

IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE ITALIANO E COMPARATO



Rivista trimestrale – open access

DIRETTORE RESPONSABILE:

Prof. Ferruccio Auletta

COMITATO EDITORIALE:

Prof. Gian Paolo Califano - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Renato Nazzini

Prof. Nicola Rascio - Prof. Fabio Santangeli

COMITATO SCIENTIFICO:

Prof. Giovanni Verde - Prof. Francesco Astone - Prof. Paolo Biavati

Prof. Salvatore Boccagna - Prof. Ulisse Corea - Prof. Giuseppe della Pietra

Prof. Pascale Deumier - Prof. Pietro Franzina - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Silvia Izzo

Prof. Giovanni Leone - Prof. Antonio Marzocco - Prof. Roberta Metafora

Prof. Giovanni Raiti - Prof. Ignazio Zingales

COMITATO DI VALUTAZIONE:

Professoressa Teresa Arruda Alvim Wambier, PUC-São Paulo, Brasile
Dottore Eduardo Campese
Professore Bruno Capponi, Università Luiss “Guido Carli”
Professoressa Elena D’Alessandro, Università degli studi di Torino
Professore Domenico Dalfino, Università degli studi di Bari Aldo Moro
Professore Claudio De Fiores, Università degli studi della Campania, “L. Vanvitelli”
Dottore Stanislao De Matteis
Professore Francesco De Santis, Università degli studi di Napoli, Federico II
Professore Romolo Donzelli, Università di Macerata
Professore Giuseppe Finocchiaro, Università degli studi di Brescia
Professoressa Maria Francesca Ghirga, Università degli studi dell’Insubria
Professore Andrea Graziosi, Università degli studi di Ferrara
Professore Luigi Iannicelli, Università degli studi di Salerno
Professore Gianpaolo Impagnatiello, Università di Foggia
Professoressa Rita Lombardi, Università degli studi di Napoli, Federico II
Professoressa Concetta Marino, Università degli studi di Catania
Professore Jordi Nieva-Fenoll, Universitat de Barcelona
Professoressa Ilaria Pagni, Università degli studi di Firenze
Professoressa Silvia Rusciano, Università degli studi di Napoli, Federico II
Professore Raffaele Santoro, Università degli studi della Campania, “L. Vanvitelli”
Dottore Marcello Sinisi
Professore Marcello Stella, Università degli studi di Napoli, Federico II
Dottore Sergio Zeuli

REDAZIONE:

Capo redazione: Dott.ssa Valentina Capasso
Dott. Fabrizio De Vita
Dott. Luigi Rosario Luongo
Dott.ssa Antonella Raganati
Dott.ssa Paola Chiara Ruggieri
Dott.ssa Valeria Verde



FRANCESCO CAPASSO

Cass. civ., Sez. II, (sent.), 21 luglio 2023, n. 21874 e n. 21876 – Pres. Manna, rel. Scarpa

Nei processi civili davanti al giudice di pace, ai fini dell'ammissibilità della domanda di equa riparazione per la violazione del termine ragionevole di durata, ex L. n. 89 del 2001, artt. 1-bis, 1-ter, comma 1, e 2, comma 1, sussiste per la parte l'onere di esperire il rimedio preventivo della proposizione dell'istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma dell'art. 281-sexies c.p.c., in quanto, pur costituendo la "regola", in base al modello dell'art. 321 c.p.c. (nella formulazione antecedente alle modifiche operate dal D.Lgs. n. 149 del 2022), che la decisione della causa in tali processi avvenga a seguito di discussione orale, tale istanza non è incompatibile strutturalmente con il rito davanti al giudice di pace, alla stregua dell'art. 311 c.p.c., e riveste comunque funzione acceleratoria in riferimento alle modalità di discussione della causa, redazione della sentenza e pubblicazione della stessa.

Le prime decisioni della Cassazione su rinvio pregiudiziale

Con le sentenze in esame, la Corte di cassazione, pronunciandosi per la prima volta su rinvio pregiudiziale, ha adottato una rapida, ma non pienamente convincente soluzione in tema di rimedi preventivi contro l'irragionevole durata del processo.

With the judgments under review, the Supreme Court, ruling for the first time on a preliminary referral, adopted a quick, but not fully convincing solution on preventive remedies against unreasonable length of civil proceedings.

Sommario: 1. Introduzione – 2. I casi – 3. La soluzione della Corte – 4. Rilievi critici – 4.1. Segue: (in)esperibilità del modello – 4.2. Segue: la dubbia efficacia acceleratoria del modello – 5. Conclusioni

1. Introduzione

Con le sentenze in commento¹, la Corte di cassazione si è pronunciata su rinvio pregiudiziale per la prima volta dall'introduzione dell'art. 363-bis c.p.c.², recentemente inserito nel corpo

¹ La sentenza 21874/2023 è reperibile in *dejure.it*, mentre la sentenza 21876/2023 è reperibile in *Diritto & Giustizia*, 24 luglio 2023, con nota di S. CALVETTI, *Equa riparazione e rimedi preventivi avanti il Giudice di Pace*.

² Sul tema v. V. CAPASSO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2022, p. 588 s.; P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 45 ss.; v. A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Judicium*, 2022; B. CAPPONI, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, in *Giust. Ins.*, 2021; ID., *La nomofilachia tra equivoci e autoritarismi*, in *Judicium*, 2022; G. SCARSELLI, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in

del Codice di rito dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. Riforma Cartabia) quale strumento di nomofilachia preventiva³.

2. I casi

L'intervento della S.C. è stato sollecitato da due ordinanze della Corte d'appello di Napoli, rispettivamente del 28 e del 23 marzo 2023, con cui il giudice di merito ha disposto il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. per la risoluzione della seguente questione di diritto: *“se, nel giudizio presupposto che si svolge dinanzi al giudice di pace, costituisca rimedio preventivo, ai sensi della l. n. 89/2001, art. 1-ter, comma 1, la richiesta di decisione a seguito di trattazione orale, a norma dell'art. 281-sexies c.p.c., o se tale rimedio non sia applicabile dinanzi al giudice di pace”*. Si precisa che la questione riguarda la disciplina vigente anteriormente alle innovazioni introdotte dalla riforma Cartabia che ha modificato sia l'art. 1-ter cit. sia l'art. 321 c.p.c.

Dette ordinanze erano state rese nell'ambito di due giudizi di opposizione ex art. 5-ter l. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto) promossi contro il decreto di inammissibilità della domanda di indennizzo per equa riparazione da irragionevole durata del processo; l'inammissibilità era stata giustificata dal consigliere delegato alla luce del mancato esperimento del rimedio preventivo⁴ consistente nella proposizione dell'istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma dell'art. 281-sexies c.p.c., almeno sei mesi prima della maturazione della durata irragionevole ai sensi dell'art. 1-ter, co. 1, terzo periodo, l. Pinto. Quest'ultima disposizione (in combinato disposto con l'art. 2, co. 1) prevede un onere di proposizione dell'istanza per i procedimenti ai quali *“non si applica il rito sommario di cognizione”* e tra questi rientrano pacificamente i procedimenti incardinati davanti al g.d.p.⁵; tuttavia, il dato positivo non è sufficiente per concludere nel senso della necessaria

Giust. Ins., 2021; M.A. COMASTRI, *La pregiudiziale interpretativa innanzi alla corte di cassazione*, in C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, p. 141 ss.; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, 113 ss.

³ P. BIAVATI, *La riforma*, cit., p. 45 ss.

⁴ Per rimedi preventivi si intendono gli strumenti (differenziati per tipo di processo) previsti dalla l. 89/2001 e finalizzati a scongiurare la durata eccessiva dei giudizi, al cui infruttuoso esperimento è subordinata l'ammissibilità della domanda di equa riparazione. Per il processo civile, costituiscono rimedi preventivi l'introduzione del giudizio nelle forme del procedimento (sommario, oggi) semplificato di cognizione, la richiesta di passaggio a tale rito, nonché – per le cause alle quali il (sommario, oggi) semplificato non è applicabile – la proposizione dell'istanza di trattazione orale. Sul tema, v. M. NEGRI, *Legge Stabilità 2016: modifiche alla L. n. 89/2001, c.d. Legge Pinto*, in *Corr. giur.*, 1, 2016, p. 7 ss.; R. GIORDANO, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo*, 2ª ed., Milano, 2022, p. 22 ss.

⁵ Lo si desume dall'art. 702-ter, co. 3, c.p.c. che prevede, nel caso in cui il giudice ritenga necessaria un'istruzione non sommaria, la fissazione dell'udienza ex art. 183 c.p.c., udienza presente solo nei procedimenti di rito ordinario di primo grado davanti al tribunale. Cfr. F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, 12ª ed., IV, Milano, 2022, p. 134; F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, 2ª ed., Torino, 2021, p. 204. Alla stessa conclusione perviene la giurisprudenza: cfr. Cass., 2 maggio 2022, n. 13786; Cass., 29 ottobre 2019, n. 27591; Cass., 11 novembre 2011, n. 23691.

proposizione dell'istanza, in quanto a monte è dubbia la stessa compatibilità del modello della trattazione orale con la fase decisoria prevista per le cause devolute al magistrato onorario. In sede di opposizione, la questione dell'esperibilità del rimedio è stata ritenuta dalla Corte d'appello suscettibile di contrapposte interpretazioni, il che ne ha giustificato la rimessione al giudice di legittimità affinché la situazione di incertezza venisse risolta in via "anticipata" rispetto all'ordinario corso delle impugnazioni.

3. La soluzione della Corte

La Seconda sezione della Corte di cassazione, investita della questione da parte della Prima presidente⁶, ha fornito riscontro al quesito affermando che nei processi civili davanti al giudice di pace, ai fini dell'ammissibilità della domanda di equa riparazione per irragionevole durata del processo, la parte ha l'onere di esperire il rimedio preventivo della proposizione dell'istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma dell'art. 281-sexies c.p.c.

La S.C. fonda questa sua conclusione, da un lato, sulla compatibilità del modello della trattazione orale con il rito davanti al giudice di pace e, dall'altro, sull'efficacia acceleratoria di tale modello.

4. Rilievi critici

Entrambi i fondamenti delle decisioni in commento, tuttavia, prestano il fianco a delle critiche.

4.1. Segue: (in)esperibilità del modello

Cominciando dal tema della astratta esperibilità del modello *ex art. 281-sexies c.p.c.*, la Corte afferma in modo apodittico che esso *"non è incompatibile strutturalmente con il rito davanti al giudice di pace, alla stregua dell'art. 311 c.p.c."*, senza fornire adeguata giustificazione dell'assunto, nonostante tale profilo rappresentasse il cuore del problema evidenziato dalle ordinanze di rinvio⁷. Invero, poco prima di questa affermazione (§ 6.1), la S.C. sembra dar conto

⁶ La Prima presidente con due decreti (del 4 e del 12 aprile 2023) ha dichiarato l'ammissibilità delle richieste di rinvio pregiudiziale dando conto della sussistenza di tutti i requisiti previsti dall'art. 363-bis c.p.c., resolvendo, sia pur implicitamente, alcune questioni relative alla disciplina dello stesso rinvio pregiudiziale che sono tuttora controverse in dottrina. Cfr. F. CAPASSO, *La prima applicazione del neo-introdotta rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione*, in *DPCleC*, 2, 2023, p. 556 s.

⁷ Maggiormente argomentata sul punto si presenta la requisitoria del sostituto Procuratore generale (§§ 29 s.): facendo leva sulla giurisprudenza costituzionale (C. cost. 19 giugno 1998, n. 230) – la quale individua nella struttura semplificata del rito seguito davanti al g.d.p. il criterio per valutare l'incompatibilità preclusiva dell'operatività del rinvio *ex art. 311 c.p.c.* – il p.m. afferma che sarebbe *"congruente con la opzione legislativa"* consentire al magistrato onorario di avvalersi del modello decisorio di cui all'art. 281-sexies proprio in quanto il relativo rito è improntato alla *"massima semplificazione delle forme"*. In altri termini, la Procura sembra ritenere che, precludendo questa opzione al g.d.p., la fase decisoria davanti a quest'ultimo risulterebbe più rigorosa di quella prevista per il giudice unico di tribunale, nonostante la prima dovrebbe, nelle intenzioni del legislatore, risultare meno complessa della seconda. Tale argomentazione, tuttavia, non appare capace di superare i rilievi mossi nel testo quanto alla minore preparazione del giudice di pace (che potrebbe pertanto non essere pronto a rendere una decisione immediata in udienza).

della sussistenza di un potenziale fattore di inconciliabilità delle due discipline, rappresentato dalla previsione dell'art. 321, co. 2, c.p.c. che, nel disporre il deposito differito della sentenza entro quindici giorni dalla discussione, si scontra con l'obbligo di pronuncia immediata di cui all'art. 281-sexies. La Corte, pur convenendo con la dottrina che un simile differimento sia stato verosimilmente determinato dalla volontà del legislatore di consentire al magistrato onorario di beneficiare di un maggior *spatium deliberandi* per la decisione in considerazione della sua minore professionalità rispetto al giudice togato⁸, ha ridimensionato la rilevanza da attribuire a questo dato osservando che una simile cautela non sia imprescindibile, indicando alcune controversie affidate al g.d.p. (in materia di opposizione ad ordinanza-ingiunzione e al verbale di accertamento di violazioni del codice della strada: cfr. artt. 6 e 7, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150) che, in quanto soggette al rito del lavoro, si concludono con una decisione contestuale all'esito della discussione, ai sensi dell'art. 429, co. 1, c.p.c.

Al riguardo, si può però rilevare come tali ipotesi di decisioni immediate del g.d.p. siano state previste solo per determinati tipi di contenzioso caratterizzati da spiccata "serialità" (sanzioni amministrative pecuniarie e infrazioni stradali) rispetto ai quali esigenze di ponderazione della decisione si pongono in misura ridotta, laddove in tutti gli altri casi i procedimenti incardinati davanti al magistrato onorario possono avere gli oggetti più disparati e richiedere tempi di elaborazione della sentenza più ampi; sicché l'argomento che fa leva sulle minori garanzie di preparazione del giudice di pace non risulta contraddetto – venendo, viceversa, solo bilanciato con esigenze di semplificazione in relazione a cause tra loro pressoché identiche – e conserva la sua piena validità. Inoltre, proprio la circostanza che simili moduli decisionali accelerati siano stati contemplati dalla legge solo per specifiche fattispecie esclude che interpretativamente (tramite, cioè, l'applicazione dell'art. 281-sexies c.p.c.) si possa giungere ad estenderne l'impiego oltre quanto voluto dal legislatore.

Le ipotesi di pronuncia immediata del g.d.p. indicate dalla S.C. vanno, pertanto, riguardate come eccezioni rispetto alla regola generale del deposito differito di cui all'art. 321 c.p.c., che si applicherà ove non diversamente stabilito. Queste riflessioni avrebbero, quindi, dovuto condurre la Cassazione a risolvere negativamente la questione della compatibilità della trattazione orale con il procedimento seguito davanti al giudice non togato.

A ciò va aggiunta anche la mancata considerazione della seconda condizione posta dall'art. 311 c.p.c. che – nel richiamare le norme relative al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica –, oltre a richiedere la compatibilità di disciplina, limita la possibilità di operare il rinvio solo per "*ciò che non è regolato nel [...] titolo [relativo al giudice di pace] o in altre espresse disposizioni*". A quest'ultimo proposito, in dottrina è stato autorevolmente affermato che la fase decisoria nel procedimento davanti al g.d.p. è già

⁸ G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2, 5ª ed., Bologna, 2017, p. 134.

compiutamente regolata, circostanza che impedisce, ai sensi dell'art. 311 c.p.c., di integrarne la disciplina con quella dettata per il giudice unico di tribunale⁹.

Da queste notazioni consegue la non esperibilità del modulo decisorio di cui all'art. 281-sexies c.p.c. nel procedimento davanti al g.d.p., da un lato, a causa dell'*astratta* incompatibilità del modello con la disciplina di tale rito (disciplina da cui si desume la volontà del legislatore di riservare al magistrato non professionale un congruo *spatium deliberandi*) e, dall'altro, alla luce dell'inoperatività del rinvio ex art. 311 c.p.c. rispetto ai profili già specificamente regolati (come appunto la fase decisoria nella configurazione offerta dall'art. 321 c.p.c.)

Certo, si potrebbe obiettare che l'incompatibilità *astratta* del modello possa essere sanata in *concreto*: si potrebbe, cioè, sostenere che la possibilità comunque data al g.d.p. di respingere l'istanza di trattazione orale gli consenta di calibrare *in concreto* il suo livello di preparazione con la difficoltà della causa e, quindi, di soddisfare le esigenze sottese dal legislatore; e ciò tanto più in considerazione del fatto che, nei giudizi Pinto, ai fini dell'ottenimento dell'indennizzo è sufficiente che l'istanza per il diverso modello decisorio venga presentata, mentre non occorre che la stessa venga accolta.

Ma a ciò si può replicare che, in questo modo, il g.d.p. sarebbe arbitro di stabilire quando ritenersi sufficientemente edotto mediante una valutazione effettuata caso per caso, laddove tale valutazione (per le ragioni sopra esposte) è stata compiuta *ex ante* dal legislatore attraverso l'esplicitazione dell'esigenza di differimento della decisione contenuta nell'art. 321 c.p.c.

4.2. Segue: la dubbia efficacia acceleratoria del modello

L'esclusione dell'esperibilità della trattazione orale ex art. 281-sexies c.p.c. nelle controversie affidate alla cognizione del g.d.p. già sarebbe sufficiente a negare la configurabilità di un onere di parte alla presentazione della relativa istanza quale rimedio preventivo ex art. 1-ter, co. 1, l. 89/2001. Infatti, come si è già osservato altrove¹⁰, la concreta efficacia acceleratoria dei rimedi preventivi, che rappresenta requisito di compatibilità costituzionale¹¹ e convenzionale¹² degli

⁹ Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 13^a ed., Milano, 2022, p. 273; M. NEGRI, *Legge Stabilità 2016*, cit., p. 10.

¹⁰ F. CAPASSO, *La prima applicazione*, cit., p. 557 ss.

¹¹ C. cost., 6 marzo 2019, n. 34, con nota di E. SACCHETTINI, in *Guida al dir.*, 2019, fasc. 15, p. 30, in tema di istanza di prelievo nel processo amministrativo, seguita da C. cost. 10 luglio 2019, n. 169 sull'istanza di accelerazione nel processo penale e da C. cost. 23 giugno 2020, n. 121 con riferimento ai rimedi preventivi relativi al processo civile.

¹² Cfr. Corte EDU, 25 febbraio 2016, ricorso n. 17708/2012, *Olivieri e altri c. Italia*, con nota di F. DE SANTIS DI NICOLA, *Istanza di prelievo e altri "rimedi preventivi" per la ragionevole durata del processo*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1975 ss., che ha ritenuto incompatibile con l'art. 13 CEDU la condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione costituita dalla presentazione dell'istanza di prelievo nel processo amministrativo prevista dall'art. 54, co. 2, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv., con mod., in l. 6 agosto 2008, n. 133. La Corte è giunta a tale conclusione evidenziando, in particolare, la mancanza nel sistema giuridico italiano di previsioni che garantissero l'esame dell'istanza e che assicurassero un'efficacia sollecitatoria della stessa, in quanto il potere del presidente del TAR di dichiarare l'urgenza del ricorso e di derogare al criterio cronologico nella

stessi, presuppone – a monte – la possibilità giuridica dei medesimi: un istituto in tanto può accelerare il processo in quanto sia esperibile in quel processo. Sarebbe, invero, del tutto incongruo sottoporre la proposizione della domanda di equa riparazione ad un adempimento che non solo non produca alcuna utilità pratica ai fini della minimizzazione della situazione di ritardo (traducendosi in un adempimento meramente formale) ma che addirittura non sia previsto come strumento processualmente utilizzabile dalla parte; in altri termini, il contenuto del dovere di collaborazione con il giudicante, funzionale a garantire la riduzione di rallentamenti e ad evitare una speculazione sui tempi della giustizia, non può essere dilatato fino al punto di onerare il soggetto leso di avvalersi di istituti giuridicamente estranei al tipo di processo in cui è coinvolto.

In realtà, e così passando al secondo argomento speso dalla Corte di Cassazione, si può (almeno in parte) dubitare anche della maggiore efficacia acceleratoria del modello decisorio di cui all'art. 281-sexies c.p.c. rispetto a quello previsto dall'art. 321 c.p.c.

