadempimento contrattuale del terzo chiamato agli obblighi assunti nei confronti del convenuto, ragion per cui la Corte ha negato l'operatività della regola dell'estensione automatica della domanda. Al riguardo, peraltro, è utile richiamare quanto stabilito da Cass. 7 ottobre 2011, n. 20610, Pres. Amattucci, Rel. Carleo, secondo cui l'interpretazione della domanda giudiziale rappresenta pur sempre attività discrezionale del giudice di merito, il quale non è vincolato alla formula concretamente adottata dalla parte, sicché può darsi che, nonostante il convenuto-chiamante abbia formalmente proposto una domanda di garanzia nei riguardi del terzo chiamato, ciononostante il giudice riqualfichi la chiamata come chiamata del c.d. vero legittimato passivo, con conseguente estensione automatica della domanda principale nei riguardi del terzo. Sui presupposti di operatività dell'estensione automatica, cfr. Cass., sez. II, 27 aprile 2016, n. 8411, Pres. Buccianto, Rel. Cosentino, dove è precisato che tale fenomeno si realizza a condizione che il chiamante neghi del tutto la propria responsabilità, indicando il terzo quale unico obbligato nei confronti dell'attore, «in posizione alternativa con il convenuto ed in relazione alla medesima obbligazione dedotta nel giudizio (c.d. litisconsorzio alternativo)».

5. – In tema di consulenza tecnica contabile (art. 198 c.p.c.), Cass., sez. I, 15 dicembre 2023, n. 35175, Pres. Acierio, Rel. Russo, ribadisce il

principio per cui l'acquisizione, da parte del consulente tecnico, di documentazione non prodotta dalle parti, senza il «previo consenso» delle stesse, è fonte di nullità relativa della relazione del consulente tecnico (art. 157, comma 2, c.p.c.). La pronuncia si inserisce nel solco tracciato da Cass., sez. un., 1 febbraio 2022, n. 3086, Pres. Raimondi, Rel. Marulli, e Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, Pres. Raimondi, Rel. Marulli, entrambe segnalate nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2022, 797 ss., § 7, a cura di M. Ragni. Attraverso i predetti interventi, le Sezioni Unite – per quel che interessa in questa sede – avevano dapprima delimitato i poteri di indagine del consulente tecnico contabile, precisando che l'art. 198 c.p.c. «consente a quest'ultimo l'esame di documenti non prodotti in giudizio, pur se concernenti fatti principali ordinariamente soggetti ad essere provati per iniziativa delle parti, a condizione che le parti vi abbiano acconsentito». Ciò, peraltro, anche se l'acquisizione dei documenti avvenga a preclusioni istruttorie già maturate per le parti. In secondo luogo, le Sezioni Unite avevano chiarito quale specie di nullità, eventualmente, colpisca la consulenza tecnica svolta in violazione dei poteri di indagine tracciati. Sul punto, si fronteggiavano due orientamenti. Uno maggioritario, a favore della natura relativa della nullità, di cui sono espressione Cass., sez. III, 15 giugno 2018, n. 15747, Pres. Travaglino, Rel. Fiecconi, e Cass., sez. III, 31 gennaio 2013, n. 2251, Pres. Segreto, Rel. Ambrosio. Tale orientamento – come ricorda Cass., sez. III, 6 dicembre 2019, n. 31886, Pres. Sestini, Rel. Rossetti, in *Corr. giur.* 2020, 1531 ss., con nota di F. Auletta e V. Capasso, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia...con colpo di scena finale* – si era imposto con riferimento al vizio della consulenza svolta senza previo avviso alle parti del giorno di inizio delle operazioni peritali, ma poi si era esteso a tutti i casi di svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al *thema decidendum* o di acquisizione da parte del consulente di documenti non ritualmente prodotti dalle parti. Il contrapposto orientamento, invece, nell'ambito di ben altra, più restrittiva, concezione dei poteri del consulente tecnico (sul punto, v. B. Cavallone, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in questa *Rivista* 2022, 987-989), sosteneva la natura assoluta delle nullità della consulenza, quante volte questa fosse viziata dall'acquisizione di documenti non ritualmente prodotti dalle parti (così la già citata Cass., sez. III, 6 dicembre 2019, n. 31886, Pres. Sestini, Rel. Rossetti, che limitava l'operatività del regime della nullità relativa al solo caso delle violazioni, da parte del c.t.u., di regole meramente procedurali: cfr. par. 3.3. motiv.). Le Sezioni Unite avevano optato per la natura relativa, e quindi sanabile per acquiescenza, di siffatte nullità (eccezion fatta per la perizia nell'ambito della quale il consulente «accerti» fatti

principali diversi da quelli dedotti dalle parti, sempre che non siano rilevabili d'ufficio, giacché in questa ipotesi la Corte parla espressamente di nullità in senso assoluto: pone l'accento su questa parte dei *dicta* delle Sezioni Unite, sovente negletta nelle massimazioni, L.P. Comoglio, *Attribuzioni del consulente tecnico d'ufficio e nullità correlate nell'attuale approccio ai principi generali*, in questa *Rivista* 2023, 12-13, spec. nota 40). Merita ricordare, poi, come, con specifico riferimento alla nullità della consulenza contabile correlata alla acquisizione di documenti non prodotti dalle parti, senza il «previo consenso» delle stesse (art. 198, comma 2, c.p.c.), con un successivo intervento, la Suprema Corte aveva ribadito l'adesione alla opzione della nullità relativa, in ragione dell'ulteriore osservazione per cui la sanabilità di siffatto vizio si ricaverebbe, anche a voler prescindere dalla «scelta di campo» delle Sezioni Unite, dalla stessa previsione del «previo consenso» delle parti quale condizione perché il consulente contabile possa acquisire documentazione dalle stesse non prodotta, posto che «sarebbe del tutto incongruo ipotizzare [...] che a un divieto di implementazione del materiale probatorio suscettibile di essere liberamente derogato dalle parti si correli una sanzione processuale impermeabile alla postuma acquiescenza delle parti stesse» (Cass., 21 febbraio 2023, n. 5370, Pres. De Chiara, Rel. Falabella).

L'ordinanza in segnalazione chiarisce, poi, entro quale momento debba essere eccepita la nullità della consulenza, a pena di decadenza: la nullità deve essere opposta nella prima istanza o udienza successiva al formale deposito dell'atto viziato, cioè – questo il dato che preme rilevare – la relazione del consulente tecnico stessa, e può avvenire anche a mezzo di rinvio alla contestazione eventualmente formulata nel corso della consulenza, come nelle osservazioni alla bozza di relazione che la parte abbia trasmesso a norma dell'art. 195, comma 3, c.p.c. Sembrano contraddette, così, letture più restrittive, tese a sostenere la necessità di eccepire la nullità già nell'ambito del subprocedimento di consulenza (ad es., in sede di scambio di bozze: così, Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, Pres. Raimondi, Rel. Marulli, par. 35 motiv.). Quanto alle contestazioni e ai rilievi critici alla consulenza tecnica non integranti eccezioni di nullità relativa, invece, vale quanto stabilito da Cass., sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5624, Pres. Raimondi, Rel. Scrima: possono essere formulati per la prima volta in sede di comparsa conclusionale e financo in appello.

6. – In tema di spese processuali, giova segnalare, anzitutto, Cass. 25 gennaio 2024, n. 2424, Pres. Travaglino, Rel. Scoditti, ad avviso della quale è inammissibile l'appello proposto avverso un provvedimento giurisdizionale che abbia pronunciato soltanto sulla competenza e sulle spese di

lite, col quale si domandi l'esclusiva riforma del capo sulle spese, quando il motivo di censura si basi sulla illegittimità della statuizione sulla competenza e non sul mancato rispetto della disciplina sulle spese processuali. Nel caso di specie, oltretutto, l'appellante aveva, frattanto, provveduto a riassumere la causa dinanzi al giudice dichiarato competente ai sensi dell'art. 50 c.p.c. La Corte ribadisce, così, l'adesione ai principi già tracciati da Cass., sez. un., 6 luglio 2005, n. 14205, Pres. Carbone, Rel. Lupo. Quel che preme sottolineare, ad ogni modo, sono gli argomenti (quantomeno «eterodossi») a cui la pronuncia segnalata ricorre per negare una cognizione, per così dire, *incidenter tantum* sul capo declinatorio della competenza ai fini della riforma del solo capo sulle spese: la questione di competenza costituisce la «pregiudiziale in senso logico del regolamento delle spese», di modo che, censurato il capo sulle spese per ragioni inerenti alla statuizione sulla competenza, in caso di accoglimento dell'impugnazione, la cosa giudicata sostanziale *ex art. 2909 c.c.* calerebbe inevitabilmente sul nuovo «accertamento» relativo alla questione di competenza. Un simile esito, tuttavia, non potrebbe tollerarsi, posto che il rimedio istituzionale per provocare una revisione *principaliter* della statuizione declinatoria di competenza è il regolamento necessario *ex art. 42 c.p.c.*

Sempre in tema di spese processuali, si segnala poi Cass., sez. III, 30 gennaio 2024, n. 2828, Pres. Travaglino, Rel. Fanticini, secondo cui la c.d. «rottamazione» dei debiti erariali affidati agli agenti della riscossione (nel caso di specie, si trattava dello stralcio disposto dall'art. 4, d.l. n. 119 del 2018) determina l'estinzione per cessata materia del contendere dei giudizi pendenti aventi ad oggetto l'opposizione alle relative cartelle di pagamento, e le spese di lite debbono essere compensate senza che possano essere allocate ricorrendo al criterio della soccombenza virtuale. La Corte si allinea a Cass., sez. VI-4, 17 maggio 2022, n. 15872, Pres. Doronzo, Rel. Patti, discostandosi dal contrario avviso di Cass., sez. VI-2, 10 giugno 2021, n. 16442, Pres. Lombardo, Rel. Fortunato.

7. – Di sicuro interesse è poi Cass., sez. IV, 6 febbraio 2024, n. 3358, Pres. Di Paolantonio, Rel. Cavallari, che rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione «se in caso di cumulo soggettivo passivo alternativo, l'appellato vincitore in primo grado sia tenuto, in presenza di appello principale del convenuto soccombente nello stesso grado, a presentare appello incidentale, eventualmente condizionato, o a riproporre *ex art. 346 c.p.c.* le domande non accolte dal giudice precedente, per evitare che, qualora detto appello principale sia accolto, passi definitivamente in giudicato la parte della decisione del primo giudice relativa alla posizione degli altri convenuti

risultati non soccombenti». L'ultimo intervento delle Sezioni Unite sul punto risale a Cass., sez. un., 29 luglio 2002, n. 11202, Pres. Baldassarre, Rel. Roselli, in *Giur. it.* 2003, 907 ss., annotata da C. Consolo, *Le Sezioni unite sul litisconsorzio alternativo in appello*, ad avviso delle quali, a tal fine, sarebbe sufficiente la mera riproposizione della domanda ex art. 346 c.p.c. Questa opzione fu motivata richiamando la distinzione fra soccombenza materiale e virtuale, per chiarire come solo la prima imponga l'onere di impugnazione; e aggiungendo che, comunque, in caso di accoglimento della domanda avverso uno dei convenuti alternativi, la pretesa verso gli altri dovrebbe ritenersi assorbita, sicché, a rigore, neppure potrebbe parlarsi di soccombenza (per quanto) virtuale. Le Sezioni Unite esclusero, poi, che la mera impugnazione principale del convenuto condannato devolvesse automaticamente ex art. 331 c.p.c. al giudice d'appello anche la cognizione circa la pretesa dell'attore contro l'altro convenuto alternativo, giustificando la necessità di un atto di impulso dell'appellato sul rilievo per cui, benché dal punto di vista sostanziale il rapporto dedotto in lite sia uno, ciò «non toglie che due e distinte siano le formali pretese, caratterizzate [...] dalla diversità dei soggetti convenuti (*personae*) e in parte dai fatti e dagli argomenti di sostegno (*causae petendi*)». La Sezione IV, tuttavia, ritiene i tempi maturi per un *revirement*. A motivo di questo convincimento, in particolare, viene ricordata Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700, Pres. Roselli, Rel. Frasca, in *Giur. it.* 2016, 968 ss., con nota di C. Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, che, decidendo su una questione affatto diversa, aveva, in motivazione, sancito il principio per cui «al concetto della riproposizione deve ritenersi estraneo ogni profilo di deduzione di una critica alla decisione impugnata», giacché il veicolo attraverso cui muovere «critiche» alla decisione impugnata sarebbe, appunto, l'impugnazione. Il principio è stato poi ripreso, come noto, da Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 11799, Pres. Canzio, Rel. Frasca, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2017, 1381 ss., § 8, a cura di D. Noviello, con cui si è affermato l'onere di impugnazione incidentale in relazione alla mera soccombenza teorica su eccezione [per una analisi dei principi sanciti dalle Sezioni Unite nel 2017, v. C. Consolo e F. Godio, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, in *Corr. giur.* 2017, 1396 ss., e N. Rascio, *Impugnazione e riproposizione ex art. 346 c.p.c. al vaglio delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista* 2018, 265 ss.]. A mo' di conclusione, sembra interessante dar conto dell'argomento che l'ordinanza in segnalazione utilizza per rifiutare l'idea che, con riferimento alla posizione dei convenuti alternativi

non condannati, possa parlarsi di assorbimento (situazione logicamente incompatibile con una soccombenza nel merito, anche solo virtuale): la sentenza che accoglie la domanda dell'attore, a ben vedere, contiene sì un capo condannatorio rivolto ad uno soltanto dei convenuti, ma ad esso si accompagna un ulteriore capo, anch'esso di merito, che accerta l'inesistenza del rapporto sostanziale in relazione agli altri convenuti non condannati.