Nelle pronunce in commento, secondo la S.C. la trattazione orale *“riveste comunque funzione acceleratoria in riferimento alle modalità di discussione della causa, redazione della sentenza e pubblicazione della stessa”*: la parte, tramite l'istanza, rinunciarebbe alla possibilità di richiedere la concessione di un termine per il deposito di memorie conclusionali, potere che, pur nel silenzio dell'art. 321 c.p.c., si ritiene riconosciuto al giudice nell'esercizio dei suoi poteri di direzione del processo¹³; l'adesione prestata al modello decisionale della sentenza semplificata consente al giudice di pace di decidere la causa all'esito della discussione orale nella stessa udienza, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni della decisione; la sentenza, infine, si intende pubblicata già con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene, con esonero della cancelleria dalla pubblicazione e dalla comunicazione della sentenza altrimenti prescritte nei casi ordinari.

Senza dubbio tali conseguenze vanno a beneficio della rapidità della decisione. Tuttavia, la Corte tralascia di considerare che, estendendo l'applicazione dell'art. 281-sexies c.p.c. al procedimento davanti al g.d.p., alle parti sarebbe attribuito il diritto ad ottenere il rinvio dell'udienza su presentazione di semplice istanza¹⁴, laddove nel modello decisorio di cui all'art. 321 c.p.c. il rinvio può essere disposto dal giudice non togato solo *“per grave impedimento dell'ufficio o delle parti”* (cfr. art. 62 disp. att. c.p.c.): in altri termini, il risultato sarebbe quello di rendere più facile per i litiganti rimandare l'udienza, il che si risolverebbe addirittura in una fonte di rallentamento.

fissazione delle udienze in presenza dell'istanza medesima aveva carattere puramente discrezionale, tale da rendere l'esito dello strumento del tutto aleatorio.

¹³ Cass., 31 luglio 2006, n. 17444.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c. *“il giudice, fatte [precisare le conclusioni](#), può ordinare la discussione orale della causa nella stessa [udienza](#) o, su [istanza](#) di parte, in un'udienza successiva”*.

È questo un aspetto che avrebbe meritato quantomeno l'attenzione della Corte: se è vero che i benefici sul piano della discussione della causa, della redazione della sentenza e della pubblicazione della stessa sono innegabili, è altrettanto vero che tali benefici sarebbero controbilanciati da una garanzia difensiva non prevista per il modello di cui all'art. 321 c.p.c. e che, quindi, potrebbe costituire un fattore ritardante la decisione.

Ciò porta a dubitare che il modello della trattazione orale ex art. 281-sexies c.p.c. sia *in concreto* dotato di una capacità sollecitatoria maggiore rispetto a quello di cui all'art. 321 c.p.c.

Una possibile obiezione potrebbe riguardare la dubbia identità delle garanzie operanti per uno stesso modello tanto nel caso in cui venga imposto (dal giudice), tanto nell'ipotesi in cui venga richiesto (dalla parte): in altri termini, potrebbe apparire incongruo che la parte, dopo aver presentato istanza di trattazione orale (dimostrandosi, con ciò, pronta a una solerte decisione), si avvalga, poi, della facoltà di rinvio ex art. 281-sexies.

In realtà, senza scomodare il principio generale di coerenza nel processo civile¹⁵, si può osservare che la presentazione dell'istanza, nel caso che occupa, è non il frutto di una libera scelta del litigante, bensì una condotta tenuta per soddisfare un onere (la condizione di ammissibilità della domanda di indennizzo)¹⁶; inoltre, va comunque tutelata l'altra parte che potrebbe non essere pronta alla discussione per l'udienza in cui è disposta e che, quindi, è senz'altro legittimata a chiedere il rinvio.

5. Conclusioni

La rapidità con cui la S.C. ha dato risposta alla questione di cui è stata investita in via pregiudiziale (poco meno di quattro mesi dalla disposizione del rinvio) si direbbe non sia stata accompagnata da adeguata meditazione della soluzione giuridica infine adottata. Il che non fa che confermare – anche in considerazione del tema oggetto della questione – che la prontezza del responso non è proficua se non è abbinata alla qualità del responso¹⁷.

Francesco Capasso
Dottorando

¹⁵ Su cui v. F. AULETTA, *La nullità della relazione del consulente tecnico: un confronto tra i principi di offensività del vizio e di coerenza nella difesa della parte*, in *Corr. giur.*, 2016, 2, p. 265; lo, *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte: nuovi approdi dell'analisi economica del diritto processuale civile*, in *Il giusto processo civile*, 2015, 4, p. 959 ss.

¹⁶ La parte nel processo presupposto, contestualmente all'istanza, potrà esplicitare che la stessa è presentata unicamente al fine di soddisfare la condizione di ammissibilità della domanda di indennizzo ex legge Pinto per escludere che all'istanza medesima possa essere attribuito il significato di rinuncia tacita all'esercizio della facoltà di chiedere il rinvio ex art. 281-sexies, secondo il meccanismo della *protestatio contra factum*, ammesso anche in materia processuale. Sul punto, v., anche per riferimenti, R. GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet: fondamento, rilevanza, limiti*, Napoli, 2000, p. 169 ss.

¹⁷ V. CAPASSO, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. 589.



MAURO TOSONI

Alcune prospettive sull'istruttoria stragiudiziale nella "nuova" negoziazione assistita

Il lavoro si sofferma sulla recente introduzione dell'attività istruttoria nell'ambito del procedimento di negoziazione assistita, evidenziandone alcune criticità.

The paper looks at the recent introduction of the preliminary activity in the "negoziazione assistita" proceeding, highlighting some of its critical issues.

Sommario: 1. Premessa; 2. L'art. 9, d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149; 3. Alcune perplessità sulla nuova istruttoria stragiudiziale; 4. Conclusioni.

1. Premessa

In attuazione degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione, annunciati a più riprese dalla legge delega¹, il Governo è intervenuto anche sul rapporto tra la giurisdizione ordinaria e gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (o ADR -*Alternative Dispute Resolution*-)² «valorizzando e rafforzando attraverso molteplici e significative disposizioni gli istituti della mediazione e della negoziazione assistita, rivisitando la disciplina codicistica dell'arbitrato»³, al fine di garantire maggiori vantaggi per gli utenti, sia in termini di alleggerimento del ricorso all'autorità giudiziaria, sia in termini di effettività della tutela giurisdizionale complementare⁴.

¹ Il riferimento, per quanto superfluo, è alla l. 26 novembre 2021, n. 206 (recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata»).

² Come affermato nella relazione illustrativa al d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149, l'intervento del Governo si propone di realizzare un riassetto "formale e sostanziale" della disciplina processualcivile *lato sensu* intesa.

³ Così, la relazione illustrativa.

⁴ Così, per esempio, per la mediazione, sono state rideterminate le materie in cui l'esperimento del tentativo di mediazione rappresenta la condizione di procedibilità per la successiva domanda giudiziale, mentre, con riferimento all'arbitrato, viene rafforzata l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri, anche mediante il riconoscimento agli stessi del potere di adottare misure cautelari. Sulla volontà del legislatore di potenziare il ricorso agli ADR si veda, tra gli altri, G. BASILICO, *Note sull'"attività di istruzione stragiudiziale" secondo la Riforma del processo civile*, in *Giust. civ. online*, 23 febbraio 2022.

Con particolare riferimento alla negoziazione assistita, sono state ampliate le materie in cui è riconosciuta la possibilità di ricorrere a tale procedimento⁵ e, soprattutto, è stata introdotta la possibilità di svolgere attività istruttoria⁶.

Ed è proprio in ordine a tale ultima novità che vuole concentrarsi la presente analisi, al fine di verificare se tale innovazione potrà concretamente realizzare gli auspici del legislatore delegato⁷.

2. L'art. 9, d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149

Essendo oramai chiaro il perimetro della presente indagine, si rende necessario prendere le mosse dall'esame delle modifiche introdotte dall'art. 9 della riforma⁸.

Viene in rilievo, innanzitutto, l'inserimento del nuovo comma *2bis* del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, che riconosce alle parti⁹ la possibilità di acquisire, da un lato, «dichiarazioni di terzi su

⁵ Si pensi, in proposito, alla possibilità di ricorrere a tale strumento nelle controversie in materia di diritto del lavoro, sul cui tema si vedano i contributi di B. PIACCI, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Lavoro nella Giur.*, 7, 2022, p. 669; G. VECCHIO, *La negoziazione assistita*, in AA.VV., *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. CECHELLA, Torino, 2023, p. 566 ss.; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, p. 282 ss.; AA.VV., *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di G. COSTANTINO, Bari, 2022, p. 65 ss.

⁶ La volontà del legislatore di innovare il procedimento di negoziazione assistita, peraltro, appare dettata dalla scarsa appetibilità di tale rimedio nel corso degli anni. D'altra parte, salvo che per i procedimenti di separazione e divorzio, il ricorso al procedimento di negoziazione assistita è apparso alquanto marginale. Sul punto, si veda AA.VV., *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. COSTANTINO, o.c., p. 60 ss., secondo il quale le cause della non appetibilità della negoziazione assistita possono individuarsi «nella sua farraginosità e pomposità e comunque nel fatto che, rispetto alla libera attività di trattative e dialogo stragiudiziale in vista di possibili accordi transattivi, alla quale erano avvezzi gli avvocati, si riscontrano ben poche utilità aggiuntive rispetto alla transazione su diritti disponibili (art. 1965 ss. c.c.)».

⁷ Invero, la relazione illustrativa afferma che la possibilità delle parti di svolgere attività istruttoria stragiudiziale potrebbe aprire «[...] a nuovi scenari nella fissazione dei fatti anche ai fini dell'eventuale futuro giudizio introdotto in caso di insuccesso della negoziazione assistita e contribuisce a realizzare, se non già una vera e propria "giurisdizione forense" (giacché il sintagma è per sua natura ossimorico), quanto meno una forma di giustizia complementare realizzata attraverso il costruttivo apporto degli avvocati».

In proposito, si rileva che, dall'entrata in vigore del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, il legislatore non ha mai messo in discussione il ruolo centrale dell'avvocatura, relativamente al fattivo ricorso agli ADR. Per un maggior approfondimento sul tema, in generale, si rinvia a quanto esposto da R. SICILIANO, *Istruttoria (art. 4-bis, 4-ter d.l. n. 132/2014)*, in AA.VV., *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. TISCINI, Pisa, 2023, p. 1358 ss.; M. MAIONE, *Rapporti tra mediazione obbligatoria e processo civile alla luce della Riforma Cartabia*, in *DPCCeOnline*, 2, 2023, p. 452 ss.; A. GRAZIOSI, *Media-conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2019, p. 37 ss.; D. CASTAGNO, *Negoziazione assistita: i primi orientamenti della giurisprudenza*, *ivi*, 2, 2017, p. 747 ss.; nonché D. DALFINO, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in AA.VV., *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile: d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162*, a cura di D. DALFINO, Torino, 2015, p. 27 ss.

⁸ Rubricato: «Modifiche al d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162».

⁹ Il riferimento alle "parti", diffusamente effettuato dallo stesso legislatore, non deve essere inteso in senso processuale, quanto piuttosto ai contraenti della convenzione di negoziazione assistita, in assenza di un giudizio. Nella consapevolezza di

fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia» (lett. a) e, dall'altro, «dichiarazioni della controparte sulla verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste» (lett. b).

Lo svolgimento di attività istruttoria nell'ambito del procedimento di negoziazione assistita, secondo le intenzioni del legislatore, dovrebbe consentire alle parti di acquisire tutti gli elementi utili per la definizione bonaria della vertenza e, solo indirettamente, la precostituzione di documentazione che potrà essere prodotta nel successivo (ed eventuale) giudizio.

L'attività istruttoria stragiudiziale, poi, viene compiutamente disciplinata mediante l'introduzione dei nuovi artt. 4-*bis* e 4-*ter* del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, operata dall'art. 9, comma 1, lett. g), della novella.

In particolare, l'art. 4-*bis* riconosce agli avvocati delle parti, in quanto previsto dalla convenzione, di invitare terzi a rendere dichiarazioni su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia¹⁰, previa loro identificazione¹¹.

La norma prosegue prevedendo che delle domande rivolte al terzo e delle relative dichiarazioni debba essere redatto processo verbale il quale, oltre a fare piena prova di quanto gli avvocati attestino essere avvenuto in loro presenza, può essere prodotto nel successivo ed eventuale giudizio affinché il giudice possa, da un lato, liberamente apprezzarne il contenuto e, dall'altro, disporre l'escussione testimoniale del terzo¹².

È, infine, previsto che, in caso di mancata conciliazione, la parte che ne abbia interesse possa chiedere al giudice l'audizione del terzo che non abbia aderito all'invito o che, comunque, si sia rifiutato di rendere le dichiarazioni, mediante un procedimento cui si applicano gli artt. 693 e ss. c.p.c., in quanto compatibili.

Con riferimento, invece, alle dichiarazioni confessorie, il nuovo art. 4-*ter* riconosce a ciascun avvocato, sempre in quanto previsto dalla convenzione, di invitare la controparte a rendere dichiarazioni scritte su fatti (per sé sfavorevoli) specificamente individuati e rilevanti ai fini della controversia.

tale precisazione terminologica, il presente lavoro continuerà comunque a fare riferimento (genericamente) alle parti, onde non appesantire ulteriormente il testo.

¹⁰ Come correttamente rilevato anche da G. BASILICO, *Note sull'attività di istruzione stragiudiziale secondo la Riforma del processo civile*, o.c., è assolutamente necessario che siano fin da subito chiari il *petitum* e la *causa petendi* del procedimento, così che siano chiari anche i fatti in merito ai quali i terzi verranno chiamati a rendere le proprie dichiarazioni.

¹¹ Ciò, anche al fine di verificare che non si tratti di persone che non possano rendere dichiarazioni, in quanto minori di anni quattordici o, comunque, in quanto incapaci ai sensi dell'art. 246 c.p.c. (come espressamente previsto dal novellato art. 4-*bis*, comma 3).

¹² In buona sostanza, il verbale di cui all'art. 4-*bis* fa piena prova limitatamente al c.d. estrinseco, mentre il relativo contenuto resta sempre liberamente valutabile dal giudice. Si vedano, sul punto, i contributi di A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., p. 286 e di G. VECCHIO, *La negoziazione assistita*, o.c., p. 574.

Anche in tale ipotesi, le dichiarazioni scritte della parte fanno piena prova di quanto l'avvocato attesti essere avvenuto in sua presenza e possono essere prodotte in giudizio quali confessioni stragiudiziali¹³.

Infine, è previsto che il rifiuto ingiustificato della parte a rendere la dichiarazione prevista dall'art. 4-ter possa essere valutato dal giudice ai fini delle spese di lite, anche ai sensi dei primi tre commi dell'art. 96 del codice di rito.

In buona sostanza, la nuova istruttoria stragiudiziale altro non è che una fase solo eventuale della negoziazione assistita, dovendo essere espressamente ammessa dalla convenzione conclusa tra le parti.

Un'eventualità che, come visto, dovrebbe consentire alle parti l'acquisizione, nel contraddittorio, di elementi utili per l'accertamento dei fatti oggetto della controversia, siano essi costitutivi, modificativi, estintivi o impeditivi, al fine di conciliare e/o transigere una controversia¹⁴.

3. Alcune perplessità sulla nuova istruttoria stragiudiziale

La possibilità per le parti di svolgere attività istruttoria nell'ambito del procedimento di negoziazione assistita rappresenta senza dubbio un'importante novità, nella misura in cui potrebbe davvero consentire alle parti di addivenire a una composizione bonaria della vertenza senza dover ricorrere all'autorità giudiziaria.

In tal senso, quindi, pare di poter correttamente affermare che la riforma abbia in un certo senso inteso ampliare il "cuscinetto"¹⁵ rappresentato dal procedimento di negoziazione assistita, consentendo alle parti di acquisire le dichiarazioni di cui agli artt. 4-bis e 4-ter.

Nondimeno, tale novità non è certo esente da critiche¹⁶, «determinando di fatto un'attenuazione dell'impianto tradizionale basato sulla stretta vicinanza fra attività istruttoria processuale e giudice chiamato a formarsi il "prudente convincimento" sui fatti di causa»¹⁷.

Con particolare riferimento alle «dichiarazioni dei terzi», è evidente che le stesse corrispondano in larga parte ad un mezzo di prova tipico del nostro ordinamento processuale

¹³ È lo stesso art. 4-ter, comma 2, a richiamare espressamente l'art. 2735 c.c.

¹⁴ In proposito, si veda AA.VV., *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. COSTANTINO, o.c., p. 63, secondo il quale l'istruttoria dovrebbe consentire la composizione della lite anche (e soprattutto) alla luce di un confronto probatorio anticipato.

¹⁵ L'espressione di cui nel testo, per quanto poco tecnica, appare comunque appropriata; dopotutto, il procedimento di negoziazione assistita si è sempre inserito i) dopo i primi contatti stragiudiziali tra le parti e ii) prima della proposizione di un giudizio, al fine di scongiurare l'introduzione, sebbene l'esperienza abbia insegnato che, salvo rarissimi casi, il procedimento di negoziazione assistita si sia solo limitato a differire -senza impedire- l'avvio della fase contenziosa.

¹⁶ Anche la dottrina formatasi sul punto pare orientata in tal senso. Per un maggior approfondimento, si confronti quanto evidenziato da G. BASILICO, *Note sull'attività di istruzione stragiudiziale secondo la Riforma del processo civile*, o.c.; A.M. TEDOLDI, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *QuestioneGiustizia*, 3, 2021, p. 142 ss.; M.A. ZUMPARO, *ADR e riforma del processo civile*, in *QuestioneGiustizia*, 3, 2021, p. 135 ss.; nonché G. GILARDI, *La riforma della giustizia civile: dal ddl 1662/S/XVIII alla legge delega 26 novembre 2021, n. 206*, in *QuestioneGiustizia*, 2, 2021, p. 11.

¹⁷ Così, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, o.c., p. 284.

civile -la prova testimoniale- che, in quanto prova costituenda, fa il suo ingresso nel giudizio in quanto ritenuta dal giudice ammissibile e rilevante¹⁸.

Nell'ambito del procedimento di negoziazione assistita, invece, il giudizio di ammissibilità e rilevanza della prova resterebbe demandato alle parti, ciascuna delle quali, una volta concordata la possibilità di acquisire le dichiarazioni dei terzi, può liberamente procedere ad invitare il terzo a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 4-*bis* e, così, precostituirsì una prova utilizzabile nel successivo ed eventuale giudizio di merito.

È in quest'ottica che emerge un primo profilo di criticità, nella misura in cui ben potrebbe accadere che una delle parti proceda all'assunzione "negoziale" di una dichiarazione in violazione, per esempio, dei limiti previsti per la prova testimoniale.

In altri termini, ci si deve interrogare su quali siano le sorti della dichiarazione del terzo che sia stata comunque acquisita nell'ambito dell'istruttoria stragiudiziale e che, a fronte della mancata conciliazione delle parti, venga prodotta nel successivo giudizio.

Un aspetto non certo marginale, se si considera che il verbale contenente le dichiarazioni, da un lato, fa piena prova di quanto avvenuto in presenza degli avvocati delle parti e, dall'altro, concorre a determinare il convincimento del giudice.

Alcuni autori, facendo leva sulla necessità che le dichiarazioni dei terzi vengano necessariamente rese alla presenza di tutti gli avvocati, ritengono che l'efficacia probatoria della dichiarazione *ex art. 4-bis* possa essere inficiata dalla semplice verbalizzazione, da parte dell'avvocato che ne abbia interesse, del dissenso sulla formulazione delle domande rivolte al terzo o, più in generale, sulle eventuali irregolarità dell'istruttoria¹⁹.

Tale opzione interpretativa, tuttavia, non appare totalmente risolutiva.

Invero, anche laddove l'avvocato della parte abbia formalizzato le proprie contestazioni in ordine all'ammissibilità della dichiarazione del terzo, alla sua rilevanza o regolarità, il verbale potrà comunque essere prodotto nel successivo eventuale giudizio, con tutte le conseguenze che ne derivano²⁰.

¹⁸ Sul giudizio di ammissibilità e rilevanza, per tutti, si vedano i contributi offerti da L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 184, nonché da M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in AA.VV., *La prova nel processo civile*, a cura di M. TARUFFO, Milano, 2012, p. 65 ss.

¹⁹ In tal senso, si è espresso G. VECCHIO, *La negoziazione assistita*, o.c., p. 572 ss., il quale si spinge fino a paventare la possibilità, per l'avvocato che sia contrario all'assunzione della dichiarazione, di rifiutare la sottoscrizione del verbale contenente le dichiarazioni del terzo.

Senonché, tale ultimo spunto appare poco convincente, ispirandosi il procedimento di negoziazione assistita a principi di correttezza, buona fede e -soprattutto- leale collaborazione.