8. – Di particolare rilievo è poi Cass., sez. un., 5 marzo 2023, n. 5792, Pres. Virgilio, Rel. Di Marzio, in tema di travisamento della prova (v. la segnalazione di B. Limongi, *Le Sezioni unite si pronunciano sul «travisamento della prova»*, in *Judicium* 2024, 1 ss.). Le Sezioni Unite, invocate da ben due ordinanze interlocutorie (Cass., sez. III, 27 aprile 2023, n. 11111, Pres. Travaglino, Rel. Giannitti, e Cass., sez. lav., 29 marzo 2023, n. 8895, Pres. Berrino, Rel. Cavallaro, entrambe segnalate nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2023, 1303 ss., § 3, a cura di C. Pagliari, e *ivi* annotate, rispettivamente, da G. Raiti, *Il travisamento della prova nel processo civile e la sua controversa censurabilità in Cassazione*, 1213 ss., e V. Capasso, *Sul travisamento della prova nel processo civile*, 1257 ss.), compongono il dibattito in ordine al rimedio processuale esperibile avverso un provvedimento viziato da travisamento della prova, se ricorso per cassazione *ex art.* 360, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c., come auspicato da Cass. civ. n. 11111/2023 (conformi, *ex multis*, Cass., sez. III, 21 dicembre 2022, n. 37382, Pres. Travaglino, Rel. Giannitti, Cass., sez. III, 6 settembre 2022, n. 26209, Pres. Travaglino, Rel. Porreca, e Cass., sez. III, 7 giugno 2022, n. 18326, Pres. Frasca, Rel. Iannello), o revocazione ordinaria *ex art.* 395, n. 4, c.p.c., come caldeggiato da Cass. civ. n. 8895/2023 (in questo senso, fra le altre, Cass., sez. lav., 2 febbraio 2022, n. 3163, Pres. Berrino, Rel. Mancino, e Cass., sez. lav., 3 novembre 2020, n. 24395, Pres. Manna, Rel. Cavallaro). Il «travisamento del contenuto oggettivo della prova», si legge nella pronuncia, che ricorre «in caso di svista concernente il fatto probatorio in sé» e «non di verifica logica della riconducibilità dell'informazione probatoria al fatto probatorio», «trova il suo istituzionale rimedio nell'impugnazione per revocazione per errore di fatto, in concorso dei presupposti richiesti dall'articolo 395, n. 4, c.p.c.». Se invece «il fatto probatorio [ha] costituito un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare, e cioè se il travisamento rifletta la lettura del fatto probatorio prospettata da una delle parti, il vizio va fatto valere, in concorso dei presupposti di legge, ai sensi dell'art. 360 nn. 4 e 5, c.p.c., a seconda si tratti di fatto processuale o sostanziale».

Per una analisi delle questioni più rilevanti in tema di travisamento, cfr. I. Pagni, *Travisamento della prova, difetto di motivazione ed errore*

*revocatorio*, in questa *Rivista* 2023, 564 ss., delle cui conclusioni è debitrice Cass. civ. n. 11111/2023, oltre alle già menzionate note di G. Raiti, *op. cit.*, 1213 ss., e V. Capasso, *op. cit.*, 1257 ss. Per ulteriori richiami ai precedenti giurisprudenziali, v. la segnalazione delle ordinanze interlocutorie nell' *Osservatorio* di questa *Rivista* 2023, 1303 ss., § 3, a cura di C. Pagliari. Alla luce della pronuncia in segnalazione, a questo punto, la discussione sembra essersi assestata intorno ai seguenti punti fermi: *a*) se l'errore di percezione sul contenuto obiettivo della prova (per riprendere l'esempio riportato nella sentenza: il giudice «vede» nella fotografia rappresentato un fiume, quando rappresenta una macchina; o ancora, riportando l'esempio di I. Pagni, *op. cit.*, 577, il giudice «legge» nella CTU conclusioni che il consulente non ha mai formulato) è preceduto da discussione sul contenuto obiettivo stesso (la foto rappresenta un fiume o una macchina? La CTU nega o afferma l'esistenza del nesso di causa?) allora è aperta la strada al ricorso per cassazione *ex art.* 360, n. 4, c.p.c.; *b*) se l'errore di percezione sul contenuto obiettivo della prova non è preceduto da discussione sul contenuto obiettivo stesso, essendo le parti concordi sul punto (il giudice vede nella fotografia un fiume, quando le parti vedono pacificamente una macchina, e di una macchina si tratta; o il giudice legge una affermazione del nesso di causa nella CTU percipiente, dove le parti vedono pacificamente una conclusione di segno opposto, e di una conclusione di segno opposto si tratta) allora è aperta la strada alla revocazione *ex art.* 395, n. 4, c.p.c.; *c*) nel caso *sub b*), la natura controversa del fatto storico rappresentato dalla prova travisata nel suo contenuto obiettivo non impedisce l'accesso alla revocazione *ex art.* 395, n. 4, c.p.c., posto che il fatto travisato è il fatto processuale (*demonstratum*), che, diversamente da quello sostanziale (*demonstrandum*), controverso non è (diversamente da quel che, se non si vede male, pare ricavarsi dall'ordinanza Cass. civ. n. 11111/2023, e, con maggior chiarezza, da Cass., sez. III, 12 aprile 2017, n. 9356, Pres. Vivaldi, Rel. Rossetti). Alcune questioni, invece, restano aperte. A titolo d'esempio: *i*) i casi di c.d. travisamento per invenzione (il giudice richiama una testimonianza mai raccolta o un documento mai prodotto) e di c.d. travisamento per omissione (il giudice omette del tutto di citare un documento prodotto in causa e decisivo) dove rientrano? La Sezione Unite affermano espressamente di non volersi occupare di tali ipotesi «perché non destano soverchie difficoltà di disciplina». Ma, francamente, le difficoltà le destano e come, e senza una parola risolutiva delle Sezione Unite le continueranno a destare; *ii*) quando la Corte ammette nel caso *sub a*) il ricorso per cassazione *ex art.* 360, n. 4, c.p.c., il sindacato della Cassazione sul modo d'essere del fatto processuale è pieno, oppure deve passare per la censura di un vizio di motivazione (nei limiti in cui è

ancora ammesso: cfr. Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, Pres. Rovelli, Rel. Botta, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2014, 1294 ss., § 14, a cura di A. Arcadi) della decisione impugnata?

9. – A proposito di procura alle liti e ricorso per cassazione, si segnalano, in primo luogo, due rilevanti interventi delle Sezioni Unite, che archiviano contrasti interpretativi di significativo rilievo pratico.