²⁰ In particolare, il verbale così formato proverà i fatti avvenuti in presenza degli avvocati, ossia l'assunzione della dichiarazione e le contestazioni procedurali eccepite dalla parte. Il contenuto della dichiarazione, in ogni caso, continuerà ad essere soggetto al prudente apprezzamento del giudice, *ex art. 116 c.p.c.*

Per tale ragione, devono preferirsi le conclusioni di chi, invece, ritiene che la dichiarazione del terzo così acquisita sia semplicemente inammissibile, con conseguente impossibilità per il giudice di apprezzarne il contenuto²¹.

Diverso, invece, è il caso in cui la dichiarazione del terzo, pur se ammissibile, sia in realtà irrilevante ai fini della decisione.

In tal caso, pare di potersi agevolmente concludere nel senso che il contenuto della dichiarazione resa nell'ambito della negoziazione assistita resta pur sempre assoggettato alla valutazione del giudice il quale, *a posteriori*, ben potrà escludere la concludenza della prova²². Alcuni specifici disciplinari, invece, sono stati dettati dal legislatore in ordine alle modalità di assunzione delle dichiarazioni rese dai terzi.

Ne consegue la necessità di verificare se sia o meno applicabile la disciplina dettata dal codice di rito in tema di prova testimoniale e, dunque, se l'avvocato della parte interessata debba specificamente indicare i soggetti che intende invitare a rendere la dichiarazione e, soprattutto, se il relativo invito debba contenere la formulazione dei capitoli separati su cui il terzo verrà chiamato a rispondere.

La possibilità di estendere tale disciplina al procedimento di negoziazione assistita potrebbe quindi consentire alle parti di anticipare ogni eventuale contrasto relativo all'ammissibilità e rilevanza delle dichiarazioni ex art. 4-bis o, comunque, permetterebbe alla parte che non abbia invitato il terzo di fornire la prova contraria diretta e/o indiretta²³.

Senonché, l'applicabilità della disciplina approntata dal codice rischierebbe di snaturare la struttura e la funzione del procedimento di negoziazione assistita.

Sotto il primo profilo, quello della struttura, l'applicazione delle norme processuali richiamate appesantirebbe la negoziazione assistita²⁴ che, almeno sulla carta, dovrebbe essere invece un procedimento più snello e meno solenne rispetto al giudizio di merito.

²¹ Si veda, G. BASILICO, *Note sull'attività di istruzione stragiudiziale secondo la Riforma del processo civile*, o.c., la quale si spinge fino a ritenere che la dichiarazione così assunta possa essere considerata alla stregua di una prova "illecita".

In realtà, tale ultima considerazione non può ritenersi condivisibile, posto che, come insegnato dalla Suprema Corte, le prove illecite sono quelle «[...] prove la cui acquisizione concretizzi una diretta lesione di interessi costituzionalmente tutelati riferibili alla parte contro cui la prova viene utilizzata» (così, Cass. Civ., sez. III, 5 maggio 2020, n. 8459). Conseguentemente, deve ritenersi che la dichiarazione ex art. 4-bis acquisita in violazione dei limiti previsti per la prova testimoniale sia semplicemente inammissibile.

Per un approfondimento sul tema delle prove illecite, si veda, L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017 (in particolare, p. 217 ss.).

²² Sul punto, si veda G. BASILICO, *Note sull'attività di istruzione stragiudiziale secondo la Riforma del processo civile*, o.c.

²³ Così, l'avvocato potrebbe formulare ulteriori e diversi capitoli su cui sentire il terzo invitato dalla controparte o, ancora, potrebbe invitare altri soggetti terzi a rendere dichiarazioni sui medesimi fatti oggetto di dichiarazione.

²⁴ D'altronde, il mancato decollo del procedimento in esame è in parte dovuto alla sua farraginosità e pomposità (v. AA.VV., *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. COSTANTINO, o.c., 60 ss.).

Con riferimento, invece, alla sua funzione, la negoziazione assistita è un procedimento alternativo e deflattivo al contenzioso, in cui le parti intavolano una trattativa seria, corretta e aperta, al fine di tentare la composizione bonaria della controversia tra loro insorta.

L'applicazione della disciplina processuale dettata in tema di assunzione probatoria, quindi, potrebbe ostacolare ulteriormente il raggiungimento di un accordo, laddove ciascuna delle parti si sentisse onerata di eccepire e contestare tempestivamente le richieste istruttorie formulate dall'altra parte.

In assenza di una specifica disciplina dettata dal legislatore, dunque, deve ritenersi che l'assunzione delle dichiarazioni ex art. 4-*bis* dovrà avvenire in forma libera.

Sempre con riferimento alle dichiarazioni del terzo, poi, suscita una certa perplessità la previsione dell'ultimo comma dell'art. 4-*bis*, laddove ammette la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria affinché sia ordinata l'audizione del terzo che non si sia presentato o che, comunque, si sia rifiutato di rendere la dichiarazione, a condizione che la negoziazione si sia conclusa negativamente.

In particolare, non è dato comprendere perché il legislatore abbia ritenuto applicabili gli artt. 693 e seguenti del codice di rito, in tema di procedimenti di istruzione preventiva, ossia di quelle norme che disciplinano quel procedimento (*lato sensu*) cautelare, volto a garantire la fruttuosità dell'istruttoria del giudizio di merito.

D'altra parte, ai sensi dell'art. 692 c.p.c., l'assunzione di testimoni a futura memoria risponde sempre all'esigenza di tutelare chi abbia «fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni le cui deposizioni possono essere necessarie», mentre nell'ipotesi di cui all'art. 4-*bis* la domanda si fonderebbe sul duplice presupposto che, da un lato, la negoziazione assistita si sia conclusa senza accordo e che, dall'altro, il terzo informatore non abbia rilasciato alcuna dichiarazione.

In buona sostanza, la novità introdotta con la novella consentirà alle parti, successivamente alla conclusione dell'ADR e prima dell'instaurazione del giudizio di merito, di introdurre un procedimento concepito quale rimedio cautelare, sebbene in mancanza di uno dei suoi elementi essenziali (il *periculum in mora*)²⁵ e sul solo presupposto della mancata istruttoria stragiudiziale²⁶.

Peraltro, gli effetti della testimonianza così assunta resterebbero comunque, in un certo senso, limitati, in ragione dell'applicabilità dell'art. 698 c.p.c. -espressamente richiamato

²⁵ In tal senso, sembrerebbe che il legislatore abbia -inconsapevolmente- accolto gli auspici di coloro che propendevano per il superamento della natura cautelare dei procedimenti di istruzione preventiva, ammettendone la ricorribilità anche in assenza del *periculum in mora*. Si veda, per tutti, C. Besso, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, p. 208 ss.

²⁶ Il cui scopo, pare superfluo ribadirlo, non sarebbe la precostituzione probatoria *ante causam*, bensì quello di agevolare la conciliazione tra le parti.

dall'art. 4-*bis*, comma 7-, con conseguente assoggettamento delle dichiarazioni al giudizio di ammissibilità e rilevanza da parte del giudice del merito²⁷.

In definitiva, restano ignote le utilità che, in concreto, potranno essere tratte dalla parte che intenda promuovere il procedimento in commento.

Passando, invece, alle «dichiarazioni della controparte», è lo stesso legislatore a ricondurle nell'alveo della confessione (stragiudiziale).

Così, ove, per qualsivoglia ragione, non venisse raggiunto alcun accordo, il contenuto del verbale redatto nell'ambito della (fallita) negoziazione assistita farà, con la sua semplice produzione in giudizio, piena prova nei confronti della parte che abbia reso la dichiarazione.

Senonché, la scelta adottata dal legislatore appare quantomeno discutibile, nella misura in cui impone alla parte destinataria dell'invito, più o meno direttamente²⁸, di rendere una dichiarazione a sé sfavorevole, utilizzabile contro di lei nel successivo giudizio, dietro la minaccia di condanna al risarcimento previsto dai primi due commi dell'art. 96 del codice di rito, ovvero al pagamento della sanzione prevista dal terzo comma della stessa norma.

D'altronde, come correttamente prospettato dalla più attenta dottrina, la *ratio* della procedura di negoziazione assistita non è la precostituzione di materiale probatorio, quanto piuttosto quella di consentire alle parti di tentare la conciliazione e/o la transazione, intavolando una trattativa seria, corretta e aperta, libera cioè dal timore di subire conseguenze sfavorevoli²⁹.

La perplessità relativa all'art. 4-*ter*, in altri termini, trae origine dalla evidente incompatibilità tra l'istituto della confessione e un rimedio che è invece alternativo al contenzioso.

²⁷ In proposito, si rinvia a G. VECCHIO, *La negoziazione assistita*, o.c., p. 575.

²⁸ D'altra parte, sono chiare le conseguenze previste dall'art. 4-*ter*, comma 3. Si veda la condivisibile analisi di G. VECCHIO, *La negoziazione assistita*, o.c., p. 576, che, relativamente alle conseguenze derivanti dal rifiuto ingiustificato della parte a rendere la dichiarazione, considera «chiaro l'intento del legislatore di incentivare una risoluzione alternativa della controversia rispetto alla giurisdizione, ma il metodo utilizzato forse non appare opportuno».

²⁹ Si vedano, per tutti, B. PIACCI, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, o.c., p. 669; G. GILARDI, *La riforma della giustizia civile*, o.c., p. 11; nonché M.A. ZUMPARO, *ADR e riforma del processo civile*, o.c., p. 137, secondo cui: «se le parti anziché dialogare schiettamente si trovano nella condizione di procurarsi argomentazioni da spendere in giudizio, per di più col timore di compiere scelte foriere di ricadute sulla futura decisione, evidentemente qualcosa non torna e non si dà un buon servizio né all'una né all'altra via di tutela». Nello stesso senso, si veda anche G. VECCHIO, *La negoziazione assistita*, o.c., p. 570, secondo il quale l'istruttoria stragiudiziale renderebbe inefficace la garanzia derivante dal vincolo di riservatezza previsto dall'art. 9 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132.

4. Conclusioni

A questo punto, non resta che tirare le somme di questa (pur breve) indagine e, dunque, verificare se gli obiettivi prefissati dal Governo possano ritenersi ragionevolmente raggiungibili³⁰.

La volontà del legislatore delegato di potenziare gli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie è senza dubbio encomiabile, sebbene sia ancora contraddistinta da una visione (forse) un po' troppo utopica.

Come si è cercato di evidenziare, la possibilità che le parti possano svolgere attività istruttoria stragiudiziale nell'ambito di un procedimento di negoziazione assistita presenta, sì, alcune luci, ma, soprattutto, molte zone d'ombra³¹.

In proposito, non è affatto peregrino ipotizzare che i difensori delle parti, cui il legislatore ha demandato la responsabilità di attuare i propri desiderata, difficilmente acconsentiranno allo svolgimento di un'istruttoria le cui conseguenze potrebbero rivelarsi pregiudizievoli per le parti rispettivamente assistite³².

Il rischio, invero concreto, è dunque che le novità introdotte dagli articoli 4-*bis* e 4-*ter* restino lettera morta³³.

³⁰ Sul punto, si rinvia alle premesse del presente lavoro e al contenuto della nota 7.

³¹ Si veda anche A. MELUCCO, *L'istruttoria stragiudiziale nell'ambito della procedura di negoziazione assistita*, in AA.VV., *La Riforma del Processo Civile E-Book: Commento alla L. 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di G. DI MARCO, Torino, 2022, p. 33 ss. che, pur dando atto delle numerose incognite, ha inteso valorizzare alcuni aspetti positivi della riforma. Secondo l'autore, infatti, l'istruttoria ex artt. 4-*bis* e *ter*, «[...] consente di prefigurare – superando alcune rigidità e schematismi – le potenzialità espansive dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie relative a diritti disponibili. Come si è cercato di tratteggiare, il legislatore delegato è chiamato a dare attuazione a una ipotesi normativa innovativa che dovrà trovare comunque i propri equilibri rispetto a ipotesi assimilabili ma non agevolmente utilizzabili già presenti con altre finalità dell'ordinamento. Infine, l'introduzione di una nuova e sinora atipica fonte di prova utilizzabile nel processo civile potrà riaccendere il dibattito circa il rapporto tra prova piena ed elemento di prova, che non è in realtà mai tramontato, attendendo ad aspetto sempre sensibile della fase sia teorica che pratica del processo civile».

³² A tal proposito, si veda A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, o.c., p. 284, secondo il quale l'introduzione dell'istruttoria stragiudiziale «potrebbe addirittura sortire un effetto opposto a quello perseguito dal legislatore [determinando] una minore disponibilità delle parti a percorrere la strada della negoziazione assistita», anche in ragione del rischio che venga fatto «un uso distorto della procedura di negoziazione, finalizzato, cioè [...] a consentire alla parte di premunirsi delle dichiarazioni in questione da utilizzare poi nel successivo giudizio».

Si vedano, altresì, i contributi di G. VECCHIO, *La negoziazione assistita*, o.c., p. 576; nonché E. DALMOTTO, *La negoziazione assistita nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Giur. it.*, 3, 2023, p. 736 ss., secondo cui la probabile inefficacia della riforma dipenderebbe (anche e) soprattutto «dalla mentalità e dalle prevedibili prassi operative della classe forense».

³³ Salvo, forse, il caso in cui la negoziazione assistita rappresenti la mera formalizzazione di un accordo già intervenuto. Come correttamente evidenziato da B. PIACCI, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, o.c., p. 669, con particolare riferimento ai rapporti di lavoro, gli accordi conclusi in sede di negoziazione assistita -come quelli conclusi nelle sedi protette- «in realtà non fa[nno] che fotografare una situazione di fatto, giacché, con buona pace dei funzionari dell'ITL o dei componenti delle varie Commissioni di Certificazione, le conciliazioni che si raggiungono in tali sedi, o in quella sindacale, sono per la stragrande maggioranza già raggiunte dalle parti con l'assistenza dei propri avvocati». Peraltro, tale prassi trova conferma anche al di fuori delle controversie di lavoro, come notoriamente avviene anche per i procedimenti di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio.

In tal senso, si ritiene che il legislatore avrebbe potuto accogliere i suggerimenti avanzati da buona parte della dottrina, per esempio, prevedendo che l'espletamento dell'istruttoria stragiudiziale *ex artt. 4-bis e ter* fosse demandato a un soggetto terzo *super partes*³⁴, così come avviene nell'ambito del procedimento arbitrale, anch'esso alternativo al contenzioso.

Mauro Tosoni
Avvocato

³⁴ In tal senso, si veda quanto suggerito da A.M. TEDOLDI, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, o.c., 150.



ARTURO PIZZELLA

Esecutività della sentenza di primo grado e sua inibitoria (prima e) dopo la riforma Cartabia

L'autore indaga i profili dell'esecutività della sentenza di primo grado e della inibitoria dei suoi effetti in base alla disciplina previgente ed a quella successiva alla riforma "Cartabia".

The author investigates the profiles of the enforceability of the first instance sentence and the inhibitory of its effects based on the legal discipline before and after the "Cartabia" reform.

Sommario: 1. L'art. 282 c.p.c. nella interpretazione della dottrina e della giurisprudenza. - 2. L'art. 283 c.p.c. prima della riforma Cartabia. - 3 ... e dopo la riforma Cartabia: aspetti peculiari. - 4. Regime di alternatività dei requisiti per la concessione dell'inibitoria? Posizione della dottrina e prime applicazioni giurisprudenziali - 5. Tentativi di razionalizzazione.

1. L'art. 282 c.p.c. nella interpretazione della dottrina e della giurisprudenza

Ai sensi dell'art. 282 c.p.c. la sentenza di primo grado «è provvisoriamente esecutiva tra le parti». Tale formulazione, approdo finale di una lunga evoluzione normativa che affonda le sue radici nel XIX secolo¹, si è avuta in seguito alla riscrittura dell'art. 282 c.p.c. per effetto della novella del '90 (l. n. 353/1990), analogamente a quanto era avvenuto in relazione al testo dell'art. 431 c.p.c. novellato dalla l. n. 533/1973.

Se, però, la nuova previsione dell'art. 431 c.p.c.² era giustificata dalla dottrina dalla necessità di fornire adeguata tutela alla parte economicamente debole del rapporto³, la riforma dell'art. 282

c.p.c. ebbe un impatto politico-giuridico che andò ben oltre l'ambito settoriale del processo del lavoro⁴: essa, difatti, era certamente ispirata dall'esigenza di disegnare un procedimento di cognizione che avesse le stesse caratteristiche di snellezza ed elasticità del predetto processo⁵, ma soprattutto venne incontro alla tendenza dottrinale critica dell'assetto legislativo allora vigente, ritenuto reo di determinare una intollerabile svalutazione del

¹ V. C. DE FALCO, *La provvisoria esecutività della sentenza in Italia e in Francia: le novità della riforma Cartabia e del décret n. 1333- 2019*, in questa *Rivista*, 2023, p. 543-545.

² La norma in discorso, con specifico riferimento alla generalizzata esecutività della sentenza di primo grado di condanna a favore del lavoratore «per crediti derivanti dai rapporti di cui all'art. 409», prevede che il lavoratore possa procedere ad esecuzione forzata sulla base della «sola copia del dispositivo, in pendenza del termine per il deposito della sentenza», fatta comunque salva la possibilità per il giudice di appello di «disporre con ordinanza non impugnabile che l'esecuzione sia sospesa quando dalla stessa possa derivare all'altra parte gravissimo danno».

³ Fra i tanti v. A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, c. 232 ss.; G. TARZIA, *L'esecutorietà della sentenza nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 467 ss.

⁴ C. DE FALCO, o.c., p. 545.

⁵ E.T. LIEBMAN, *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 452.

giudizio di primo grado, derivante dalla denunciata irrilevanza di una sentenza di primo grado non esecutiva⁶.

La generale esecutività riconosciuta alla sentenza dal riformato art. 282 c.p.c. fece sorgere dubbi sull'ampiezza del suo ambito applicativo ovvero, in particolare, in ordine all'attitudine delle sentenze costitutive e dichiarative a produrre immediata efficacia esecutiva, per contro, certamente riconosciuta alle sentenze di condanna.

Secondo i sostenitori della tesi più restrittiva⁷, sussistendo precisi riscontri testuali in norme che con il novellato art. 282 formavano sistema⁸, l'esecutività andava circoscritta alle sole sentenze di condanna ed al più estesa - secondo l'opinione di alcuni studiosi - anche agli eventuali capi di condanna accessori delle sentenze costitutive⁹.

Per contro, l'opzione interpretativa più estensiva¹⁰ rinveniva argomenti a suo sostegno nella base teorica della tesi dell'immediata efficacia delle sentenze: ciò sia in virtù di orientamenti risalenti ad anni addietro¹¹, sia in considerazione del fatto che, in sede di lavori parlamentari, non fosse stato accolto l'emendamento favorevole a circoscrivere espressamente la portata della norma alle sole sentenze di condanna¹².

A fronte delle opposte correnti dottrinarie formatesi in proposito, l'impostazione giurisprudenziale prevalente è sempre stata nel senso che l'anticipazione dell'efficacia della sentenza rispetto al suo passaggio in giudicato riguardava soltanto il momento della esecutività della pronuncia, con la conseguenza che, la previsione di cui all'art. 282 c.p.c. trovava naturale attuazione solo con riferimento alla sentenza di condanna¹³.

⁶ M. CAPPELLETTI, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *Giur. it.*, 1969, IV, p. 81 ss.

⁷ Così, tra gli altri, C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F.P. LUIISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 263; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 117; S. CHIARLONI, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile* a cura di G. TARZIA, F. CIPRIANI, Padova, 1992, p. 158; P. COMOGLIO, in *Le riforme della giustizia civile* a cura di M. TARUFFO, Torino, 1993, p. 371.

⁸ Il riferimento è alla circostanza che gli artt. 431 e 447 *bis* si riferivano (come tutt'oggi si riferiscono) univocamente alle sole ipotesi di sentenza di condanna; al fatto che il successivo art. 283 prevedeva (come ancora oggi prevede) la possibilità dell'inibitoria proprio (e solo) alla «*efficacia esecutiva*» della sentenza di primo grado, che in tale ottica risulta l'unico tipo di efficacia che il novellato art. 282 intende anticipare in modo generalizzato, così da potersi riferire alle sole decisioni o ai soli capi decisori di condanna.

⁹ Così, C. CONSOLO, *o.c.*, p. 263; G. G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 331; P. COMOGLIO, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2000, p. 442; F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2000, p. 197.

¹⁰ V., tra gli altri, G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze esecutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 47 ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. II, Bologna, 2017, p. 209.

¹¹ V., ad esempio, E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935.