Cass., sez. un., 19 gennaio 2024, n. 2075, Pres. D'Ascola, Rel. Vincenti, afferma, una volta per tutte, che «il requisito della specialità della procura, di cui agli artt. 83, comma terzo, e 365 c.p.c., non richiede la contestualità del relativo conferimento rispetto alla redazione dell'atto cui accede, essendo a tal fine necessario soltanto che essa sia congiunta, materialmente o mediante strumenti informatici, al ricorso e che il conferimento non sia antecedente alla pubblicazione del provvedimento da impugnare e non sia successivo alla notificazione del ricorso stesso» (l'ordinanza di rimessione è Cass., sez. III, 5 luglio 2023, n. 19039, Pres. De Stefano, Rel. Fanticini, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2023, 1831 ss., § 8, a cura di L. Costantino, e annotata da A. Chizzini, *Chiose minime in tema di procura alle liti e certificazione del difensore*, in *Giur. it.* 2023, 2609 ss.). Ad avviso della Corte, quindi, il potere di certificazione della sottoscrizione della parte, conferito al difensore dall'art. 83, comma 3, c.p.c., non presuppone che l'atto cui la procura accede sia già esistente al momento del conferimento della stessa e della successiva certificazione (come è invece *naturaliter* per la procura rilasciata «in calce o a margine» del ricorso: così A. Chizzini, *op. cit.*, 2610). Si rinnega, così, l'opposto orientamento fatto proprio da Cass., sez. III, 4 aprile 2023, n. 9271, Pres. De Stefano, Rel. Fanticini, Cass., sez. III, 7 aprile 2022, n. 11244, Pres. De Stefano, Rel. Fanticini, e Cass. 6 aprile 2022, n. 11240, Pres. De Stefano, Rel. Fanticini, quest'ultima segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2023, 1307 ss., § 4, a cura di C. Pagliari. La Corte, invece, aderisce alla lettura più estensiva condivisa, *ex plurimis*, da Cass., sez. III, 15 dicembre 2022, n. 36827, Pres. Frasca, Rel. Iannello. Ecco i principali argomenti cui le Sezioni Unite ricorrono: *i*) debbono essere evitati, per quanto possibile, «eccessi di formalismo e, quindi, restrizioni del diritto della parte all'accesso ad un tribunale che non siano frutto di criteri ragionevoli e proporzionali» (si richiama l'art. 6, par. 1, CEDU); *ii*) il potere di certificazione dell'autografia della sottoscrizione della parte dipende dalla materiale congiunzione della procura rispetto all'atto cui accede (cfr. Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36057, Pres. Curzio, Rel. Cirillo); *iii*) l'art. 83 c.p.c. non menziona data e luogo di conferimento della procura come requisiti di forma-contenuto dell'atto (in questo senso, già Cass., sez. un., 1 giugno

2021, n. 15177, Pres. Spirito, Rel. Conti); *iv*) la procura (regolarmente certificata) mira a rendere conoscibile all'esterno il conferimento, ad opera della parte, del potere rappresentativo al difensore, non anche la corrispondenza dell'attività svolta dal difensore all'effettivo volere del rappresentato, che attiene esclusivamente al rapporto interno tra difensore e cliente (negli stessi termini, Cass., sez. III, 15 dicembre 2022, n. 36827, Pres. Frasca, Rel. Iannello).

Ugualmente mossa dall'intento di evitare eccessivi formalismi, è Cass., sez. un., 19 gennaio 2024, n. 2077, Pres. D'Ascola, Rel. Vincenti, ad avviso della quale è validamente conferita la procura speciale alle liti (art. 83 c.p.c.) rilasciata in modalità analogica che presenti un contenuto del tutto generico, la cui copia digitalizzata venga utilizzata ai fini della proposizione del ricorso per cassazione (art. 365 c.p.c.) redatto in formato nativo digitale, notificato a mezzo posta elettronica certificata e telematicamente depositato. Benché la procura non rechi gli estremi del provvedimento impugnato (nel caso di specie, il contenuto della procura era il seguente: «*Delego l'Avv. Sempronio a rappresentarmi e difendermi nel giudizio di Cassazione di cui al ricorso che precede con ogni facoltà di legge e di pratica. Eleggo domicilio presso il suo studio in Roma...*»), infatti, la «congiunzione virtuale» tra procura cartacea successivamente digitalizzata e ricorso nativo digitale che si realizza dapprima attraverso la notifica a mezzo PEC degli stessi, poi tramite l'unitario deposito nel fascicolo telematico, consente di ritenere integrato il requisito della «specialità» *ex* art. 83, comma 3, c.p.c., in difetto di espressioni che univocamente conducano ad escludere l'intenzione della parte di proporre ricorso per cassazione (conforme, Cass., sez. II, 14 settembre 2023, n. 26587, Pres. Bertuzzi, Rel. Besso Marcheis). La Corte, in questa maniera, trasla alla fattispecie in esame le analoghe conclusioni formulate da Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36057, Pres. Curzio, Rel. Cirillo, per il caso della procura cartacea di contenuto generico «materialmente congiunta» a ricorso anch'esso cartaceo. In quell'occasione, come anticipato, le Sezioni Unite avevano valorizzato la «collocazione topografica» della procura quale elemento «specializzante» la stessa. Viene respinta, invece, la preoccupazione – più che legittima – che aveva indotto la Sezione terza (Cass., sez. III, 13 luglio 2023, n. 20176, Pres. De Stefano, Rel. Tatangelo, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2023, 1832 ss., § 8, a cura di L. Costantino) a rimettere gli atti alle Sezioni Unite, ossia scongiurare il rischio che, attraverso interpretazioni eccessivamente elastiche del requisito della specialità, si aprisse, di fatto, all'utilizzazione della medesima procura «per una seria indefinita di processi per cassazione». Si può ben dire che il nuovo fermento «deformalizzante» della Suprema Corte ha avuto la meglio sul pericolo di un «via libera» a procure

«preconfezionate *bonne à tout fair*, prive di qualsiasi riferimento alla lite» (l'espressione è di A. Chizzini, *op. cit.*, 2614).