¹² Sul punto, v. C. DE FALCO, *o.c.*, p. 551, nota 59, in cui viene richiamato il Resoconto stenografico della seduta antimeridiana del 13 dicembre 1989 della Commissione Giustizia del Senato, p. 13 e ss. Per una ampia ed articolata disamina complessiva della problematica, cfr. F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile, I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, Bologna, 2023, p. 120-126.

¹³ In Cass., 26 settembre 2009, n. 7369 è altresì precisato che la previsione della provvisoria esecuzione delle sentenze di primo grado è riferibile alle sole pronunce aventi contenuto di condanna suscettibili di essere poste a base dei procedimenti di esecuzione disciplinati dal terzo libro del codice di rito civile.

(indipendentemente dalla sua accessorietà rispetto ad una statuizione principale di accertamento e/o costitutiva) mentre, solo in presenza di espressa previsione di legge (v. ad esempio, art. 421 c.c. in tema di sentenze di interdizione e di inabilitazione), con riferimento alle sentenze di primo grado aventi natura dichiarativa o costitutiva¹⁴.

La tesi restrittiva sposata dalla giurisprudenza di legittimità, nel tempo, ha subito alcuni temperamenti e correttivi: così, ad esempio, è stata affermata l'applicabilità della disciplina dell'esecuzione provvisoria alle cd. sentenze di condanna implicita, nelle quali l'esigenza di esecuzione della sentenza scaturisce dalla stessa funzione che il titolo è destinato a svolgere¹⁵, ovvero ai capi di condanna accessori a pronunce costitutive anche diversi da quelli relativi alle spese processuali.

In particolare, sotto tale ultimo profilo e con specifico riferimento alla sentenza *ex art.* 2932 c.c., v'è da dire che se in un primo momento la prevalente giurisprudenza di legittimità è stata nel senso che le statuizioni di condanna consequenziali, dispositive dell'adempimento delle prestazioni a carico delle parti fra le quali la sentenza viene a determinare la conclusione del contratto, dovevano ritenersi immediatamente esecutive¹⁶, successivamente le SS.UU. hanno optato per una posizione di minore apertura, limitando la provvisoria esecutività ai capi della decisione compatibili con la produzione dell'effetto costitutivo in un momento successivo ed escludendo che potesse essere estesa a quelli in rapporto di stretta sinallagmaticità con i capi costitutivi relativi alla modificazione giuridica sostanziale¹⁷.

2. L'art. 283 c.p.c. prima della riforma Cartabia

Per effetto della l. n. 353/1990, alle modifiche apportate all'art. 282 c.p.c. è seguita la corrispondente riformulazione del successivo art. 283, che, nel testo novellato, riconosceva al

¹⁴ In tal senso Cass., 10 novembre 2004, n. 21367.

¹⁵ A titolo esemplificativo, v. Cass., 26 gennaio 2005, n. 1619 nella quale si afferma che è suscettibile di provvisoria esecuzione la sentenza costitutiva di una servitù *ex art.* 1051 c.c. (o art. 1052 c.c.) contenente tutti gli elementi identificativi in concreto della servitù, sia pure con rinvio alla consulenza tecnica d'ufficio disposta nel corso del giudizio, attesa la sua funzione di risolvere un'esigenza fattuale dell'attore, assicurandogli il passaggio al fine di raggiungere la via pubblica.

¹⁶ Di modo che, qualora l'azione in questione fosse stata proposta dal promittente venditore, la statuizione di condanna del promissario acquirente al pagamento del prezzo doveva essere considerata immediatamente esecutiva. Così Cass., 3 settembre 2007, n. 18512.

¹⁷ Sul punto, v., Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4059, nella quale è esclusa la possibilità di riconoscere la esecutività provvisoria al capo decisorio della sentenza di primo grado relativo al trasferimento dell'immobile, così come alla condanna implicita al rilascio dell'immobile in danno del promittente venditore, atteso che l'effetto traslativo della proprietà del bene scaturente dalla stessa sentenza si sarebbe prodotto solo dal momento del passaggio in giudicato, con la contemporanea acquisizione dell'immobile al patrimonio del promissario acquirente destinatario della pronuncia, ritenendo, dunque, anticipabili i soli effetti esecutivi della condanna al pagamento delle spese processuali contenuta nella sentenza che accoglie la domanda manon quelli relativi, in particolare, al pagamento del prezzo della vendita e al rilascio dell'immobile oggetto della promessa di vendita. In senso conforme, Cass., 3 maggio 2016, n. 8693.

giudice di appello il potere di concedere la cd. inibitoria sussistendo “gravi motivi”¹⁸, formula quest’ultima che, secondo la dottrina prevalente, doveva ritenersi comprensiva non solo del cd. *fumus boni iuris*, consistente nella necessaria delibazione della correttezza della sentenza di primo grado, ma anche del cd. *periculum in mora*, configurato in termini di “grave ed irreparabile danno”¹⁹, con la ulteriore precisazione che, se la gravità del danno risultava correlata alla sproporzione tra il vantaggio ricavato dall’esecuzione dalla parte vincitrice e il pregiudizio sofferto dal soccombente (da valutarsi rispetto alle condizioni soggettive delle parti in causa), a sua volta l’irreparabilità andava piuttosto individuata in chiave oggettiva, dovendo valutarsi la irreversibilità della situazione di fatto conseguente all’esecuzione della decisione, in termini di insuscettibilità di una riparazione per equivalente pecuniario²⁰.

Del pari, la contestuale ricorrenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* era richiesta ai fini della sospensione dell’efficacia esecutiva della sentenza appellata dalla giurisprudenza di legittimità²¹ e da quella di merito²², benchè, a fronte di una prevalenza di decisioni in tal senso, non sono mancate pronunce il cui contenuto tendeva a polarizzarsi su uno soltanto dei due presupposti²³.

Gli interventi riformatori aventi ad oggetto (anche) l’art. 283 c.p.c. non ebbero, però, fine con la l. 353/1990: in epoca successiva, difatti, l’art. 2, co. 1, lett. q), della l. n. 263/2005 modificò

¹⁸ L’art. 283 c.p.c. così recitava: «Il giudice d’appello su istanza di parte, proposta con l’impugnazione principale o con quella incidentale, quando ricorrono gravi motivi, sospende in tutto o in parte l’efficacia esecutiva o l’esecuzione della sentenza impugnata».

¹⁹ Così C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 277; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 196; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, p. 253; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, p. 74; L. DE ANGELIS, *L’esecutività delle sentenze di primo grado in materia di lavoro alla luce della riforma del 1990*, in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 402. Non è, però, mancato chi ha riconosciuto al *fumus* un ruolo fondamentale ai fini della concessione dell’inibitoria, a prescindere dall’esistenza del *periculum* (intal senso S. CHIARLONI, in G. TARZIA, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di F. CIPRIANI, Padova, 1992, p. 162; D. BORGHESI, *L’anticipazione dell’esecuzione forzata nella riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 198), né chi, viceversa ha riconosciuto a tal fine preminente il ruolo del *periculum* (così L.F. DI NANNI, in G. VERDE, L.F. DI NANNI, *Codice di procedura civile*, 2ª ed., Torino, 1993, p. 260; C. FERRI, *In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 566; G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Bari, 1994, p. 333).

²⁰ In tal senso C. DE FALCO, o.c., p. 537- 538.

²¹ In Cass., 25 febbraio 2005, n. 4060 si afferma, ad esempio, che la sussistenza dei «gravi motivi» richiesta dall’art. 283 c.p.c. è rimessa ad una valutazione globale d’opportunità, poiché tali motivi consistono per un verso nella delibazione sommaria della fondatezza dell’impugnazione e per altro verso nella valutazione del pregiudizio patrimoniale che il soccombente può subire (anche in relazione alla difficoltà di ottenere eventualmente la restituzione di quanto pagato) dall’esecuzione della sentenza, che può essere inibita anche parzialmente se i capi della sentenza sono separati.

²² Cfr., in particolare, App. Bari, 23 aprile 2004, in *Foro it.*, 2004, 1, 2238.

²³ Non poche decisioni di merito, seppure con varie sfumature, hanno incentrato l’attenzione sul solo requisito del *fumus* ovvero del *periculum*, quest’ultimo individuabile in ogni effetto pregiudizievole che possa derivare dalla esecuzione della sentenza. In tal senso, v. App. Venezia, 3 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, 1, 1640; App. Roma, 24 gennaio 2003, in *Gius.*, 2003, 5, 613; App. Bari, 7 luglio 2004, in *Foro it.*, 2005, 1, 1, 241; App. Firenze, 23 aprile 1997, in *Giur. it.*, 1998, 1408. Ivi, A. RIMMAUDO, *Nota sulla sospensione dell’esecuzione provvisoria della sentenza impugnata per «gravi motivi»*.

ulteriormente l'art. 283 c.p.c. subordinando la concessione dell'inibitoria alla sussistenza di motivi "gravi e fondati", individuabili anche con riferimento "alla possibilità di insolvenza di una delle parti", con l'ulteriore previsione dell'imposizione di una cauzione alla parte che aveva ottenuto in tale fase un provvedimento a sé favorevole²⁴.

In proposito, v'è da dire che nella nuova formulazione della norma il legislatore non aveva accolto la proposta avanzata nei lavori preparatori di scindere i due criteri del *fumus boni juris* e del *periculum in mora* attraverso la richiesta esplicita sia dei "fondati motivi" che del "gravissimo danno"²⁵, ragion per cui, dopo l'intervento riformatore della l. n. 263/2005, prevalse l'opinione che la nuova formula dell'art. 283 c.p.c. presupponesse il ricorrere sia del *fumus* che del *periculum* quali presupposti per la concessione dell'inibitoria²⁶. Si affermò, in particolare, che la formula "gravi e fondati motivi" nel suo complesso semantico fosse suscettibile di rendere più severa la delicata verifica devoluta in *limine gravaminis* al giudice di appello e di avvalorare ulteriormente l'impostazione per cui prognosi di fondatezza della prospettiva di una sostanziale riforma e ponderazione dei rispettivi pregiudizi e *pericula* dovessero avvenire entrambe e, all'occorrenza, bilanciarsi secondo la metafora dei "vasi comunicanti"²⁷. Si ritenne poi, in particolare, che il giudice, nel valutare se concedere o meno la sospensione, avrebbe dovuto operare una sorta di sommatoria, concedendo l'inibitoria anche quando nessuno dei due elementi di cui sopra fosse particolarmente rilevante, ma "nel loro insieme" apparissero sufficienti per inibire la prosecuzione del processo esecutivo, con l'ulteriore puntualizzazione per cui dinanzi ad una impugnazione palesemente infondata poteva prescindere dalla rilevanza del danno per negare l'inibitoria, dovendo escludersi l'esistenza di un danno ingiusto dall'esecuzione di una sentenza destinata alla conferma; di converso, in caso di appello destinato ad un sicuro accoglimento, la sospensione avrebbe potuto essere disposta anche se non vi fossero stati profili di *periculum* consistenti, al fine di evitare un'esecuzione destinata a divenire illegittima all'esito dell'impugnazione²⁸.

²⁴ Gli interventi sull'art. 283 c.p.c. non finirono neanche con quello avutosi per effetto della l. 263/2005: difatti, l'art. 27 della l. n. 183/2011 arricchì la disposizione in discorso di un'ulteriore previsione in virtù della quale era consentito al giudice di condannare, con ordinanza non impugnabile ma revocabile con la sentenza che definiva il giudizio, la parte istante ad una pena pecuniaria in caso di inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza stessa

²⁵ C. DE FALCO, o.c., p. 537 e note 3 e 4, in cui si richiama espressamente la *Relazione al d.d.l. 2229/C/XIV*, nonché G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, p. 458.

²⁶ Cfr., tra gli altri, C. CECHELLA, D. AMADEI, D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, Milano, 2006, p. 30; S. CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 255; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Estratto*, Torino, 2019, p. 337.

²⁷ C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, S. MENCHINI, L. SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, p. 63; ID., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, p. 131.

²⁸ L. NEGRINI, in S. CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, I, Bologna, 2007, p. 257. Secondo F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile, I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommatoria)*, Bologna, 2020, p. 398, l'art. 283 c.p.c. richiedeva una valutazione congiunta tanto del *periculum in mora* quanto del *fumus boni juris*, il cui prodotto avrebbe dovuto considerarsi quasi come un "valore costante", di modo che tanto maggiore risultava essere il primo tanto minore poteva essere il secondo, ferma restando la necessità della presenza di entrambi.

Sostanzialmente concorde sul punto si mostrò, poi, la giurisprudenza²⁹, la quale non mancò di precisare che i presupposti del *fumus boni iuris* (in termini di prognosi favorevole all'appellante dell'esito del giudizio di appello) e del *periculum in mora* (in termini di pericolo di un grave pregiudizio derivante al soccombente dall'esecuzione della sentenza) dovessero sempre ricorrere cumulativamente e non alternativamente, non ritenendosi corretta l'affermazione per cui la ricorrenza di un evidente *fumus* avrebbe potuto far prescindere dalla valutazione circa la ricorrenza del *periculum* in quanto l'esecuzione di una sentenza palesemente ingiusta avrebbe costituito di per sé un danno grave³⁰.

3. ...e dopo la riforma Cartabia: aspetti peculiari

All'esito delle recenti modifiche introdotte dal d. lgs. 149/2022 il nuovo testo dell'art. 283 c.p.c., in parziale attuazione della direttiva della legge delega, consente al giudice d'appello di accogliere l'istanza di sospensiva «*se l'impugnazione appare manifestamente fondata o se dall'esecuzione della sentenza può derivare un pregiudizio grave e irreparabile, pur quando la condanna ha ad oggetto una somma di denaro, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti*». Per effetto delle critiche mosse alla richiamata formulazione di cui al primo punto della lettera "f" del comma 8 dell'unico articolo della legge delega³¹, la norma attuativa vi differisce nel riferimento alla condanna al pagamento di una somma di denaro, risultando ancorata al pregiudizio grave e irreparabile, che andrà valutato sempre

²⁹ App. Milano, 5 aprile 2017, in *Società*, 2018, 3, 339

³⁰ V. App. Napoli, 1° giugno 2017. Altre pronunce, nel concordare sulla necessità della contestuale presenza dei due requisiti di cui al testo, appaiono più rigorose nel delinearne i relativi caratteri distintivi: v., ad esempio, App. Venezia, 17 febbraio 2014, in *Il caso.it*, 2014, nella quale il *fumus* è individuato nella rilevante probabilità della riforma della decisione appellata, a causa della manifesta erroneità delle statuizioni o per effetto di palesi errori logici o giuridici, ravvisati nei motivi di appello, ed il *periculum* nel rischio che, in conseguenza dell'esecuzione della sentenza, il diritto controverso rimanga irrimediabilmente pregiudicato. In altre pronunce, è precisato che il pregiudizio non può consistere nel subire i meri effetti della condanna pronunciata, ma deve rappresentare un *vulnus* "aggiuntivo" tale da incidere sulla parte eseguita con effetti ulteriori rispetto a quelli propri della esecuzione. Sul punto, v. anche App. Genova, 14 marzo 2012, in *Corr. merito*, 2012, p. 556. In linea con l'impostazione da ultimo riportata è stata ritenuta la sussistenza del *periculum in mora* in presenza di un elevato importo della sentenza di condanna nonché di una riscontrata difficoltà per l'appellante di poter recuperare in caso di esito favorevole dell'impugnazione le somme escusse, a fronte di conclamate difficoltà finanziarie ed economiche della parte appellata che ha intrapreso l'esecuzione: così App. Potenza, 3 dicembre 2021, in *Riv. esec. forz.*, 2022, p. 607, che peraltro adotta una visione maggiormente "sfumata" del *fumus boni iuris*, inteso quale carenza di pretestuosità dei motivi d'appello ed esigenza di loro approfondimento nel merito.

³¹ La legge delega al citato comma lettera "f" prescriveva che «*la sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza impugnata sia disposta sulla base di un giudizio prognostico di manifesta fondatezza dell'impugnazione, o, alternativamente, sulla base di un grave e irreparabile pregiudizio derivante dall'esecuzione della sentenza anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti quando la sentenza contiene la condanna al pagamento di una somma di denaro*». Sul punto v. L. SALVANESCHI, *L'appello riformato*, in *Judicium*, 2023. V. anche M. STELLA, *La blanda riforma del giudizio di appello tra restatement e ritorni al passato*, in questa *Rivista*, 2022, p. 237, per il quale l'ancoraggio alla valutazione del rischio di insolvenza alla sola ipotesi di condanna al pagamento di somme di denaro sarebbe "discriminatorio ed irragionevole (art. 3 Cost.), lesivo di quella componente essenziale della tutela giurisdizionale insita nella tutela cautelare".

in quanto tale, anche quando («*purquando*») oggetto della condanna sia una somma di denaro: risulta così evidente che la possibilità di insolvenza risulta sganciata dalla necessaria correlazione con il pagamento di una somma di denaro e potrà essere valutata anche con riferimento ad altre obbligazioni la cui esecuzione mancata esecuzione può portare all'insolvenza di una delle parti³², espressione quest'ultima (*i.e.* una delle parti) che, come acutamente osservato, consente di inferire che il giudizio non dovrà riguardare di necessità la parte che debba conseguire la prestazione, potendosi anche riferire a quella che la debba eseguire³³.

Con riferimento al *periculum* la dottrina maggiormente critica nei confronti della legge delega³⁴ ha rilevato come quest'ultima, altrove attenta nel codificare indirizzi giurisprudenziali pregressi, non abbia invece tenuto conto di un precetto sancito dal Supremo Collegio secondo cui il potere dicui all'art. 283 c.p.c., quanto alla sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado,

*«comprende anche la possibilità che il giudice dell'appello sospenda l'esecutività con effetti non solo de futuro, ma anche di rimozione dell'esecuzione già compiuta o per la parte già eseguita»*³⁵.

Una ulteriore novità presente nel testo novellato dell'art. 283 c.p.c., e precisamente nel suo secondo comma, è data da ciò che, l'istanza di sospensiva, la cui proposizione era tradizionalmente limitata agli atti introduttivi del giudizio di appello, può essere oggi proposta per la prima volta in corso di causa, o anche riproposta dopo un suo iniziale rigetto, «*se si verificano mutamenti nelle circostanze, che devono essere specificamente indicati nel ricorso, a pena di inammissibilità*»: la proposizione dell'istanza in questione per la prima volta in una fase del procedimento successiva alla proposizione dell'appello principale o di quello

³² L. SALVANESCHI o.u.c., § 8.

³³ L. SALVANESCHI o.u.c., § 8. Con riferimento a tale aspetto, peraltro, la stessa giurisprudenza formatasi nella vigenza delle precedenti formulazioni dell'art. 283 c.p.c. aveva già affermato la necessità, quanto al *periculum*, di procedere ad una valutazione comparativa e di temperamento tra l'interesse di parte appellata ad un'immediata esecuzione e l'eventuale sussistenza di un pregiudizio grave - e quindi difficilmente emendabile - che potrebbe subire parte appellante per effetto di una provvisoria esecuzione della pronuncia e, così, la concessione del provvedimento di inibitoria, totale o parziale, «*è rimessa ad una globale valutazione di opportunità*»: Cfr. la richiamata pronuncia della suprema Corte n. 4060/2005.

³⁴ M. STELLA, o.c., p. 238 e nota 30.

³⁵ Cass., 8 febbraio 2013, n. 3074 e Cass., 12 febbraio 2013, n. 3280. A tal riguardo va in ogni caso rilevato che, in mancanza di espressa rimozione da parte del giudice dell'impugnazione degli atti esecutivi già compiuti sulla base dei principi giurisprudenziali sopra richiamati, non potrebbe che valere, in linea con quanto affermato da Cass., 4 giugno 2013, n. 14048, la regola generale per cui in caso di titolo esecutivo giudiziale provvisorio, la sospensione della sua esecutività, come nell'ipotesi di cui all'art. 283 c.p.c., non comporta in sé la sopravvenuta illegittimità degli atti esecutivi nel frattempo compiuti, pur imponendo, ai sensi dell'art. 623 c.p.c., la sospensione del processo esecutivo iniziato sulla base di detto titolo. Il tutto, ben vero, ferma restando la possibilità, recentemente ribadita da Cass. 28 marzo 2023, n. 8799, che il giudice dell'esecuzione adotti autonomamente un provvedimento di riduzione del pignoramento ex art. 496 c.p.c., il quale tuttavia porrebbe rimedio ad un eccesso nell'espropriazione e, dunque, ad un vizio dell'azione esecutiva che prescinde dalla ragione di sospensione di cui all'art. 623 c.p.c.

incidentale ovvero anche la riproposizione dopo il suo rigetto, dovranno basarsi su circostanze sopravvenute, anche derivanti da novità incorse nel procedimento, che andranno specificamente indicate a pena di inammissibilità in un atto per il quale la norma prescrive la forma del ricorso³⁶.