A proposito di procura alle liti e ricorso per cassazione, il quadro delle novità giurisprudenziali deve essere completato dando conto della rimessione al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite, di Cass., sez. II, 28 dicembre 2023, n. 36216, Pres. Virgilio, Rel. Trapuzzano, circa le questioni *i*) se sia ammissibile il ricorso per cassazione proposto dal rappresentante della società che sia stata cancellata dal registro delle imprese successivamente al conferimento della procura speciale, ma prima dell'instaurazione del giudizio di legittimità, *ii*) e se, in caso di inammissibilità, le spese di lite in favore del controricorrente debbano essere poste a carico del soggetto (persona fisica) conferente la procura o personalmente a carico dei difensori del ricorrente. In ordine al quesito *sub i*), la Corte sembra caldeggiare la tesi dell'inammissibilità del ricorso, richiamando l'argomento per cui l'estinzione della parte estingue anche il mandato (art. 1722, comma 1, n. 4, c.c.), sicché, al momento della instaurazione del giudizio di cassazione, difetterebbe una valida ed efficace procura speciale. Né parrebbe potersi invocare il «principio di ultrattività del mandato», perché tale regola presuppone che il venir meno della parte avvenga a giudizio già instaurato, mentre in questo caso il procedimento di cassazione non sarebbe ancora radicato (sull'operatività del principio di ultrattività del mandato, anche nel passaggio fra un grado e l'altro, deve necessariamente richiamarsi Cass., sez. un., 4 luglio 2014, n. 15295, Pres. Rovelli, Rel. Spirito, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2014, 1621 ss., § 5, a cura di R. Brenda, con l'avvertimento, tuttavia, che le conclusioni ivi tracciate si scontrano, in cassazione, con la previsione della necessità di una procura speciale *ex art.* 365 c.p.c.). Per l'inammissibilità del ricorso per cassazione nel (diverso) caso di estinzione della società *prima* del conferimento della procura, v. Cass., sez. V, 17 giugno 2021, n. 17360, Pres. Bisogni, Rel. Fanticini, Cass., sez. VI-3, 12 dicembre 2019, n. 32728, Pres. Frasca, Rel. Graziosi, Cass., sez. V, 31 gennaio 2017, n. 2444, Pres. Cappabianca, Rel. Iannello, Cass., sez. V, 22 luglio 2016, n. 15177, Pres. Canzio, Rel. Criscuolo, Cass., sez. II, 18 febbraio 2013, n. 3966, Pres. Piccialli, Rel. Falaschi, Cass., sez. II, 12 ottobre 2012, n. 17500, Pres. Oddo, Rel. Proto, e Cass., sez. II, 30 marzo 2011, n. 7268, Pres. Oddo, Rel. Bianchini. Alle Sezioni Unite viene anche chiesto, nel caso in cui si concluda per l'inammissibilità del ricorso, a carico di chi debbano essere poste le spese di lite. Sul punto, in effetti, si registrano significativi contrasti giurisprudenziali con riguardo al caso della procura conferita dal rappresentante di un ente già estinto al momento del mandato. Secondo un primo orientamento, le spese dovrebbero essere poste a

carico del soggetto (persona fisica) che abbia conferito la procura: così, ad es., Cass., sez. VI-3, 22 maggio 2018, n. 12603, Pres. Frasca, Rel. De Stefano. Un secondo filone, invece, pone le spese a carico del difensore, ora a condizione che lo stesso fosse «concretamente consapevole» dell'estinzione dell'ente (cfr. Cass., sez. V, 3 maggio 2022, n. 13843, Pres. Manzon, Rel. Chiesi, Cass., sez. V, 3 maggio 2022, n. 13842, Pres. Manzon, Rel. Chiesi, e Cass., sez. V, 17 giugno 2021, n. 17360, Pres. Bisogni, Rel. Fanticini), ora prescindendo del tutto da qualsiasi valutazione di «colpevolezza» dello stesso (così, Cass., sez. III, 22 settembre 2022, n. 27847, Pres. De Stefano, Rel. Fanticini, Cass., sez. III, 19 maggio 2022, n. 16225, Pres. Sestini, Rel. Graziosi, Cass., sez. VI-1, 20 novembre 2017, n. 27530, Pres. Cristiano, Rel. Valitutti, Cass., sez. VI-3, 21 aprile 2017, n. 10071, Pres. Frasca, Rel. Scoditti, e Cass., sez. lav., 4 giugno 2015, n. 11551, Pres. Roselli, Rel. Doronzo).

10. – In tema di legittimazione a proporre revocazione straordinaria (art. 395 c.p.c.), giova segnalare Cass. 12 febbraio 2024, n. 3768, Pres. Genovese, Rel. Iofrida, che chiarisce come il successore a titolo universale *post rem iudicatam* subentri nel «diritto di impugnare per revocazione» del *de cuius*, scontando, tuttavia, le preclusioni maturate nei riguardi di quest'ultimo. Per la comprensione del principio, appare utile accennare rapidamente alla vicenda processuale. L'erede aveva proposto revocazione straordinaria *ex art. 395, n. 1, c.p.c.* avverso la sentenza che aveva disposto l'adozione di un maggiore d'età da parte del *de cuius*, avendo egli scoperto, dopo il decesso del *de cuius*, raggiri posti in essere dell'adottato nei riguardi dell'adottante. I giudici di merito rigettavano la domanda, in forza dell'argomento per cui l'erede non è legittimato a proporre revocazione, dato che tale rimedio è riservato solo alle parti del giudizio nel quale è stato emesso il provvedimento che si intende revocare. L'erede, piuttosto, avrebbe dovuto proporre opposizione di terzo revocatoria (art. 404, comma 2, c.p.c.). La Corte di cassazione conferma il rigetto, ma modifica la motivazione (art. 384, comma 4, c.p.c.). Da un lato, si nega recisamente la legittimazione dell'erede a proporre opposizione di terzo revocatoria (art. 404, comma 2, c.p.c.), in ragione dell'osservazione per cui l'erede non rientrerebbe nella categoria «aventi causa di una delle parti». In tale formulazione, infatti, sarebbero ricompresi solo i successori a titolo particolare. La Corte si allinea, dunque, a quanto stabilito, anni addietro, da Cass., sez. II, 10 marzo 1994, n. 2323, Pres. Marconi, Rel. Triola. In dottrina, così S. Satta, *Diritto processuale civile*, 7<sup>a</sup> ed., Padova 1967, 447. Dall'altro, come anticipato, si afferma la legittimazione dell'erede a impugnare per revocazione la sentenza ottenuta con dolo ai danni del *de*

*cuius*, con la precisazione però che, trattandosi di un diritto di impugnativa non «autonomo» ma «derivativo», l'erede sconta le preclusioni maturate a carico del *de cuius*. In questi termini, già Cass., sez. VI-2, 27 aprile 2016, n. 8284, Pres. Petitti, Rel. Manna. Su queste premesse, la domanda viene ugualmente rigettata, rilevato che il termine decadenziale di trenta giorni dalla scoperta del dolo per la proposizione della revocazione (artt. 325 e 326 c.p.c.) era già spirato in capo al *de cuius*, a nulla rilevando la successiva scoperta da parte dell'erede.

11. – In tema di espropriazione forzata, merita attenzione Cass., sez. III, 20 dicembre 2023, n. 35657, Pres. De Stefano, Rel. Saija, ad avviso della quale il *creditor creditoris* (c.d. subcollocatario) che sia stato ammesso alla distribuzione del ricavato della vendita forzata (art. 511 c.p.c.) non deve essere soddisfatto se, prima della distribuzione stessa, ha ceduto il credito che aveva legittimato la proposizione della domanda di sostituzione. La Suprema Corte, infatti, ribadisce l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. al processo esecutivo, eppure tiene a specificare che tale norma opera solo con riferimento alla posizione del creditore precedente o dei creditori intervenuti, ossia in presenza di fenomeni successori *ex latere creditoris* (conforme, Cass., sez. VI-3, 22 giugno 2017, n. 15622, Pres. Amendola, Rel. Barreca; per riferimenti al dibattito in ordine all'applicazione dell'art. 111 c.p.c. al processo esecutivo, v. L. De Propriis, *Successione nel diritto controverso, cessione del credito ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli 2023, 471 ss.). Resta, invece, «scoperto» dall'operatività dell'art. 111 c.p.c. il *creditor creditoris* di cui all'art. 511 c.p.c. L'istituto disciplinato dall'art. 511 c.p.c., infatti, ad avviso della Corte, ha «valenza meramente satisfattiva e non anche surrogatoria». Proponendo domanda di sostituzione, in altri termini, il *creditor creditoris* non realizza un «intervento in senso tecnico», né pone in essere alcun atto d'esercizio dell'azione esecutiva nei confronti del debitore esecutato o del creditore sostituito. Da queste osservazioni, la Corte ricava che il *creditor creditoris* non è «parte in senso proprio del processo esecutivo», ragion per non ricade nell'ambito applicativo dell'art. 111 c.p.c. Nel senso che la c.d. sostituzione esecutiva non costituisca atto d'esercizio dell'azione esecutiva, v. Cass., sez. III, 20 novembre 2023, n. 32143, Pres. De Stefano, Rel. Saija. In dottrina, sulla natura della c.d. subcollocazione, v. la pubblicazione di «esordio» in questa *Rivista*, nel 1959, di N. Picardi, *La domanda di sostituzione nel processo esecutivo*, 574 ss., e lo studio di B. Capponi, *La cognizione nella domanda di sostituzione nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. civ.* 1987, 717 ss. Più recentemente, v. A. Briguglio, *La necessità del titolo esecutivo per la*

*domanda di sostituzione del creditor creditoris ex art. 511 c.p.c.*, in questa *Rivista* 2015, 885 ss.

12. – Sempre in tema di esecuzione forzata, si segnala, inoltre, Cass., sez. III, 9 gennaio 2024, n. 903, Pres. De Stefano, Rel. Rossi, che ribadisce il principio per cui è inammissibile l'opposizione agli atti esecutivi con cui si lamenti un mero vizio del processo, ove non si prospettino anche le ragioni per le quali l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato, per la parte, una lesione del diritto di difesa o altro pregiudizio, salvo il caso in cui la violazione delle norme processuali abbia in modo evidente reso impossibile l'estrinsecazione del diritto di difesa in relazione allo svolgimento del processo. Nel caso di specie, il giudice dell'esecuzione, dichiarata la decadenza del primo aggiudicatario della vendita (art. 587 c.p.c.), aveva autorizzato il professionista delegato a procedere con un nuovo tentativo di vendita omettendo di fissare l'apposita udienza per l'audizione delle parti prescritta dall'art. 176, comma 2, disp. att. c.p.c. Il debitore esecutato aveva proposto opposizione agli atti avverso tale provvedimento, negandone la legittimità ma senza addurre «un concreto ed effettivo pregiudizio derivante dall'inosservanza della norma processuale». Con tale pronuncia, la Corte si allinea ai precedenti di legittimità che, ai fini dell'ammissibilità dell'opposizione agli atti esecutivi, richiedono l'allegazione di uno specifico pregiudizio, ulteriore rispetto alla violazione della mera prescrizione formale (cfr. Cass., sez. VI-3, 24 giugno 2020, n. 12398, Pres. Frasca, Rel. D'Arrigo, che fa riferimento anche alla necessità che sia indicato il «diverso e migliore risultato che si sarebbe potuto effettivamente conseguire in assenza del vizio denunciato», Cass., sez. III, 12 febbraio 2019, n. 3967, Pres. Vivaldi, Rel. D'Arrigo, che parla di necessaria «indicazione» dell'attività processuale preclusa per effetto della denunciata nullità, e Cass., sez. III, 13 maggio 2014, n. 10327, Pres. Russo, Rel. De Stefano, che evoca la necessità di «allegare», e in caso di contestazione pure «provare», «specifiche limitazioni o compressioni del diritto di difesa»). Inoltre, la Suprema Corte chiarisce come non colga nel segno, al fine di sostenere l'opposta tesi della «sufficienza» dell'indicazione della violazione processuale in sé, il richiamo a Cass., sez. un., 25 novembre 2021, n. 36596, Pres. Curzio, Rel. Terrusi (segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2022, 366, § 9, a cura di A. Angelini, e annotata da F. Fradeani, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo* in *Giur. it.* 2023, 1310 ss.). Tale decisione, infatti, aveva eccezionalmente negato rilevanza all'allegazione di un «pregiudizio specifico ulteriore» rispetto alla violazione procedurale in sé, ma con riferimento al caso «limite» della sentenza emessa prima della scadenza del termine per il deposito degli

scritti conclusionali delle parti (art. 190 c.p.c.). Insomma, si tratterebbe di un caso in cui il pregiudizio al diritto di difesa è «autoevidente», e in simili ipotesi la stessa Corte, anche con riferimento all'opposizione agli atti esecutivi, ha avuto modo di specificare come sia sufficiente l'indicazione della violazione della norma processuale (così, da ultimo, Cass., sez. III, 26 settembre 2023, n. 27424, Pres. e Rel. De Stefano, segnalata nell'*Osservatorio* di questa *Rivista* 2023, 300, § 5, a cura di A. Triolo). Per chiudere, è interessante dar conto dell'ulteriore ragione che, ad avviso della Corte, fonda la necessità di allegare una concreta lesione del diritto di difesa in sede di opposizione agli atti: nel processo esecutivo il «contraddittorio» è «qualitativamente attenuato» rispetto al processo di cognizione, giacché serve al «più limitato scopo [...] di consentire al giudice dell'esecuzione il miglior esercizio della potestà ordinatoria lui deferita» (si ripropongono espressioni già formulate da Cass., sez. III, 9 marzo 2017, n. 6015, Pres. e Rel. Chiarini). Pertanto, il «diverso» valore (per non dire «minore», come sembra suggerirsi tra le righe della decisione) che tale principio assume in fase esecutiva impone, a mo' di compensazione, maggiori oneri dimostrativi in capo a chi intenda denunciare la violazione di norme processuali.