Secondo alcuni studiosi, rilevanti al fine che occupa potrebbero essere anche le c.d. sopravvenienze conoscitive, ossia la successiva conoscenza di elementi idonei a giustificare la pronuncia dell'inibitoria, sul rilievo che la scoperta di elementi preesistenti, ma ignorati, al pari di quanto già quanto previsto nell'ambito del procedimento cautelare dall'art. 669-*decies*, ben potrebbe giustificare una reazione dell'impugnante che sarebbe ingiusto non prendere in considerazione³⁷.

Dubbi, poi, sono stati espressi in ordine alla mancata previsione circa la possibilità di una rivalutazione della inibitoria anche a favore della parte appellata laddove si siano verificati mutamenti nelle circostanze tali per cui l'inibitoria non avrebbe dovuto essere concessa: in una circostanza del genere, infatti, ben può ravvisarsi una disparità di trattamento non giustificata dell'appellato rispetto all'appellante al quale è riconosciuta la facoltà, sussistendo mutamenti di circostanze, di chiedere la revoca o la modifica della sospensiva negata³⁸.

4. Regime di alternatività dei requisiti per la concessione dell'inibitoria? Posizione della dottrina e prime applicazioni giurisprudenziali

Il testo novellato dell'art. 283 c.p.c. presenta una ulteriore novità in relazione ai presupposti necessari per la concessione della cd. inibitoria. Il legislatore delegato ha, infatti, mantenuto la previsione, già presente nella legge delega, relativa all'alternatività del *fumus* e del *periculum*, che nel testo della norma sono legati dalla disgiuntiva «o»: così stando le cose, secondo alcuni commentatori, la manifesta fondatezza del gravame equivarrebbe all'altissima probabilità di riforma della sentenza, mentre il rischio del pregiudizio andrebbe caratterizzato non solo come grave, ma anche come irreparabile, ossia come foriero di conseguenze che, una volta verificatesi, in caso di accoglimento dell'appello non sarebbero suscettibili di riparazione in forma specifica³⁹.

³⁶ L. SALVANESCHI, *o.u.c.*, § 8.

³⁷ Ad esempio, la possibilità di insolvenza di una delle parti e l'emergere di una notizia su un elemento patrimoniale negativo, già venuto in essere ma in precedenza tenuto nascosto. Al proposito, A. RONCO, in *Il nuovo processo civile* (II parte) – *Il Giudizio di appello (e le disposizioni sulle impugnazioni in generale)*, § *L'allargamento degli spazi per la c.d. inibitoria*, in *Giur. it.*, 2023, p. 718 (commento alla normativa), precisa che, onde evitare abusi o tentativi di aggiramento della norma, la sopravvenienza conoscitiva deve essere accompagnata dalla irrimediabilità della pregressa ignoranza.

³⁸ L. SALVANESCHI, *o.u.c.*, § 8; analoghe perplessità vengono espresse da A. RONCO, *o.c.*

³⁹ L. PETROLATI, *Riforma del processo civile: le novità del giudizio di appello*, in *Il processo civile* (portale Giuffrè), 2023, §12; A. RONCO, *o.c.*; C. CECHELLA, *Introduzione alla "giustizia civile" riformata* in C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, XL; G. COSTANTINO, *Le impugnazioni*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Bari, 2022, p. 235. Non è mancato chi, pur riconoscendo la chiara intenzione espressa dal legislatore, si è comunque interrogato sulla delineata alternatività dei requisiti necessari ai fini della concessione del provvedimento di inibitoria, non

Inoltre, nel tentativo di corroborare quella che sembrerebbe essere la scelta operata dal legislatore nella norma in esame (*i.e.* alternatività dei requisiti del *fumus* e del *periculum*), è stato osservato che la formula «grave e irreparabile pregiudizio derivante dall'esecuzione della sentenza», utilizzata dal novellato art. 283 c.p.c., ricalca quella presente nell'art. 373 c.p.c., nel quale il requisito del «grave e irreparabile danno» integra il *periculum* idoneo a giustificare, in pendenza del ricorso per cassazione, la sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata. La rilevata similitudine potrebbe sorreggere un ragionamento di questo genere: se il giudice d'appello può, senza valutare il *fumus*, sospendere l'esecuzione di una propria sentenza impugnata in cassazione qualora la relativa esecuzione sia foriera di un danno grave ed irreparabile, allo stesso modo potrebbe procedere, in presenza del medesimo tipo di danno, quando debba pronunciarsi sul mantenimento provvisorio dell'eseguibilità della sentenza di primo grado dinanzi a lui impugnata. Senonché, a ben guardare, la similitudine tra le norme in questione risulta essere solo apparente e, in quanto tale, non idonea allo scopo: mentre, infatti, nell'ipotesi considerata nell'art. 373 c.p.c. la valutazione sulla fondatezza del ricorso per cassazione risulterebbe ontologicamente interdotta, non potendo affidarsi un compito simile allo stesso organo giudiziario che ha pronunciato la sentenza impugnata, nell'ipotesi dell'art. 283 c.p.c. una simile preclusione non ha ragione di sussistere, giacché il giudice di appello viene chiamato a valutare la sentenza emessa da altro giudice⁴⁰.

Situazione del tutto analoga potrebbe prospettarsi con riguardo alla previsione di cui al comma terzo dell'art. 431, nel quale è previsto che l'esecuzione delle sentenze che pronunciano condanna a favore del lavoratore per crediti derivanti dai rapporti di cui all'articolo 409 c.p.c.⁴¹ può essere sospesa, anche parzialmente, dal giudice di appello «*con ordinanza non impugnabile*» nell'ipotesi in cui «*dalla stessa possa derivare all'altra parte gravissimo danno*»: è evidente che anche in tale caso la concessione dell'inibitoria è fondata sulla sola valutazione del *periculum*, ma se questo è vero, è vero anche che il secondo comma

senza rilevare che, sulla base di un'interpretazione letterale, potrebbe addirittura «*concedersi l'inibitoria in seguito ad appello totalmente pretestuoso e dilatorio, per il solo motivo che il provvedimento di primo grado arreca un "pregiudizio grave e irreparabile", ma non per questo contrario a diritto, alla parte soccombente*» (C. DE FALCO, *o.c.*, p. 539). Secondo tale impostazione, peraltro, risulterebbe ancora più arduo concepire un'inibitoria fondata sulla sola manifesta fondatezza dell'appello in assenza di qualsivoglia *periculum*, atteso che non risulterebbe facile immaginare un provvedimento di sospensione concesso in grado d'appello sol perché l'impugnazione è manifestamente fondata senza che, in tal caso, il giudice di secondo grado provveda direttamente ad accoglierla nel merito, anche mediante l'utilizzazione del meccanismo alternativo di definizione anticipata con trattazione orale introdotto dall'art. 350-bis c.p.c. ed applicabile non solo in caso di inammissibilità e manifesta infondatezza dell'appello, come avveniva già ante riforma, ma anche quando «*l'impugnazione appare manifestamente fondata*» o la Corte «*lo ritenga opportuno in ragione della ridotta complessità o dell'urgenza della causa*».

⁴⁰ Le osservazioni di cui al testo sono di A. RONCO, *o.c.*, nota 53.

⁴¹ La provvisoria esecutività di dette sentenze era stata sancita già in epoca anteriore alla nuova formulazione dell'art. 282 c.p.c. per effetto della riforma del 1990.

della medesima norma consente al lavoratore di procedere all'esecuzione delle sentenze di condanna a lui favorevole «*con la sola copia del dispositivo, in pendenza del termine per il deposito della sentenza*», circostanza quest'ultima che renderebbe problematico, nelle more della pubblicazione della sentenza corredata anche della relativa motivazione, individuare i profili correlati al *fumus boni iuris* sulla base di un raffronto tra il solo dispositivo ed un appello con riserva dei motivi ai sensi dell'art. 433, 2° co., c.p.c.⁴².

Quanto innanzi evidenziato rende condivisibili le perplessità manifestate da alcuni autori, pur all'esito della riforma, in ordine all'ipotizzato tramonto dei richiamati concetti dei "vasi comunicanti" e del cd. "prodotto costante"⁴³, postulanti entrambi una compresenza dei requisiti del *fumus* e del *periculum* al fine della concessione della cd. inibitoria. A tal riguardo va richiamata l'articolata impostazione a termini della quale il sistema cd. dei vasi comunicanti potrebbe ritenersi superato nelle sole ipotesi in cui l'accoglimento dell'inibitoria sia giustificato dalla sussistenza di uno solo dei due presupposti nella sua massima espansione, ma sarebbe ancora utilizzabile nelle situazioni in cui può essere considerato "grave e irreparabile" il pregiudizio che subisce l'appellante nel non vedere sospesa la provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado (o anche l'appellato che vede concessa l'inibitoria) allorquando l'impugnazione appare almeno potenzialmente fondata⁴⁴.

Tutto ciò benché la giurisprudenza, sebbene in un panorama molto limitato, o si inserisce in ipotesi disciplinate da disposizioni speciali (in particolare art. 447 bis c.p.c.) o comunque sembra prediligere l'opzione della alternatività, come letteralmente emerge dall'art. 283 c.p.c.. Il riferimento è, in particolare, ad alcune ordinanze della Corte di appello di Napoli sostanzialmente sovrapponibili nella parte in cui affermano la possibilità di una pronuncia di inibitoria in presenza in ogni caso di un *periculum* di particolare consistenza⁴⁵.

⁴² Al pari della previsione di cui all'art. 373 c.p.c., in presenza di un appello inammissibile (per tardività come anche, nell'ipotesi in questione per assenza di conformità alle prescrizioni di cui all'art. 434 c.p.c.), risulterebbe di ardua configurabilità la concessione dell'inibitoria di cui sopra in presenza di provvedimento di primo grado che arreca benvero alla parte soccombente un «*gravissimo danno*», ma che risulta tuttavia correlato a statuizione ormai irrevocabile in assenza di tempestiva, e rituale, impugnazione che ne precluda il passaggio in giudicato.

⁴³ Cfr., in particolare, C. CONSOLO, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, S. MENCHINI, L. SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, p. 63; ID., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, p. 131; F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile, I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria)*, Bologna, 2020, p. 398, i cui concetti risultano ribaditi anche all'esito della riforma, nella più recente edizione di *Diritto giudiziario civile, I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, Bologna, 2023, p. 346-347; M. STELLA, o.c., p. 237; sul punto, v. anche L. SALVANESCHI, *L'appello cit.*, § 8; S. BOCCAGNA, *Le nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2023.

⁴⁴ Sul punto, S. BOCCAGNA, *Le nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2023.

⁴⁵ Il riferimento è a App. Napoli (cron. 126/2023) 10 agosto 2023, inedita, nella quale è evidenziato, in maniera ritenuta assorbente, il pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione della sentenza, trattandosi dell'ordine di rilascio, entrona data ravvicinata, di un immobile condotto in locazione per uso abitativo, avuto riguardo alle condizioni personali e patrimoniali dell'istante come anche delle caratteristiche del mercato immobiliare di area metropolitana soggetta a forti tensioni abitative e della conseguente difficoltà del reperimento di altro alloggio e a App. Napoli (cron. 133/2023) 10

5. Tentativi di razionalizzazione.

All'esito del ragionamento sin qui condotto, appare utile soffermarsi sui requisiti necessari per la concessione dell'inibitoria, con particolare riguardo al loro coordinamento con i principi generalizzati alle opportunità di definizione "accelerata" della controversia offerte proprio dalla riforma legislativa⁴⁶.

Partendo, pertanto, dal requisito del *periculum* appare di ardua configurabilità la concessione della sospensione in caso di appello del tutto inidoneo al raggiungimento dello scopo in quanto inammissibile per sua tardività o anche per palese assenza dei requisiti di cui agli artt. 342 e 434 c.p.c.⁴⁷.

Nulla, tuttavia, vieterebbe in tale caso l'adozione del modello decisorio semplificato di cui all'art. 350 *bis* c.p.c. («*Decisione a seguito di discussione orale*»), previsto appunto in base al richiamo all'art. 348 *bis* c.p.c. anche per l'impugnazione inammissibile oltre che per quella manifestamente infondata e per le altre ipotesi di cui all'art. 350, terzo comma, c.p.c. ovvero quando l'impugnazione appaia manifestamente fondata o comunque quando il giudice dell'impugnazione «*lo ritenga opportuno in ragione della ridotta complessità o dell'urgenza della causa*». In tale caso il giudice procede ai sensi dell'articolo 281-sexies, con l'adozione dello schema motivazionale semplificato previsto dalle norme innanzi richiamate. Neanche va trascurato che tale possibilità è prevista dallo stesso novellato art. 351 c.p.c., secondo cui nella prima udienza - nella quale, di regola e salva la sua anticipazione ai sensi dei commi 2 e 3 del medesimo articolo, il collegio, se l'udienza non va tenuta dall'istruttore (possibilità richiamata dal quarto comma e che presuppone, *a contrario*, che la trattazione anche del

agosto 2023, inedita, nella quale si legge: «*La sentenza impugnata che rigetta l'opposizione a decreto ingiuntivo per importo pecuniario da corrispondersi in relazione al mancato versamento di canoni di contratto di locazione è provvisoriamente esecutiva ex art. 447 bis c.p.c., il quale, al quarto comma, consente al giudice di appello la sospensione della efficacia esecutiva solo quando alla parte eseguita possa derivare un "gravissimo danno", sicché il legislatore, nel prevedere, come condizione indefettibile per la sospensione, che il danno sia "gravissimo", ha inteso consentirla solo quando il danno sia di rilevanza tale da rivestire carattere di eccezionalità*». Cfr. anche App. Napoli (cron. 2114/2023) 22 luglio 2023, nonché App. Napoli (cron. 100/2023) 07 agosto 2023, inedite, nelle quali si afferma che non può concedersi la sospensione ex art. 283 c.p.c. se, all'esito di una valutazione sommaria, la sentenza, fatto salvo più complesso accertamento non esperibile in tale fase sommaria, non contenga *prima facie* vizi logici manifesti e non possa dunque dirsi sussistente la manifesta fondatezza del gravame, e se non appaia fondato l'asserito *periculum*. Essendo la funzione del giudice quella, in sostanza, di *jus dicere* con riferimento alla singola questione, la scelta operata appare senz'altro condivisibile, ed infatti, anche richiamando l'espressione del "prodotto costante" postulante la compresenza dei requisiti del *fumus* e del *periculum*, il risultato della combinazione di due fattori privi entrambi di giuridica consistenza non può che andare nel senso dell'insussistenza del presupposto per la concessione dell'inibitoria, ed invero, quale che sia l'operatore logico utilizzato (*and/or*), il risultato dell'*ars combinatoria* del giudice non può che condurre ad un risultato pari a zero, il che in termini giuridici conduce a disattendere l'istanza

⁴⁶ Per una complessiva ricostruzione dei meccanismi processuali correlati alla nuova formulazione dell'art. 351 c.p.c., v. G.P. CALIFANO, *Il nuovo giudizio di appello (dopo la riforma di cui al decreto legislativo 149/2022)* in questa Rivista, 2023, p. 70-71.

⁴⁷ Cfr. le richiamate pronunce della suprema Corte n. 5022/2014 e n. 27199/2017.

merito dell'appello possa restare collegiale in assenza della nomina di cui all'art. 349 bis 1° comma), deve decidere sulla sospensiva - ben può provvedersi ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., qualora la causa sia ritenuta matura per la decisione. Soluzione non dissimile potrebbe essere adottata, allorché il *periculum* risulti correlato ad un'impugnazione manifestamente infondata, ovvero ad un appello che, quantunque astrattamente ammissibile in quanto tempestivo e rispettoso dei criteri di cui agli artt. 342 e 434 c.p.c., non abbia nella realtà concrete possibilità di accoglimento.

Quanto, invece, all'ipotesi di un *periculum* che risulti correlato ad un'impugnazione manifestamente fondata, secondo condivisibile opinione dottrinale già richiamata⁴⁸ sembrano aprirsi per il giudice dell'impugnazione due distinte possibilità: il nuovo sistema, infatti, gli consente di passare direttamente alla discussione orale davanti al collegio, in modo tale che la pronuncia inibitoria avrebbe senso di essere, qualora venga emessa, solo per un periodo limitato, ovvero alla pronuncia con cui il collegio provvede sulla sospensiva alla successiva udienza fissata nei termini già richiamati in precedenza *sub* 3.

La nuova previsione legislativa si presta, poi, a sicura (e senz'altro utile sul piano strettamente pratico) applicabilità nell'ipotesi in cui, in presenza del *periculum*, l'appello, in sé ammissibile, quantunque non manifestamente fondato (si ricadrebbe in caso contrario nell'ipotesi poc'anzi richiamata), appaia comunque meritevole di opportuni approfondimenti nell'ambito della trattazione di merito, anche all'esito di ulteriore attività istruttoria (in ipotesi, rinnovazione di c.t.u., ammissione di prova orale in precedenza non ammessa sulla base di valutazione ritenuta illegittima in sede di giudizio di impugnazione, ecc.). L'adozione del provvedimento di inibitoria, pienamente consentita sulla base dell'attuale formulazione legislativa ed altresì conforme ai richiamati criteri dei "vasi comunicanti" e del "prodotto costante" (ancora provvisti, come si vede, di una loro vitalità anche all'interno del nuovo sistema), consentirebbe di evitare, nelle more dell'adozione di una articolata decisione di merito, quel «grave e irreparabile pregiudizio derivante dall'esecuzione della sentenza» che il legislatore della riforma intende evitare.

Per chiudere il cerchio, occorre esaminare brevemente l'ipotesi di una richiesta di inibitoria di sentenza suscettibile di esecuzione forzata nei termini chiariti *sub* 2, la quale si accompagni ad appello manifestamente fondato in assenza, tuttavia, del *periculum* di cui sopra.

A tal riguardo la nuova formulazione legislativa dell'art. 283 parrebbe consentire l'emanazione di provvedimento di inibitoria in presenza del solo requisito del *fumus*, sicché in caso di palese erroneità della sentenza di primo grado sulla base del nuovo dettato normativo sembrerebbe possibile sospendere la provvisoria esecutività della stessa pur in assenza di "pregiudizio grave

⁴⁸ Cfr. L. SALVANESCHI, o.c., §§ 8 e 9, la quale osserva che se l'impugnazione appare "manifestamente fondata" il nuovo sistema consentirebbe al giudice di passare direttamente a discussione orale davanti al collegio, in modo tale che la pronuncia inibitoria avrebbe senso di essere, qualora emessa, solo per un periodo limitato.

ed irreparabile” derivante dalla sua esecuzione.

In precedenza erano state espresse perplessità sull’esecuzione di una sentenza che, quantunque ritenuta ingiusta (sia pure in virtù di un giudizio sommario), potesse comunque essere portata ad esecuzione⁴⁹.

Con riferimento a tale ipotesi, appare allora senz’altro persuasiva l’opinione dottrinale secondocui, qualora l’impugnazione risultasse manifestamente fondata, il giudice di secondo grado sarebbe tenuto già ad accoglierla e non potrebbe limitarsi a concedere alla parte la sola sospensione della sua (pur sempre provvisoria) esecutiva, sicchè «*solo la concorrenza altresì del periculum potrà legittimare l’adozione dell’utilità consistente nell’anticipazione della sentenza di accoglimento già pronosticabile*»⁵⁰.

Ai giudici di appello il gravoso compito di fornire orientamenti che, partendo dal dato normativo così novellato, non stridano con i principi generali del sistema processuale in tema di inibitoria, non senza utilizzare gli strumenti pure forniti dalla riforma al fine di accelerare le decisioni di merito dei giudizi anche mediante il ricorso ai moduli procedurali semplificati previsti in tale sede.

Arturo Pizzella
Magistrato

⁴⁹ V. LOMBARDI, Il *periculum* dell’art. 283 c.pc.: concordanze e discordanze tra le corti di merito, in *Judicium*, 2018.

⁵⁰ F. AULETTA, o.c., p. 347.



VALENTINA CAPASSO

Long-term thinking: towards a further revision of the judicial map?*

L'autrice muove da alcune recenti proposte, volte a sfruttare le potenzialità dell'Ufficio del processo attraverso l'utilizzo di strumenti di managerial justice, per argomentare la possibilità, anche grazie alle nuove prospettive aperte dalla recente riforma del Codice di procedura civile, di avvalersi degli stessi strumenti al fine di predisporre una nuova revisione della geografia giudiziaria, svincolata dalla visione dell'accesso alla giustizia come accesso "fisico" alle sedi giudiziarie.

The author starts from some recent proposals, aimed at exploiting the potential of the Ufficio del processo through the use of managerial justice tools, to argue the possibility, also thanks to the new perspectives opened by the recent reform of the Code of civil procedure, to make use of the same tools in order to prepare a new revision of the judicial map, detached from the vision of access to justice as "physical" access to judicial seats.

SUMMARY: 1. Introduction: the growing attention for Court management – 1.1 *Weighted case management systems: a brief overview* – 1.2 *Some proposals for Italian Courts* – 2. Revision of the judicial maps, Courts specialization and economies of scale – 2.1 *Similar reforms, different objectives: cost savings...* – 2.2 *... Court specialization and economies of scale* – 3. Changing perspective: delocalizing the natural judge – 3.1 *Economic-organizational issues* – 3.2 *Legal issues* – 4. Concluding remarks

1. Introduction: the growing attention for Court management

The first impact of the recent Covid-19 crisis on justice administration systems throughout the World was, as known, the substantial interruption of proceedings, except for some categories of urgent disputes¹. But further side effects are expected: the delay which accumulated in the most acute phases of the pandemic is likely to produce negative impact on justice systems in the years to come, especially in those Countries – such as Italy – with a huge stock of pending pre-Covid cases, since economic analysis of judicial process studies has already outlined how stock affects even new cases' disposition time².

However, every cloud has a silver lining: in exacerbating existing problems and urging

* This is the basic text of the lecture delivered at the Workshop 'Innovation and Digitisation of the Justice System', held at the University of Turin, Department of Management, on 13 October 2023, as part of the 20th conference of the Italian Chapter of AIS (Association for Information Systems - itAIS 2023).

¹ For a short, comparative overview of the consequences of the pandemic in civil cases, see B. KRANS - A. NYLUND (eds.), *Civil Justice and Covid-19*, Septentrio Reports5, 2020, <https://doi.org/10.7557/sr.2020.5>, and the articles published in *International Journal For Court Administration*, 2021, 12(2), *The COVID-19 crisis – Lessons for the Courts*.

² M. FINOCCHIARO CASTRO - C. GUCCIO, *Bottlenecks or Inefficiency? An Assessment of First Instance Italian Courts' Performance*, in *Review of Law & Economics*, 2015, 11(2), p. 317 ff.

Governments to deal with them quickly, including through innovative techniques (beginning with those that make use of ICT technology), the Covid-19 outbreak also provided «a unique opportunity to finally revise and change [working rules and practices] that are obsolete and dysfunctional»³. This was the aim of the Italian Government, which, in preparing a series of reforms concerning both the Code of civil procedure and the organization of justice, on the one hand implemented some of the solutions already tested during the pandemic (like remote hearings) and, on the other hand, attempted to increase the system's responsiveness by recruiting a large number of Court assistants, thus giving new vigor to the so-called Ufficio del processo. It is true that both series of measures have been questioned since their announcements, because they not only require a long time both to be implemented and to show practical effects, but do not even seem capable to ensure truly efficient management of existing resources. However, regardless of the merits of the criticism in detail, it must be admitted that the implementation of the Ufficio del processo testifies to the legislature's finally gained awareness of the need to mainly act on the supply side of the justice system, and constitutes a first step from which to build not only on the development of more efficient working models, but also to lay the groundwork for broader measures.

Indeed, in recent decades the idea has spread that the only way to effectively deal with the increase in caseload is through the best management of already available resources. This is easy to understand: like any public service, justice can be seen as a market in which demand (claims) and supply (Courts capacity to respond to them) meet, but the power of Governments to correct distortions encounters both economic and legal obstacles. More precisely, in order to face the problem of Court backlogs, procedural reforms can only partially affect the caseload (given the overriding need to guarantee access to justice), while, on the supply side, the apparently more immediate solution (that is, the recruitment of new judges) collides with budget constraints and with the awareness that the increase in the number of judges would likely produce inconsistent jurisprudence, which is in turn a source of new litigation.

³ M. FABRI, *Will COVID-19 Accelerate Implementation of ICT in Courts?*, in *International Journal for Court Administration*, 2021, 12(2), p. 3.

This explains the increasing attention that has been paid in recent years to Court management and, more generally, to the so-called managerial justice, which incorporates the teachings of New Public Management (NPM)⁴ and promises to increase judicial productivity without additional burdens on the State. And, despite the cultural resistance often encountered by the idea of corporatist management of justice and the difficulties faced when trying to adapt this logics to the peculiarities of the justice system⁵, Italian scholars have recently started to claim

⁴ Roughly speaking, NPM doctrines claim for the application of private sector business logic to the Public Administration, both at the organizational level (through the adoption of internal competition mechanisms) and the evaluation level (by parameterizing performance evaluation and accountability to the results achieved).

They have begun to spread and have been most successful in the U.S. (indeed, the very expression New Public Management is commonly linked to the theories of public governance presented by D. OSBORNE - T. GAEBLER, *Reinventing government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York, 1992).

As to European Countries, the adoption of business management techniques of the Public Administration has had different rate and speed, and such heterogeneity was also reflected in the field of the administration of justice. Indeed, despite the interest shown by the OECD – which, in the four-year period 1994-1997 published 5 reports on the subject (namely: *Public Management Developments: Survey 1994* and *Performance Management in Government: Performance Measurement and Results-Oriented Management* in 1994; *Governance in Transition: Public Management Reforms in OECD Countries* in 1995; *Responsive Government: Service Quality Initiatives* nel 1996; *In Search of Results: Performance Management Practices* in 1997) –, at the beginning of 2000s significant differences in the degree and methods of implementation of the reforms were still reported: see J. GUTHRIE - O. OLSON - C. Humphrey, *Debating Developments in New Public Financial Management: The Limits of Global Theorising and Some New Ways Forward*, in *Financial Accountability & Management*, 1999, 15(3-4), p. 209 ss.

Nor does uniformity appear to be achieved 10 years later; and this is well explained, if we consider that the very concept of NPM appears heterogeneous (if not intrinsically contradictory) and that, in any case, its elaboration and concrete implementation in a given legal system remains closely linked to the historical, cultural and institutional background of the latter: see C. POLLITT *Convergence or Divergence: What has been Happening in Europe?*, in V. HOMBURG - C. POLLITT - S. VAN THIEL, (eds.), *New Public Management in Europe. Adaptation and Alternatives*, New York, 2007, p. 10 ff. A progressive managerial turnaround, especially in the justice sector, however, has over time also been prompted by exogenous factors: more recently, indeed, the adoption of NPM in the field of justice administration «in order to increase the quality and efficiency of civil justice in all Council of Europe States» has also been urged by Cepej, which suggests organizing the Courts «according to business models aimed at reducing trial times through better management of available resources»: R. POTENZANO, *La ragionevole durata del processo civile. Uno studio di diritto comparato*, Torino, 2021, p. 77 (free translation).

⁵ Indeed, it has already been noted that there have always been, «and there is still, an underlying difficulty in applying innovative managerial and budgeting techniques to the judiciary, which is also due to a rooted concern about judicial independence and, generally speaking, a non-managerial attitude of the legal profession» (F. VIAPIANA, *Pressure on Judges: How the Budgeting System Can Impact on Judge's Autonomy*, in *Laws*, 2018, 7, 38, p. 2). Actually, it is generally understood that managerial organization requires a setting of objectives and a division of the workload according to logics which tend to be extraneous to both the structure of the judicial organization and to the heads of the Courts. On the one hand, judicial system is characterized by «a plurality of organizational units, basically autonomous, with low technological and/or hierarchical interdependence» (S. ZAN, *Organizzazioni complesse*, Roma, 2011, 34; free translation); and this makes it unfit to be regulated according to corporate rules. On the other hand, the typical training of the average judge makes him/her little accustomed to share all the typical values of (only) efficient administration. Suffice here to mention a recent Swiss research which has shown that, while a cultural hybridization is in progress, only 12 objectives out of 27 proved to be common to the judicial and managerial culture (Y. EMERY - L.G. DE SANTIS, *What Kind Of Justice Today? Expectations Of 'Good Justice'*,

for the application of some managerial justice tools, like weighted caseload management systems, also in order to fully exploit the potentialities of the Ufficio del processo⁶.

1.1 Weighted case management systems: a brief overview

Weighted case management is a full-fledged NPM tool, based on the idea that not all cases are equal and therefore equally time-consuming, and that this should be considered both in the allocation of cases among judges affected to the same Court, and, at a higher level, in estimating the human capital need in each Court⁷. Regardless of their intended use, those systems ultimately consist of a rather simple calculation: once case types set and raw data on case count (that is, the number of cases of each types filed or resolved by the Court), case weight (that is, the average time needed to deal with cases of each type) and year-value (that is, available time per judge) collected, «the total annual judicial workload is calculated by multiplying the annual case count for each case type by the corresponding case weight, then summing the workload across all case types. The workload is then divided by the year value to determine the total number of full-time equivalent judges needed to handle the

Convergences And Divergences Between Managerial And Judicial Actors And How They Fit Within Management-Oriented Values, in *International Journal For Court Administration*, 2014, p. 8).

⁶ For an overview, see F. AULETTA, *L'Ufficio del processo*, in this Review, 2021, p. 241 ff; S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, *ivi*, p. 261 ff., and F. DE SANTIS DI NICOLA, *Addetti al nuovo "ufficio del processo" (artt. 11 ss. D.L. n. 80 del 2021) vs. assistenti legali presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo: due modelli a confronto*, *ivi*, p. 265 ff.

⁷ Such systems are well established in the U.S. since 1970s (A.M. BICKEL, *Caseload of the Supreme Court and what, if Anything, to do About It*, Washington, 1973; H. McDONALD - C. KIRSCH, *Use of the Delphi method as a means of assessing judicial manpower needs*, in *The Justice System Journal*, 1978, 3(3), p. 314 ff.; J. JACOBY, *Caseweighting Systems for Prosecutors: Guidelines and Procedures*, Washington, 1987; V.E. Flango - B.J. OSTROM - C.R. FLANGO, *How do States Determine the Need for Judges*, in *State Court Journal*, 17(3), Summer/Fall 1993, p. 3 ff.; A.B. AIKMAN ET AL., *Designing a Judgeship Needs Process for Florida*, Gryphon Consulting Services, 1998), while in European Countries case allocation – with a few exceptions (like Norway: see CEPEJ, *Time management of justice systems: a Northern Europe study*, Strasbourg, 2006, available at <https://rm.coe.int>, p. 49-51) – has long been based on raw case counts. It is only since the second half of 2000s that scholars have intensified their studies in the field, and this reflects (and has been reflected in) the growing adoption of weighted caseload systems, depending on the case, to estimate the workload (and, then, assess the productivity) of a single judge, or to make rational case assignments among Court divisions, Courts and/or jurisdictions: see CEPEJ, *Case weighting in judicial systems*, CEPEJ Studies No. 28, 2 July 2020, available at <https://rm.coe.int> › [cepej-case-weighting-eng](https://rm.coe.int/cepej-case-weighting-eng) and the series of studies carried out when a weighted caseload system was tested in Switzerland: A. LIENHARD - D. KETTIGER, *Caseload Management in the Law Courts: Methodology, Experiences and Results of the first Swiss Study of Administrative and Social Insurance Courts*, in *International Journal For Court Administration*, November 2010; *Id.*, *Research on caseload management of courts: methodological questions*, in *Utrecht Law Review*, 2011, 7(1), p. 66 ff.; A. LIENHARD - D. KETTIGER - D. WINKLER, *Status of Court Management in Switzerland*, in *International Journal for Court Administration. Special Issue*, December 2012; *Id.*, *Combining A Weighted Caseload Study With An Organizational Analysis In Courts: First Experiences With A New Methodological Approach In Switzerland*, in *International Journal for Court Administration*, July 2015, p. 27 ff.

workload»⁸.

Whether the mathematical model is user-friendly, the real problem is how to get the information about the factors involved: in particular, methodological issues concern the collection of data on case types and on the estimated time to perform the judicial functions depending on the nature of the case. In this regard, two kinds of techniques are essentially used⁹:

- those based on experts' opinion, called upon to estimate the average time required for each case-related-event¹⁰ and/or for the conduct of the entire proceedings to the end (of these, the most famous is the so-called Delphi method)¹¹;

- those based on time study, i.e. on the empirical assessment of the time required, by means of the collection of data provided by the judges and judicial officers themselves, who are called upon to record for a certain period the time they spend for each case-related activity.

Both methods show strengths and weaknesses: expert-evaluation methods, indeed, are faster and cheaper than quantitative methods, but suffer from the fact that they are based on (albeit reliable) opinions, thus possibly inaccurate and subject to human error¹²; time study method, by contrast, «considered the gold standard for case-weighting studies» because of its

⁸ M. KLEIMAN - R.Y. SCHAUFFLER - B.J. OSTROM - C.G. LEE, *Weighted caseload: a critical element of modern court administration*, in *International Journal of the Legal Profession*, 2019, 26(1), p. 23 ff.; Ph. LANGBROEK - M. KLEIMAN, *Backlog Reduction Programmes and Weighted Caseload Methods for South East Europe, Two Comparative Inquiries. FINAL REPORT Lot 3: Analysis of Backlog Reduction Programmes and Case Weighting Systems*, Sarajevo, 2016, 9, p. 38.

⁹ A. LIENHARD - D. KETTIGER, *Research on the caseload management of courts*, supra note 7, p. 70 ff.; M. KLEIMAN - R.Y. SCHAUFFLER - B.J. OSTROM - C.G. LEE, *Weighted caseload*, supra note 8, p. 26 ff.

¹⁰ The expression refers to any activity which occur during proceedings, like studying the case, preparing and conducting Court hearings, drafting orders and judgments and so on: CEPEJ, *Case weighting in judicial systems*, supra note 7, p. 3 ff.

¹¹ H. McDONALD - C. KIRSCH, *Use of the Delphi method*, supra note 7, p. 314 ff.

¹² M. KLEIMAN - R.Y. SCHAUFFLER - B.J. OSTROM - C.G. LEE, *Weighted caseload*, supra note 8, p. 26 ff. In addition, it should be noted that «the process of data collection demands decision-making on a long list of methodological issues. For example, the questions presented to the participants in the Delphi method (or a variation of that method) can be open-ended, allowing the respondents to reply in their own words, or closed-ended with fixed alternative answers to choose from. Additional decisions are required on the manner in which the questions will be phrased; as well as on the number of respondents (the entire population or a sample of the population, a representative sample or a sample of experts alone etc.); and on the manner in which the questions will be presented to the participants. For example, questions can be presented via a survey or a questionnaire (in paper form or on-line), a face-to-face individual interview or a group interview followed by a group discussion etc. Additionally, the questions can be preceded by a presentation of relevant statistical data, case-studies or a review of the findings acquired through other research tools, as a frame of reference. Understandably, all these methodological issues have an influence on the validity and reliability of the data collected and therefore require careful, informed, and well-founded decision-making. Such decision-making is also required when adopting additional or alternatives methods of data-collection that raise similar and other methodological issues»: CEPEJ, *Case weighting in judicial systems*, supra note 7, 24.

accuracy¹³, but it «has been criticized as expensive, time-consuming, and unduly burdensome to judges tasked with tracking time data»¹⁴.

1.2 Some proposals for Italian Courts

This explains why, with reference to the Italian situation, it has already been suggested that law clerks – instead of judges – be employed for the recording and collection of data; more precisely, it has been stressed that a preliminary evaluation of case complexity may be useful «in two different respects: a) as an aid to the judge to rationally plan his overall workload and b) to enable him to better exercise his powers of direction in the context of individual litigation». Regarding the first profile, it was pointed out that «the adoption of a smart agenda would enable magistrates to organize their activities more efficiently. In fact, in order for the judge to properly plan his work, it seems necessary, on the one hand, for him to know the degree of complexity and status of the various disputes and, on the other hand, for him to have a general overview of the cases pending on his role». As for the second profile, case-weighting has been seen as a tool that «could constitute, at the various stages of the proceedings, a support for the judge's case management, i.e., the use of his powers of direction»¹⁵.

Elsewhere, I have made a similar proposal, but suggesting that weighting be done even before the assignment of the case, in order to ensure a fair distribution among judges of the overall workload, to be evaluated on the basis of predefined parameters (directly extracted from the introductory and preliminary acts), thus also ensuring compliance with the principle of the natural judge pre-established by law. In this view, I claimed for an AI-oriented designing of the court claim models that the Ministry has been delegated to adopt, so that weak AI tools could perform this function instead of the law clerks¹⁶. In fact, although there are prospects for

¹³ M. KLEIMAN - R.Y. SCHAUFFLER - B.J. OSTROM - C.G. LEE, *Weighted caseload*, *supra* note 8, p. 27. Indeed, the Delphi method has been progressively replaced by time-study method in the US: CEPEJ, *Case weighting in judicial systems*, *supra* note 7, p. 21.

¹⁴ Critics are summarized by M. KLEIMAN - R.Y. SCHAUFFLER - B.J. OSTROM - C.G. LEE, *Weighted caseload*, *supra* note 8, p. 27; for a deeper review, see V.E. FLANGO - B.J. OSTROM, *Assessing the need for judges and court support staff. Report presented at the State Justice Institute*, Williamsburg, VA, 1996, p. 21.

¹⁵ E. BORSELLI – L. DANI, *L'organizzazione del lavoro del giudice alla luce della riforma del processo civile. Pesatura dei fascicoli e gestione della complessità delle controversie*, in *www.judicium.it*, June 26th, 2023, § 3.

¹⁶ V. CAPASSO, *For an... «artificially intelligent» process: when access to justice and efficient Court management go hand in hand*, Presentation made during the 4th IAPL Summer School, Madrid, June 21st, 2023.

I made such proposal before the issuance of the decree August 7th, 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. (23G00120), which is virtually useless to the suggested purposes. This does not detract from the fact that the introduction of the fields required in order to implement the suggested solution may be done in the future.

stabilization, the recruitment of judicial assistants has been thought of as only temporary, so it seems appropriate, from a long-term perspective, to prepare strategies relying more on AI potential than on human resources.

In the same long-term perspective, I would like to go even further here, thus focusing on the management of the Courts as a whole, instead of the individual Court.

2. Revision of the judicial maps, Courts specialization and economies of scale

While the organization of work within each Court is certainly vital and is the first front on which to act in an effort to improve performance in the short term, it seems equally undeniable that the territorial distribution of the Courts is a critical factor both with respect to this issue (because its revision is likely to result in a change, up or down, in caseload affecting each Court, and thus in individual workloads), and in the broader perspective of justice service delivery. It is therefore not surprising that, in recent years, many European Governments – including Italy¹⁷ – undertook a revision of judicial districts, which led, in most cases, to the merger of smaller Courts. In fact, the original distribution of the Courts was often a result of historical and political, rather than rational, reasons¹⁸; and the widespread phenomenon of the ageing of the Courts geographical distribution, which ended up to be no longer adapted to that of the population, resulted almost everywhere in a highly unbalanced situation, which saw – on the one hand – an increase of overcrowded Courts backlog, and – on the other hand – the underutilization of other Courts which, often due to their small size, had difficulties in filling temporary vacancies in (judicial and administrative) staff and in coping with specialized litigation¹⁹.

2.1 Similar reforms, different objectives: cost savings...

Nevertheless, it should be stressed that the reforms, although chronologically parallel, show extremely varied implementation methods and results, clearly influenced by local particularities, starting conditions and by the degree of adherence to NPM policies. Pursued objectives appear to be different too: according to ENCJ, some Countries, like Denmark,

¹⁷ F. AULETTA, *La lezione francese sulla revisione della geografia giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 165 ff.

¹⁸ This was the case, for instance, for France and Belgium: as reported by J. FICET, *Trajectoires de réforme de la carte judiciaire et managérialisation de l'État. Analyse comparée des politiques de territorialisation de la Justice en France et en Belgique*, in *Revue internationale de politique comparée*, 2011, p. 91, in those Countries judicial geography had «hardly known upheavals since the 19th century. Successive attempts to reform [...], with the notable exception of the Debré reform of 1958 in France, [were] systematically broken on the reefs of local resistance and parliamentary clientelism» (free translation).

¹⁹ SCIENCES PO STRASBOURG CONSULTING - INSTITUTE OF POLITICAL STUDIES, *Comparative study of the reforms of the judicial maps in Europe*, 2012, available at <https://rm.coe.int>, p. 6 ff. The study focused on five Countries (Croatia, Denmark, France, The Netherlands and Portugal).

Norway and the Netherlands, undertook a judicial map revision «to enhance the quality of justice. [...] These countries have not reached net savings or do not expect to achieve net savings by reducing the number of courts. [...] In other countries it is expected that, besides higher quality, cost reductions can be reached by closing underused and sometimes even run-down courts and shifting the cases to nearby courts. This is the case in Portugal and Greece, but also in countries as diverse as Austria, Ireland, UK, Poland, Romania and Turkey»²⁰.