13. – È poi degna di nota Cass., sez. III, 18 dicembre 2023, n. 35365, Pres. De Stefano, Rel. Fanticini, che individua nell'eccezione di estinzione *ex art.* 630 c.p.c. lo strumento processuale attraverso cui «far constare la sopravvenuta inefficacia del pignoramento», quando il creditore che abbia beneficiato dell'automatica conversione del sequestro conservativo in pignoramento (art. 686 c.p.c.) ometta di compiere tempestivamente gli adempimenti prescritti dall'art. 156 disp. att. c.p.c. (ad es., il deposito presso il giudice dell'esecuzione di copia del provvedimento di condanna esecutivo nel termine di sessanta giorni dalla sua comunicazione). Preliminarmente, la Corte ribadisce l'adesione alla tesi, prevalente in giurisprudenza, per cui la conversione del sequestro in pignoramento si realizza *ipso iure* al momento della pubblicazione del provvedimento di condanna, e gli adempimenti imposti dall'art. 156 disp. att. c.p.c. costituiscono solo successivi «atti di impulso processuale» (così, Cass., sez. III, 3 settembre 2007, n. 18536, Pres. Preden, Rel. Di Nanni, Cass., sez. III, 29 aprile 2006, n. 10029, Pres. Vittoria, Rel. Filadoro, e Cass., sez. III, 6 maggio 2004, n. 8615, Pres. Vittoria, Rel. Manzo; in dottrina, così C. Ferri, voce *Sequestro*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino 1998, 483, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti). Su questa premessa, la Cassazione richiama i tre diversi orientamenti relativi al mezzo attraverso cui far constare l'inefficacia del pignoramento per il tardivo compimento degli adempimenti *ex art.* 156 disp. att. c.p.c. Secondo alcuni precedenti particolarmente datati,

l'inottemperanza alle prescrizioni previste dall'art. 156 disp. att. c.p.c. deve farsi valere tramite opposizione agli atti esecutivi (art. 617 c.p.c.), da proporre entro il termine decadenziale di venti giorni dal primo atto di esecuzione successivo al deposito tardivo (è questa la posizione di Cass., sez. III, 27 aprile 1967, n. 757, Pres. Boccia, Rel. Minerbi, in *Foro it.* 1967, 1, 1225, e annotata da S. Satta, *Sulla conversione del sequestro conservativo in pignoramento*, in *Giust. civ.* 1967, 1481 ss.) o dal giorno in cui il debitore ha avuto conoscenza del processo esecutivo (Cass., sez. III, 27 luglio 1973, n. 2202, Pres. Stile, Rel. Delfini, la cui massima è consultabile in *CED Cassazione*). Per un secondo, più recente, filone giurisprudenziale, invece, il mancato tempestivo compimento delle attività indicate dall'art. 156 disp. att. c.p.c. integra una inattività tipica qualificata del creditore procedente, che comporta l'estinzione della procedura ai sensi dell'art. 630 c.p.c. (così, *ex multis*, Cass., sez. III, 23 gennaio 2009, n. 1696, Pres. Fantacchiotti, Rel. Spagna Musso). Il provvedimento in segnalazione, infine, ascrive a Cass., sez. III, 24 maggio 1986, n. 3499, Pres. Colesanti, Rel. Taddeucci, l'ulteriore orientamento per cui lo strumento per far constare l'inefficacia del pignoramento sarebbe l'opposizione all'esecuzione (art. 615 c.p.c.). Ma il richiamo a questa pronuncia non pare del tutto pertinente, dato che nel caso di specie si contestava, più radicalmente, l'assenza di un provvedimento di condanna capace di convertire il sequestro conservativo in pignoramento.

Passate in rassegna le tre posizioni, come anticipato, la Corte opta per la soluzione dell'estinzione del processo esecutivo, rilevabile anche d'ufficio ai sensi dell'art. 630 c.p.c. Ciò significa – conclude la pronuncia segnalata – che le contestazioni avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che dichiarano l'estinzione o rigettano la relativa eccezione debbono essere fatte oggetto di «reclamo» al collegio (art. 630, comma 3, c.p.c.), con l'ulteriore precisazione che al giudice non è consentito «riqualificare» in reclami eventuali opposizioni agli atti esecutivi (erroneamente) proposte (così pure, Cass., sez. III, 6 aprile 2022, n. 11241, Pres. De Stefano, Rel. Fanticini, dove si fa leva sull'argomento per cui sul reclamo decide il collegio, mentre sull'opposizione agli atti decide il giudice dell'esecuzione).

14. – Con la pronuncia Cass., sez. un., 7 febbraio 2024, n. 3452, Pres. D'Ascola, Rel. Nazzicone, le Sezioni Unite prendono posizione sul quesito, formulato dal Tribunale di Roma con rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis* c.p.c. (Trib. Roma, sez. VI, 13 giugno 2023, n. 13193, annotata da E. Borselli, *Il problema della mediazione obbligatoria sulla controversia oggetto di domanda riconvenzionale: la parola alle sezioni unite*, in *Judicium* 2023, 1 ss.), relativo alla necessità di sottoporre o meno a mediazione obbligatoria

la domanda riconvenzionale inclusa nell'ambito applicativo dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, quando il tentativo di mediazione sia già stato effettuato in relazione alla domanda principale.

La scelta delle Sezioni Unite è netta: la domanda riconvenzionale, indipendentemente dalla specie di connessione che intercorra con la domanda principale, non è mai assoggettata alla condizione di procedibilità della mediazione (in senso opposto, in relazione però al tentativo di conciliazione previsto per le controversie agrarie, cfr. Cass., sez. VI-3, 11 novembre 2022, n. 33379, Pres. Scoditti, Rel. Gorgoni, e, precedentemente, Cass., sez. III, 18 gennaio 2006, n. 830, Pres. Fiduccia, Rel. Finocchiaro).