Actually, savings do not (or, at least, should not) translate so much into the reduction of fixed costs resulting from the abolition of physical seats, but into the optimal use of each structure. However, this does not appear to have been the perspective adopted in France: here, in fact, the French *Cour des comptes* positive assessment on the effects of the reform was mainly due to cost savings resulting from the redeployment of physical structures²¹; by contrast, scholars stressed negative effects of such concentration, which led to the appearance of the so-called *déserts judiciaires*²² and, occasionally, to a clearance rate drop in some Courts: just think to the *Tribunal d'instance* of Bordeaux, which was already characterized by the highest rate of activity before the reform, and, following the merge, saw its coverage rate drop by 7 percentage points in the three-year period 2009-2011²³.

2.2 ... Court specialization and economies of scale

Vice versa, empirical analysis carried out with reference to the Italian situation immediately estimated that the revision of the judicial map could draw a global increase in Courts performance²⁴; suffice it to think of the Court of Naples, where, following the reform and the consequent «reorganisation of the sections *ratione materiae* [...] the percentage of cases settled with respect to the cases received by the eight sections dealing with civil cases increased by 11%»²⁵.

Predictions have been confirmed by empirical data, and such a result can be easily explained by considering the criticism that had long been levelled at the Italian judicial system, whose main element of inefficiency had been identified in the existence of unexploited economies of scale, due to the small size of the Courts, which prevented the allocation of cases on the

²⁰ ENCJ, *Judicial Reform in Europe. Report 2011-2012*, Dublin, 2012, 6. See also F. VAN DIJK - H. DUMBRAVA, *Judiciary In Times Of Scarcity: Retrenchment And Reform*, in *Int. J. Court Adm.*, 2013, p. 6.

²¹ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2015*, février 2015, available at www.ccomptes.fr, p. 57.

²² N. CHAPPE - M. OBIDZINSKI, *Demande en justice et nombre de tribunaux*, in *RJEP*, 2013, p. 858.

²³ SCIENCES PO STRASBOURG CONSULTING - INSTITUTE OF POLITICAL STUDIES, *Comparative study*, *supra* note 19, p. 15-16.

²⁴ M. FINOCCHIARO CASTRO, - C. GUCCIO, *Measuring Potential Efficiency Gains from Mergers of Italian First Instance Courts through Nonparametric Model*, in *Public Finance Review*, 2016, p. 1 ff.; R. IPPOLITI, *Efficienza tecnica e geografia giudiziaria*, in *POLIS Working Papers*, 2014, n. 217, p. 19.

²⁵ WORLD BANK, *Doing Business in Italia 2013*, Washington, 2013, p. 43.

basis of specialization criteria. Indeed, «specialization and concentration seem to go hand in hand [...]. In fact, in small jurisdictions, judges would be on their own to face a variety of cases. They cannot handle these cases optimally»²⁶; and comparative experience seems to suggest that the territorial reorganization of judicial seats is the most effective measure to ensure judge specialization²⁷.

Specialization is actually a point on which the managerial approach and the average jurist's point of view diverge: while the idea that specialization of work is the most efficient method of organization in any business is long-standing and accepted²⁸, it is common opinion that – if it is true that «[t]he fox knows many things, but the hedgehog knows one great thing»²⁹ – the judge must be a fox³⁰. However, not only are theoretical assertions disproven by practice (think of case-assignment in the Supreme Courts, where the judge in charge of drafting the opinion of the Court is often chosen, more or less openly, on the basis of his or her expertise in the subject matter under dispute), but they are often founded on preconceptions lacking any real substantiation. For instance, one of the main arguments in favor of the generalist judge is that, in contrast, the special judge would be more prone to biases; but empirical evidence refutes this assumption³¹. And, while the disadvantages are still unproven, there is evidence – on the other hand – of the increase in efficiency due to judge specialization³².

3. Changing perspective: delocalizing the natural judge

If benefits of Courts merging have proven to be crystal clear, no one has ever doubted that this operation also encounters limits, both of an economic and legal nature: on the one hand, it is apparent that the optimum size of Courts may not be determined *in abstracto* once for all, on the sole basis of the law of diminishing returns, given that the data to take into account (population density, performance indicators, level of business and so on) may vary in space and time and may reflect on expected caseload. On the other hand, a certain proximity of Court facilities to the user has always been deemed necessary for the sake of access to justice;

²⁶ SCIENCES PO STRASBOURG CONSULTING - INSTITUTE OF POLITICAL STUDIES, *Comparative study*, *supra* note 19, p. 12.

²⁷ Suffice it to think of the case of Denmark and of the Netherlands: both Countries first tried to ensure greater specialization through Court cooperation, instead of their merge; but the failure of such maneuvers led, in the end, to the *extreme ratio* of the revision of the judicial map: SCIENCES PO STRASBOURG CONSULTING - INSTITUTE OF POLITICAL STUDIES, *Comparative study*, *supra* note 19, p. 13 ff.

²⁸ A. SMITH, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edinburgh, 1827, p. 3.

²⁹ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, 2011, p. 1.

³⁰ See E. KEYES, *Hedgehogs and Foxes: The Case for the Common Law Judge*, in *Hastings Law Journal*, 67(3), p. 749 ff.

³¹ See, among others, A. TVERSKY - D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, p. 1124 ff.

³² D. COVIELLO - A. ICHINO - N. PERSICO, *Measuring the gains from labor specialization*, in *The Journal of Law and Economics*, 2019, 62, p. 403 ff.

this remark perhaps explains why, for example, the law providing for the revision of the Italian judicial map was characterized by some stringent limitations, namely the directive to only limit revision to first instance courts and that of retaining of some Courts regardless of their workload and, therefore, the actual need to leave them standing³³.

However, both problems seem closely related to the traditional view of access to justice, understood as the ability to *physically access judicial seats*; they, therefore, appear to be possibly dealt with by virtue of ICT developments.

3.1 Economic-organizational issues

Starting with the issues of economic-organizational nature, it should preliminary be recalled that the best results of previous judicial map revisions were recorded in those States where impact studies had been conducted prior to the implementation of the reform; and it is clear that such studies could not be exhaustive without affordable data on Courts workload. Now, the already suggested implementation of weighted caseload management systems ends up fulfilling this purpose as well. As noted above, in fact, such systems allow for analysis on several levels, but the method remains the same: simply, when the chosen level is the one related to the system as a whole, the overall calculation is given by the sum of the values for each Court. Consequently, data extrapolated to individual Courts for case management purposes may easily be aggregated, for instance in order to assess demand downturns and/or identify new lines of litigation, and results may be the starting point for a rethinking of the territorial distribution of courts and for creating specialized sections or Courts.

³³ It is worth noting that both limitations have been criticized by the new ministerial commission charged, among other things, with examining the possibility of a further revision of judicial districts: see Commissione di studio incaricata di predisporre uno schema di progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario, nella prospettiva dell'aggiornamento e della razionalizzazione dei profili di disciplina riferiti, in particolare: a) allo sviluppo del processo di revisione della geografia giudiziaria, attraverso una riorganizzazione della distribuzione sul territorio delle corti di appello e delle procure generali presso le corti di appello, dei tribunali ordinari e delle procure della repubblica ed una collegata promozione del valore della specializzazione nella ripartizione delle competenze; b) all'accesso alla magistratura; c) al sistema degli illeciti disciplinari e delle incompatibilità dei magistrati; d) al sistema delle valutazioni di professionalità e di conferimento degli incarichi; e) alla mobilità e ai trasferimenti di sede e di funzione dei magistrati; f) all'organizzazione degli uffici del pubblico ministero relazione illustrativa, *Relazione illustrativa*, Roma, 17 March 2016, 3 ff. The commission on the one hand stressed that «[t]he presence of dozens of courts that were “intangible” because they were “provincial”, regardless of their “size” and workloads, nipped in the bud any ambitions to rationalize such offices». On the other hand, while noting the efficiency gains due to the previous reform, the same commission pointed out that «the territorial redistribution of judicial offices would remain ineluctably incomplete without action regarding second-level offices, where moreover there are numerous examples of operational inefficiency and intolerable delays in service delivery» (free translation).

More recently, however, voices are being raised on the political front in the opposite direction: while the commission established in 2016 and the Scutellà bill, presented in 2020, claimed for the merge of appellate seats as well, the current Minister of Justice seems open to the possibility of reopening even some suppressed first instance Court seats.

That said in general, with regard to the latter profile (i.e., the one of specialization), one possible objection is that the mere availability of up-to-date data may be not sufficient when it comes to structural interventions such as the creation of new Courts or Chambers, since factors influencing the demand for justice (e.g.: population density and composition, litigation rate, and so on) are likely to change over time faster than venues are likely to be implemented or dismissed. At a closer look, however, it turns out that a truly, “physical”, territorial reorganization may not even be necessary: as it has recently been suggested, at least in some fields, it would seem possible to ideally impute to territorially articulated Tribunals (thus, also to existing ones) an adjudication activity conducted by the same magistrates, avoiding that their geographic assignment reduces their productive potential and ensuring in any case the referability of the decision to the same and only Authority³⁴. In other words, the physical assignment of a judge to a certain territorial Court does not mean that the same judge cannot be assigned specific cases relevant of the jurisdiction of a different, dematerialized Court, which would therefore not be linked to a specific seat.

If this idea seems acceptable, the problem of rapid adjustment of the judiciary to changing social needs is greatly diluted, since adjustments may be done by simply modifying judges caseload, without the need to make *structural* changes: and this can be done far more quickly and with lower transitional costs (e.g., in terms of prolonging the seat until pending litigation is exhausted) than building or dismissing of judicial seats.

3.2 Legal issues

Then all that remains is to confront the legal limitations referred to earlier: but even from the legal point of view the feasibility of the just advanced idea seems confirmed by recent developments. Indeed, the latest reform of the Code of civil procedure has moved a further step in the direction, already underway for years now, toward the obsolescence of the physical hearing, which can nowadays be replaced in most cases by written documents³⁵, or otherwise be held remotely³⁶. And, as already stressed by Brazilian scholars, «[i]f the entire process is carried out digitally, [it] does not necessarily have to be linked to a specific court. This will make it possible to review the rules on territorial jurisdiction, looking for criteria that can justify the use of a fully digital court». Indeed, «[e]xcept in situations of absolute jurisdiction required by law, or in cases that require local evidence, the processing of lawsuits in digital

³⁴ F. AULETTA, *Riforma della giustizia «nel» Sud o «per» il Sud: come evitare che la marea montante del PNRR faccia galleggiare, con le barche, relitti*, in L. BIANCHI - B. CARAVITA (eds.), *Il PNRR alla prova del sud*, Napoli, 2021, p. 51 ff.

³⁵ See art. 127-ter c.p.c.

³⁶ See art. 127-bis c.p.c.

courts would not require the claim to be filed in a specific district»³⁷.

In referring to evidentiary intake, the author seems to refer exclusively to expert evidence or the need to conduct judicial inspections; in Italy, on the other hand, as is well known, reform prevents the physical hearing from being disregarded when it is necessary to examine witnesses. Such a limit is understood in the view of ensuring orality; and its opportunity seems to be confirmed by psychological studies suggesting that digital orality is inferior to the in-person experience, due to the decreased immediacy imposed by the screen and to the fact that e-hearing would prevent the judge from being aware of the nonverbal language of the person being heard³⁸. Although these remarks seem reasonable in themselves, the benefits that remote hearing would bring, given the concrete situation civil proceedings, cannot be neglected.

First of all, the potential lower quality of orality at first instance is compensated for by its surely increased “quantity”. Just think to appeal proceedings: in Italy, the guarantee of a renewal of oral evidence is only given in criminal trials, and only when the court is inclined to reform first instance judgement, whereas normally civil appellate courts review the case on paper. It is therefore possible that a totally opposite assessment of the same oral evidence is made after years, simply based on what is recorded in the minutes. Now, remote hearings are easy to record, using the same ICT tools allowing for the connection (and thus at no additional cost). In this way, the witnesses' statements, together with the attitude they took when speaking, can be preserved: it is clear that the availability of such recordings allows the appellate court to really revise the same material that had been available to the court of first instance.

It should be noted, however, that benefits do not only concern the appeal instance. As known, the triad of orality, immediacy and concentration of Chiovendian memory was understood by its author as inseparable, and pour cause, since the one without the other is meaningless. So, when there is a lack of concentration because the hearings are spaced out in time, as, again, in Italy, even the judge who took the evidence may find it more useful to review the video than to rely on memory to supplement the record in which witnesses' behavior can at most be described, at any rate in a summary manner³⁹. In addition, the length of trials makes it not uncommon for a judge to be transferred during the trial, so that the deciding judge is not the same one who heard the witness: and this makes the usefulness of video recording even more obvious. Lastly, the same also applies to the defense of the parties, which, in addition to being

³⁷ M.A. RODRIGUES, *Tecnologia, resolução de conflitos e o futuro da competência territorial*, in *www.jota.info*, July 25th, 2020.

³⁸ M. ASTRUP HJORT, *Orality and digital hearings*, in *Int'l J. Civil Procedural Law*, 2022, p. 29 ff.

³⁹ D. CERRI, *Emergenza e provvedimenti dei capi degli uffici: il caso pisano*, in *Judicium online*, April 8th, 2020.

able to better challenge contrary statements, will also be able to draw the judge's attention to any non-linguistic signs that demonstrate the witness's reliability or unreliability.

In the light of these remarks, it does not seem possible to say that the shift from physical to remote hearings in itself entails a qualitative degradation of the process as a whole, such as to impair the parties' rights of action and/or defense; this is, moreover, both confirmed in the jurisprudence of the European Court of Human Rights – which already stated that «the defendant's participation in the proceedings by videoconference is not as such contrary to the Convention»⁴⁰ – and impliedly recognized by Italian legislator: indeed, at least in some areas, it is already admitted by legislature that videorecording may be an acceptable substitute for direct examination by the judge⁴¹; consequently, it does not seem at all implausible to envisage a complete dematerialization of proceedings, regardless of the tasks to be carried out in each hearing.

There remains only one, possible constitutional limitation, constituted by art. 25 Const.: not with reference to the need to guarantee the pre-establishment of the judge – which remains respected, as long as it is the law that establishes the assignment of magistrates, even possibly to a virtual seat – but with that of guaranteeing the natural territorial fragmentation of Courts. According to some authors, in fact, one of the meanings to be attributed to art. 25, insofar as it presupposes the existence of more than one Court with territorial jurisdiction, is to prevent the establishment of a single national judge. But, even if one were to admit such a reading, it should not be forgotten that art. 25, unlike art. 24 Const., does not require that the guarantee be extended to every state and degree of proceedings. This makes it possible to envisage several different solutions: for example, that of dematerializing the proceedings at first instance, allowing instead an appeal to the nearest territorial Court; or, and even more so, providing for the single national court to have jurisdiction only in the first phase of oppositional proceedings (e.g., the *ex parte* one which leads to the issuance of an injunction), while reserving the guarantee of fragmentation for the eventual opposition.

4. Concluding remarks

As I have tried to show, at least one of the techniques already suggested for the efficient use of trial clerks in the short term perspective – namely, the idea that they be entrusted with the analysis of cases in order to determine their weight – appears amenable to further uses in the long term perspective. Indeed, the fact that the availability and exploitation of judicial data is essential for the purpose of a rational Court management policy is now generally

⁴⁰ *Marcello Viola v. Italy* (ECtHR 13 June 2019).

⁴¹ F. VALERINI, *In difesa dell'udienza da remoto*, in *Judicium online*, April 29th, 2020.

acknowledged⁴²; just as acquired is the awareness of the need to adapt the justice system to the changing needs of the population. It is then only a matter of taking a step further, and realizing that technological innovation can also bring about a rethinking of the traditional ways in which justice is delivered, without necessarily implying a lowering of its quality. And that, if «[t]echnology is here to stay, [...] the best potential must be extracted from it in order to expand access to justice»⁴³.

Valentina Capasso

Associate Research Fellow at Università degli Studi di Napoli Federico II

⁴² F. CONTINI, *Una base dati condivisa per un dibattito informato sulla giustizia*, in [questioneigiustizia.it](https://www.questionegiustizia.it), February 23rd, 2023.

⁴³ M.A. RODRIGUES, *Tecnologia*, *supra* note 36.



MARCELLO STELLA

I nuovi riti di cognizione e il ruolo dell'avvocato, in particolare nel rito semplificato.

Testo della Relazione svolta al X Congresso Giuridico Distrettuale – Regionaler Anwaltskongress, “Il ruolo dell’avvocato di una stagione di riforme tra efficienza ed efficientismo”, organizzato dagli Ordini degli Avvocati di Trento, Bolzano e Rovereto, Trento, 28-29-30 settembre 2023, Sala Filarmonica.

Text of the Report delivered at the 10th District Law Congress - Regionaler Anwaltskongress, "The role of the lawyer in a season of reforms between efficiency and efficiencyism", organised by the Bar Associations of Trento, Bolzano and Rovereto, Trento, 28-29-30 September 2023, Sala Filarmonica.

Sommario: 1. I nuovi riti a confronto: la prospettiva storica. - 2. I nuovi riti e il c.d. *case management*. - 3. (segue) ...e cosa davvero è il *case management*, funzionale alla fluidità del dibattimento orale (*trial*), nel processo di *common law*. - 4. Obiettivi dei nuovi riti. - 5. La scelta del rito da parte dell'attore è libera e incondizionata. - 6. Il potere giudiziale di mutamento del rito e i suoi limiti temporali. - 7. Preclusioni e decadenze nel nuovo rito semplificato. - 8. Attività difensive del convenuto soggette a decadenza nel termine per la costituzione tempestiva. - 9. (segue) E onere di contestazione dei fatti allegati dall'attore. - 10. Preclusioni che scattano alla prima udienza. - 11. L'appendice di trattazione scritta e il “giustificato motivo”. - 12. Mancata concessione dei termini per le memorie scritte. Conseguenze. - 13. Ammissibilità delle ordinanze ex artt. 183-ter e 183-quater c.p.c. nel rito semplificato.

Mi onora avere ricevuto il compito di dire qualche parola, in questa bella sala dedicata alla Musica, sulle due nuove partiture composte dal legislatore delegato nell'ottobre del '22 per riportare il processo civile su binari di efficienza, che il titolo di questo Congresso a ben vedere dà già per inverata, e magari è proprio così nei luoghi in cui scorre l'Isarco. Di auspicato equilibrio nel dosaggio della risorsa giurisdizionale scarsa. Obiettivo che postula il concorso di tutta una serie di fattori, a partire da una certa capacità di rinnovamento del modo di intendere il processo civile da parte della classe forense. Il processo rimane *adversarial*, isonomico. L'efficientismo non accentua l'inquisitorialità. Ma deve essere gestito in modo da consentire al giudice di addivenire alla decisione di merito col minore tempo e dispendio di energie possibili. Questa è la stagione in cui lo sforzo dei difensori, nel rispetto, beninteso, ci mancherebbe, del diritto di difesa, deve tendere per quanto possibile a ottimizzare i tempi e a semplificare la attività decisionale. Nel Regno Unito, a onor del vero, è sorta come spontanea prassi quella di indicare in apice finanche il tempo medio di lettura degli atti. Il D.M. 7 agosto 2023, n. 110 introduce limiti dimensionali degli atti processuali, e chissà perché poi applicabili solo alle cause di valore inferiore a € 500.000, come se la complessità della lite fosse una costante del valore. A tacer del fatto che i benefici della sintesi si avverterebbero proprio nelle cause complesse, i limiti dimensionali protocollari dei ricorsi in cassazione non distinguono a seconda del valore.

1. I nuovi riti a confronto: la prospettiva storica.

Una doverosa premessa, prima di accingerci all'esame della nuova disciplina, attiene alla ingannevolezza degli slogan che hanno accompagnato la riforma, la "forzata" anticipazione della entrata in vigore della quale ha fatto sì che sia mancata quella che la regola benedettina definisce la *ruminatio* del testo. Assimilazione lenta qui sostituita dalla brusca necessità di aggiornamento, perché i titolari dei diritti degli averi e dell'essere non possono permettersi la attesa di un anno sabbatico dei difensori per lo studio delle nuove regole del processo *ex abrupto* vigenti. Quindi se c'è una critica da fare, questa attiene alla improvvida rastremazione della *vacatio legis*. Ci troviamo già nella condizione di poter commentare i primi precedenti giurisprudenziali che hanno fatto applicazione delle nuove regole.