In ordine alle domande riconvenzionali «non eccentriche», ossia quelle «oggettivamente collegate» alla domanda principale, la Corte ritiene decisiva la considerazione che, una volta fallito il tentativo di mediazione con riferimento alla domanda principale, lo scopo deflattivo della mediazione sarebbe irrimediabilmente mancato, posto che, ormai, un processo pende. La conclusione delle Sezioni Unite non cambia neanche in relazione alle domande riconvenzionali «eccentriche», inerenti, cioè, a diritti non oggettivamente connessi con quello azionato dall'attore in via principale. Anzi tutto, immaginare di onerare chi proponga simili domande riconvenzionali di esperire la mediazione aprirebbe a ulteriori discussioni intorno alla qualifica della causa riconvenzionale come «eccentrica» o meno, con pregiudizio al principio della certezza del diritto. Le Sezioni Unite, così, rinnegano l'approccio «casistico» fatto proprio dal filone giurisprudenziale favorevole alla sottoposizione della domanda riconvenzionale al tentativo obbligatorio di conciliazione quante volte ampli «l'ambito della controversia» rispetto alla domanda principale (in questo senso, Cass., sez. III, 26 maggio 2014, n. 11644, Pres. Petti, Rel. Cirillo, Cass., sez. III, 23 agosto 2013, n. 19501, Pres. Finocchiaro, Rel. Ambrosio, Cass., sez. III, 14 novembre 2008, n. 27255, Pres. Mazza, Rel. Finocchiaro, e Cass., sez. III, 19 febbraio 2002, n. 2388, Pres. Fiduccia, Rel. Finocchiaro). Inoltre, assoggettare la riconvenzionale (sia pur) «eccentrica» al tentativo di mediazione frustrerebbe i principi di ragionevole durata dei processi (art. 111 Cost.) e di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.). La soluzione accolta dalle Sezioni Unite è conforme all'orientamento maggioritario in dottrina: così, ad es., D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, fondato da S. Chiarloni, 2<sup>a</sup> ed., Bologna 2022, 314 ss., spec. 316; L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in questa *Rivista* 2010, 585; A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.* 2010, 145, e, con riferimento al tentativo di conciliazione previsto per le controversie di lavoro,

R. Tiscini, *Le domande in corso di causa nelle controversie di lavoro alla prova del tentativo obbligatorio di conciliazione*, in *Giust. civ.* 2000, 910 ss. *Contra*, G. Buffone, *Diritto processuale della mediazione*, in *Giur. merito* 2011, 2351.

FRANCESCO MARIA SIMONCINI

*Dottorando di ricerca nell'Università di Roma «La Sapienza»*



# GLI ORGANI NEL VIGENTE CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

A cura di **Michele Monteleone**

Approfondisce le **novità** del **Codice della Crisi d'Impresa**, in relazione all'operatività dei **diversi organi di controllo legati all'attività di vigilanza**.

Un importante strumento per assolvere gli **obblighi formativi**, dettati dall'istituzione dall'**Albo Unico Nazionale dei Gestori della Crisi** e dalle Linee guida elaborate dalla **"Scuola Superiore della Magistratura"**.

Y1600BN

# Breviaria Iuris Più

L'eccellenza di sempre.  
Sempre *Più* digitale.



Y170MBN

**Breviaria Iuris Più** è l'evoluzione dei celebri Codici commentati CEDAM. Unisce all'**eccellenza di sempre**, tutti i vantaggi dell'**innovativa versione online costantemente aggiornata**.

Scopri il **nuovo Commentario Breve al Codice Civile CARTA+DIGITALE** con aggiornamento.  
Già scelto da migliaia di abbonati.

[info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris](http://info.wolterskluwer.com/breviaria-iuris)



 Wolters Kluwer

CEDAM



**IPSOA In Pratica**  
*Risposte chiare, autorevoli  
e sempre aggiornate*



**L'aggiornamento  
conta nel  
tuo lavoro**

*La versione online ti tiene al passo con le ultime novità.*

Quello che conta nel lavoro di un professionista è arrivare alla risposta giusta nel momento giusto. Scegli la formula “sempre aggiornati” **CARTA + DIGITALE** di IPSOA In Pratica.

Nel **testo cartaceo** trovi velocemente la soluzione ai tuoi dubbi quotidiani. Con la **versione digitale** rimani aggiornato alle ultime novità e consulti normativa, giurisprudenza e prassi.



# 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



## Conoscenza s.f.

[Quella che è alla base del lavoro e del successo dei nostri clienti. Da sempre noi di Wolters Kluwer lavoriamo per mettere a disposizione dei professionisti la migliore conoscenza. Da questo impegno oggi nasce One. Una nuova soluzione digitale con i migliori contenuti di sempre: tutte le informazioni, le risposte e gli approfondimenti degli esperti, facilmente accessibili attraverso un sistema di ricerca intelligente.]

Scopri di più su **info.one.it**

**One** | FA GRANDE  
LA DIFFERENZA

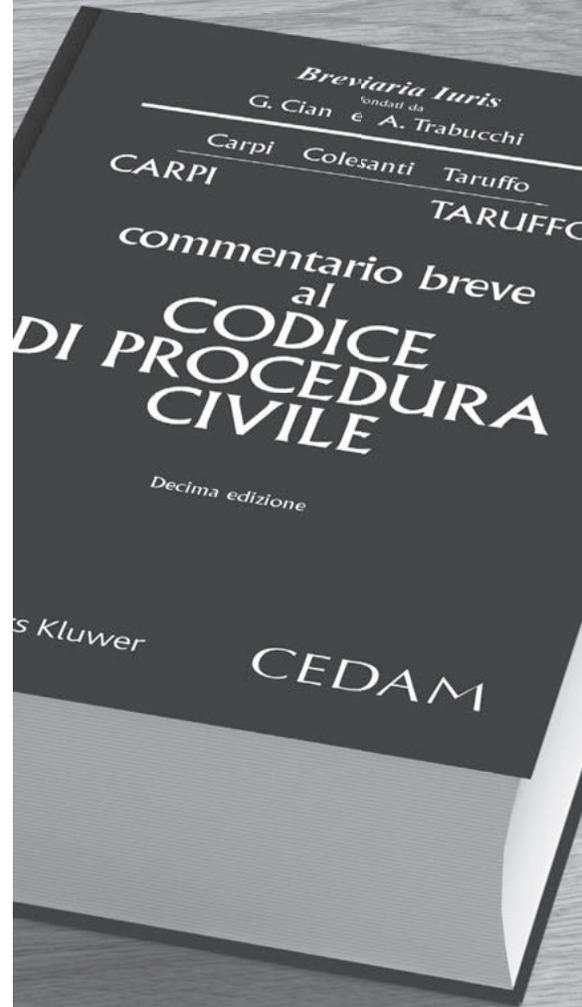
Breviaria Iuris

# 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@wkicert.it](mailto:contact@wkicert.it).

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Le versioni digitali sono consultabili online su [www.edicolaprofessionale.com/RDP](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)

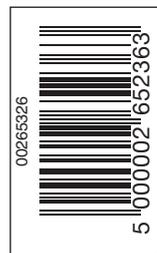
I dattiloscritti, libri per recensione, pubblicazioni periodiche devono essere diretti al professor Bruno Cavallone, Via San Barnaba, 49 - 20122 Milano; oppure al professor Carmine Punzi, Viale Bruno Buozzi, 99 - 00197 Roma. Gli scritti inviati per la pubblicazione devono essere inviati per e-mail ai seguenti indirizzi: [bcavallone@libero.it](mailto:bcavallone@libero.it), [rivdirproc@libero.it](mailto:rivdirproc@libero.it), [cpunzi@studioprofpunzi.it](mailto:cpunzi@studioprofpunzi.it).

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.

Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 - Milano (MI).



€ 70,00 I.V.A. INCLUSA