Alludo qui a due provvedimenti. Il primo è la discutibilissima ordinanza del Tribunale di Piacenza, del 1° maggio 2023 (un invito in tutti i sensi alla operosità), che ha disposto il mutamento del rito, da ordinario a semplificato, col decreto di autorizzazione della chiamata in causa del terzo. Mutamento anticipato che ha finito per sottrarre in corsa, ad attore e convenuto, le memorie integrative e negare i termini *ex art. 171-ter*. Quando proprio l'*art. 171-bis*, comma 1°, ultimo periodo, dispone che la questione inerente ai presupposti per il mutamento del rito vada trattata nelle memorie integrative. Che spettano alle parti, in conseguenza della scelta dell'attore di introdurre la causa con rito ordinario. Il secondo provvedimento è la ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità dell'*art. 171-bis*, sollevata dal Tribunale di Verona il 22 settembre 2023. Sospettato di eccesso di delega e di contrarietà ai principii di "semplicità" ed "effettività della tutela", nella parte in cui imporrebbe al giudice di decidere solo alcune questioni pregiudiziali di rito, e non altre, con decreto "*inaudita altera parte*" (*recte, inauditis partibus*).

Qui è addirittura da dubitare della legittimazione del remittente alla sollevazione della questione di legittimità. E ciò in quanto il giudice istruttore, col decreto *ex art. 171-bis*, non "decide" ancora su nulla. Egli ha il potere di promuovere la integrazione del contraddittorio in via anticipata, se ci sono litisconsorti necessari pretermessi o la citazione è affetta da nullità o c'è un vizio di rappresentanza di una delle parti costituite, o è opportuno consentire la partecipazione al processo di terzi cui la causa è comune. E tutto questo, beninteso, è senz'altro in linea con i criteri direttivi, *in primis* la economia processuale, abbracciati dalla legge di delega. Avrebbe poco senso sollecitare il contraddittorio preventivo della parte non rappresentata sulla questione, rilevata d'ufficio, relativa ...al difetto di rappresentanza. Tutte le altre questioni pregiudiziali, diverse da quelle che attengono alla basilare instaurazione del contraddittorio, ad es. le questioni di procedibilità della domanda, di difetto di giurisdizione, etc. è invece del tutto sensato che siano solo sollevate dal giudice nel decreto e sottoposte al contraddittorio scritto, nelle memorie integrative. Nessun principio costituzionale rimane aduggiato dalla logica discriminazione tra questioni pregiudiziali.

Sotto il profilo storico, e veniamo agli slogan, è alquanto inesatto dire che siamo ritornati alla dicotomia rito formale-rito sommario, che caratterizzava il codice del 1865. Formale era il rito che consentiva uno scambio illimitato di memorie, ciascuna potenzialmente additiva di *themata decidendi* o modificativa di domande ed eccezioni già svolte. Finché una parte si fosse stancata del palleggio e, rinunciato a replicare, avesse formulato istanza di "spedizione" della causa sul ruolo. E anche quella non è detto

sarebbe stata l'ultima parola. L'altra parte avrebbe potuto notificare una nuova comparsa, vanificare l'effetto della iscrizione a ruolo, e riaprire nuovamente la fase introduttiva (art. 174 c.p.c. 1865). Sommario era il rito (applicabile anche nei procedimenti per le misure provvisorie cautelari, in allora tipiche) in cui la causa veniva subito iscritta a ruolo e poi il convenuto veniva citato a comparire alla udienza. Anche qui, però, senza preclusioni per attività assertive e istruttorie. È nota la reazione suscitata, presso giudici e avvocati dalla riforma del 1940, cioè dal nuovo codice di procedura civile. Che, per intenderci, non prevedeva memorie emendatrici. Non ammetteva la *Klageänderung*. Come la dottrina non mancò di ricordare allorché, nel corso dei lavori preparatorii, era spuntata una emenda parlamentare che sembrava precludere lo *ius variandi* dopo lo scambio degli atti introduttivi¹. Oggi per il primo grado noi non abbiamo un ritorno al passato: né alla concezione vetero-liberale del c.p.c. 1865 né a quella autoritaria rigorista del c.p.c. del '40 ante novella del '50. Sia il nuovo rito semplificato sia il nuovo rito ordinario di cognizione sono caratterizzati da preclusioni. Presentano due orditi così sintetizzabili: le preclusioni scattano tutte prima della udienza, nel rito ordinario. Alcune prima della udienza, altre alla udienza, nel semplificato.

2. I nuovi riti e il c.d. *case management*.

Case management è locuzione abusata e forse fraintesa da coloro che la utilizzano. Vorrebbe significare potere giudiziale di gestione manageriale del processo, come se il giudice potesse coniare regole processuali a seconda della complessità della controversia. In un sistema come il nostro dove il giudice è soggetto alla legge, il *case management* così inteso è vietato dalla clausola dell'art. 111 Cost., che, nel riservare alla legge la disciplina del processo, fa capire che il processo giurisdizionale è tale se "non regolato dal giudice"². Divieto che ovviamente non ha ragion d'essere nel processo privato, dove gli arbitri, salva diversa volontà delle parti, hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio "*nel modo che ritengono più opportuno*".

Quando si parla di *case management* di solito tende ad essere evocato l'art. 175 c.p.c. (così Trib. Piacenza). L'art. 175 concerne l'esercizio dei poteri del giudice istruttore nella fase di istruzione della causa in senso stretto. Rivelatrice è la collocazione topografica della disposizione, nel Capo II del Titolo I del Libro II, dove il Capo I è dedicato invece alla fase di *introduzione della causa*. L'art. 175 c.p.c. prevede che il potere direzionale, di cui l'istruttore è fisiologicamente investito lungo il corso della fase istruttoria, che può seguire quella introduttiva, consiste nel fissare le udienze che si rendano necessarie per espletare la assunzione delle prove costituenti e nell'assegnare alle parti i termini previsti da singole disposizioni del codice sui mezzi di prova (es. art. 210, che prevede che l'ordine di esibizione rechi indicazioni su tempo, modo e luogo della esibizione) in vista dell'obiettivo del "*più sollecito e leale svolgimento del processo*". Giammai i poteri direttivi dell'istruttore potrebbero legittimarlo a saltare a piè pari determinate fasi del processo o a sottrarre alle parti i poteri di proporre domande ed eccezioni, di allegare i fatti giuridici, su cui tali domande ed eccezioni si fondano, e il potere di addurre prove e di formulare istanze di prova, secondo la disciplina del rito applicabile.

¹ C. CONSOLO, Pro futuro. *Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile* (titolava Franz Klein, 1891). Un mero flash qui e ora *ad instar* sulla tormentata fase introduttiva, in *Politica del diritto*, 2021, p. 547 ss.

² F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, III ed., Bologna, 2023, p. 220.

Nel *Commentario*, Satta³ non esita a definire l'art. 175 c.p.c. un "vaniloquio", se la intenzione del *conditor* fosse quella di trasformare l'istruttore in una sorta di *deus ex machina*. Non più di una riga occorre a Satta per liquidare l'enfatico richiamo a "tutti i poteri" dell'istruttore. Se l'istruttore, rileva Satta, esercita tutti e soltanto i poteri che gli sono conferiti da singole disposizioni di legge, "non si capisce quindi che cosa aggiunga l'enunciazione epigrafica". Indi, con sottile ironia, lo stupore dell'autore nel trovare disciplinata, "dopo tanta solennità di direzione del processo", nell'ultimo comma, la "curiosa ipotesi" in cui il giudice istruttore ...si dimentica di fissare l'udienza per lo svolgimento della attività istruttoria successiva.

Anche l'orientamento del Tribunale di Milano, sorto nella vigenza del vecchio rito ordinario, beninteso, là dove negava alle parti i termini per le tre memorie ex art. 183, co. VI, c.p.c., non sulla base del rilievo di questioni pregiudiziali o preliminari assorbenti e idonee a suscitare la immediata rimessione al collegio ex art. 187 c.p.c., ma perché il giudice reputava "dilatoria" la richiesta delle memorie, era illegittimo. L'art. 175 c.p.c. non è una disposizione *bonne à tout faire*. Non consente al giudice di amputare intere fasi o segmenti del processo; di precludere alle parti l'esercizio di poteri difensivi ad esse attribuiti dalla legge.

3. (segue) ...e cosa davvero è il *case management*, funzionale alla fluidità del dibattimento orale (*trial*), nel processo di *common law*.

Occorre sfatare il mito secondo cui il giudice di *common law* sarebbe a capo del processo al punto da poter creare, o quasi sartorialmente adattare le regole del processo al caso concreto. La sede che ci ospita naturalmente invita a queste riflessioni comparatistiche. E non è un divagare inutile. Prendete le *Civil Procedure Rules* inglesi. Esse prevedono tre diversi *litigation tracks*, che sarebbe inesatto definire "riti". Piuttosto, sono regole di ingaggio, calibrate sul valore della causa, in relazione ad una ben precisa attività delle parti. Che cosa è che occorre intradare su una delle tre corsie predeterminate? Niente altro che la ampiezza della *disclosure* documentale. Nel processo di *common law*, dopo la fase introduttiva e delle eventuali memorie emendatrici (ivi con larghezza consentita è la attività di *claim amendment*), c'è una fase preparatoria che precede la fase orale di dibattimento (il vero e proprio *trial*, un tempo *by jury*). Ciascuna parte ha l'obbligo (non è semplicemente onerata) di mettere a disposizione dell'altra ogni elemento di prova rilevante. Anche se controproducente. Anche se coperto da *privacy* (es. agenda personale). Di questo si tratta. Non è la fase istruttoria, perché la selezione delle fonti di prova, di cui ciascuna parte deciderà di avvalersi per corroborare il proprio *statement of case*, e che confluirà nel suo *trial bundle*, viene solo dopo. E allora, giustamente, l'ordinamento prevede che la ampiezza e la capillarità della *disclosure* debbano essere proporzionate alla natura e al valore della causa. Gli obblighi di *disclosure* della convenuta Volkswagen in un processo collettivo per danni da violazione del diritto della concorrenza saranno diversi dagli obblighi di *disclosure* dell'artigiano convenuto per inesatto adempimento del contratto di prestazione d'opera. Per la verità, poi, man mano che si arriva ai casi più complessi, crescono anche, ed è tutto fuorché un paradosso, in quell'ordinamento dove la *primary duty* è *to the Court*, i doveri di collaborazione dei difensori delle parti verso la corte e *tra* i difensori delle parti.

³ Rist., Milano, 1966, II, p. 59.

Senza divagare, pensate a questo aspetto caratterizzante. Secondo il Protocollo della Sezione imprese (che loro chiamano *Commercial Court Guide*) della *King's Bench* alla *High Court*, dopo lo scambio degli atti introduttivi, prima che la *disclosure* abbia inizio e proprio in funzione della miglior calibrazione e fruttuosità di quella, ci si aspetta che gli avvocati delle parti, di comune accordo, producano almeno due atti congiunti. Un *Case memorandum*, cioè un riassunto incontrovertito dell'oggetto della causa. Su cosa si litiga e perché. E una *List of common ground and issues*, cioè uno schema, sovente assai analitico, che elenca in una colonna i fatti pacifici, non contestati; in un'altra i fatti controversi; in una terza, le questioni (*issues*), di fatto e di diritto, di cui le parti ritengono sia necessaria la soluzione per decidere la lite. Ben oltre la *litis contestatio* romanistica, che proietta ancor'oggi la sua impronta, ad es., nella stesura dei *terms of reference* degli arbitrati⁴, specie nell'arbitrato internazionale.

Vi è per solito poi anche un terzo e sovente dettagliatissimo elenco, sempre condiviso, in cui ciascuna parte indica, grosso modo, le categorie di documenti che vuole siano esibite dall'avversario e specifica per es. la identità delle persone che potrebbero essere informate dei fatti di causa (es. dipendenti della persona giuridica parte del processo) e che presuntivamente potrebbero detenere o avere accesso alle fonti di prova, e persino le "parole chiave" da immettere nei *server* di posta elettronica onde estrarre la corrispondenza potenzialmente inerente alla causa. Questo imponente corredo di atti processuali, né propriamente causativi né illustrativi, preparatori, concordati tra i difensori delle parti, serve da base per valutare la complessità del caso e modulare la ampiezza della *disclosure*, per evitare sorprese al *trial* ma anche ottimizzare l'impegno delle parti in tale cruciale frangente di ricerca delle fonti di prova. La diretta rilevanza processuale di questi atti è che la fase di *disclosure*, che non si esaurisce evidentemente in un giorno, ma può impegnare anche settimane e mesi, sarà poi oggetto di monitoraggio periodico e finale. Le parti dovranno aggiornare la corte. Ecco cosa vuol dire *case management*: gestione e attenta supervisione nella fase preparatoria della causa. Nelle *case management conferences*, che non sono neppure udienze. Non è un potere unilaterale di direzione del procedimento. È il frutto di una collaborazione tra i difensori delle parti, e tra questi e il giudice, innervata dal principio per cui le parti (e per esse i loro difensori) sono tenute a un fondamentale dovere di obbedienza verso la corte e devono fare tutto ciò che occorre affinché il *trial*, se e quando si celebrerà, fili liscio, senza incidenti o questioni pregiudiziali da risolvere (ciò che, un tempo, avrebbero "interrotto" la oralità e distratto i giurati), senza spreco della *judicial resource*. E questo sistema, se si vuole, per molti versi, è molto più vicino a intercettare ed attuare i principii chiovendiani, soprattutto quello di *immediatezza* tra assunzione delle prove e giudizio, di ogni altro sistema continentale.

4. Obiettivi dei nuovi riti.

Proviamo ora a chiederci, prima ancora di dare una lettura puntuale delle norme, che cosa ha voluto fare il legislatore con il nuovo rito semplificato di cognizione. Verrebbe da dire: soltanto eliminare la fase di trattazione scritta, cioè le tre memorie del vecchio art. 183, co. VI, c.p.c., per le cause presuntivamente meno complesse, cioè tutte quelle su cui il tribunale decide in composizione monocratica, tra cui a seguito della riforma dell'art. 50-bis c.p.c. rientrano anche le impugnative di

⁴ G. BROGGINI, «Iudex arbiterve», in *Riv. dir. romano*, 2002, II, p. 425 ss., p. 429, ove il riscontro delle "analogie sorprendenti" tra l'«acte de mission» di cui al Reg. ICC e la *formula actionis*.

delibere condominiali e delle società di persone (per le delibere delle società di capitali la collegialità rimane, come per tutte le cause affidate alle sezioni specializzate). Per tutte queste cause, a livello di *policy* si è ritenuto che lo scambio degli atti introduttivi sia già sufficiente per delineare compiutamente il *thema decidendum*.

Per le cause complesse, invece, il legislatore antepone la trattazione scritta alla prima udienza. Nei voti, questo dovrebbe consentire al giudice di meglio calibrare proposte conciliative, di adottare, se richiesto, le ordinanze definitive di cui agli artt. 183-ter e 183-quater; di esercitare “a ragion veduta” il potere di rilevazione di questioni pregiudiziali o preliminari di merito ai sensi dell’art. 187 c.p.c. Le Sezioni Unite, nei regolamenti di giurisdizione internazionale-privatistici, già da qualche tempo avevano affermato che vale il principio di prospettazione, ma che esso va applicato alla luce dell’intero corredo degli scritti difensivi, se ci sono. E così, se il regolamento ex art. 41 c.p.c. è proposto dopo lo scambio delle memorie di trattazione scritta, la Cassazione, per regolare la giurisdizione, guarderà non solo all’atto di citazione, ma anche, ad es., ai fatti secondari allegati dall’attore nella prima memoria⁵. Quindi principio di prospettazione operante a 360°, perché ingloba la prospettazione contraria del convenuto. E anche su questo versante, si potrebbe notare, l’avvicinamento del nostro sistema al parametro anglosassone del “*more arguable case*” è considerevole, quanto allo standard decisorio delle questioni di giurisdizione internazionale.

5. La scelta del rito da parte dell’attore è libera e incondizionata.

La scelta del rito spetta all’attore. La legge non obbliga l’attore a proporre la domanda con le forme del rito semplificato. L’art. 281-*decies*, comma 2°, espressamente dice che la domanda “può” essere proposta secondo le forme del rito semplificato in tutte le cause su cui il tribunale giudica in composizione monocratica.

L’art. 281-*decies*, comma 1°, sembrerebbe più tassativo, poiché qui la legge dispone che il giudizio “è introdotto” con ricorso se ricorrono una o più delle seguenti condizioni: (i) i fatti sono pacifici; (ii) l’attore prova documentalmente i fatti costitutivi; (iii) la domanda è di “pronta soluzione o richiede un’istruttoria non complessa”. Tuttavia, anche in questo caso, non è prevista alcuna sanzione per l’attore che notifichi una citazione anziché un ricorso in cause complesse o soggette a decisione collegiale. A differenza di quanto disponeva l’abrogato art. 702-ter c.p.c.

Inoltre, come tutti i commentatori non hanno mancato di sottolineare⁶, almeno alcuni dei presupposti previsti dal comma primo dell’art. 281-*decies* non possono essere divinati dall’attore *ante causam* poiché dipendono dall’atteggiamento difensivo del convenuto. Se il convenuto contesterà o ammetterà i fatti costitutivi, lo si potrà sapere solo dopo che sia scaduto il termine per la costituzione. Specularmente, alcuni commentatori paventano che sarebbe incostituzionale l’aver attribuito all’attore

⁵ Cass., sez. un., 15 dicembre 2020, n. 28675, *IRT GmbH c. Sisvel S.p.a.*: “[...] neppure nelle prove costituenti articolate (e nella misura in cui sono trascritte negli atti sottoposti direttamente e ritualmente a questa Corte, in adempimento degli oneri loro incombenti anche nel regolamento di giurisdizione: con conseguente irrilevanza, ai fini dell’inammissibilità di questo, invocata dai resistenti, della circostanza del loro mancato espletamento, ma pure di ogni puntualizzazione successiva) si dà conto o prospetta che quelle siano state tutte poste in essere in Italia, se non nelle sole e limitate occasioni indicate, la cui sufficienza causale neppure viene postulata dall’attore in azione di accertamento negativo, onerato quindi della relativa prova”.

⁶ R. TISCINI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, p. 413.

il potere di iniziare la causa col rito semplificato, anche quando la causa appaia *ex ante* complessa, poiché ciò vorrebbe dire che l'attore ha il potere di ridurre il termine a difesa del convenuto (da 50 a 30 giorni). Tuttavia, l'attore che "opziona" il rito semplificato va incontro egli stesso ad una penalizzazione. Scatteranno anche per lui, e ben prima che nel rito ordinario, le barriere preclusive istruttorie e per le attività emendatrici. Cioè già in prima udienza, appena dieci giorni dopo il termine per la costituzione tempestiva del convenuto. Quindi, è vero che l'attore che opta per il rito semplificato erode due quinti dell'ordinario termine a difesa per il convenuto. Nel farlo però rinuncia anche alla prerogativa di esercitare con maggior agio lo *ius variandi*. *Cuius commoda, eius et incommoda*. La posizione processuale delle parti finisce così in qualche modo per risultare riequilibrata⁷. Il legislatore, in ogni caso, se non attribuisce al convenuto alcun potere di "opposizione" rispetto alla scelta del rito, neppure gli dà un potere di aderire alla scelta dell'attore rendendo vincolante la scelta del rito anche per il giudice. Un precedente normativo, che disciplinava l'accordo processuale delle parti sulla scelta del rito, per vero, si sarebbe avuto nell'art. 70-ter disp. att. c.p.c. Questa norma, inopinatamente nascosta tra le pieghe delle disposizioni di attuazione, abilitava l'attore, anche nelle cause *ratione materiae* non assoggettate allo speciale rito societario, a formulare l'invito al convenuto o ai convenuti a notificare la comparsa di risposta ai sensi della disciplina di cui al d.lgs. 5/2003 e, se tutti i convenuti avessero aderito implicitamente all'invito, il processo sarebbe proseguito nelle forme e con le modalità del rito societario senza possibilità di mutamento postumo *ope iudicis*. A riprova di una certa passata indifferenza dell'ordinamento rispetto alle regole di celebrazione del processo di cognizione.

6. Il potere giudiziale di mutamento del rito e i suoi limiti temporali.

Il giudice ha il potere-dovere di disporre il mutamento del rito da ordinario a semplificato (art. 183-bis c.p.c.) e da semplificato a ordinario (art. 281-duodecies, comma 1°), quando ne ricorrono i presupposti. Il meccanismo però non funziona in modo perfettamente speculare nelle due ipotesi. Infatti, se l'attore opta per la "via breve" del rito semplificato e il giudice, alla udienza, dispone il mutamento del rito affinché il processo prosegua con le forme del rito ordinario, entrambe le parti "guadagnano" i termini per tutte e tre le memorie di trattazione scritta previste dall'art. 171-ter. Se l'attore opta per la "via lunga" del rito ordinario, anche quando la causa appaia *ex ante* semplice, la fase introduttiva e di trattazione scritta, che precede la udienza fissa indicata dall'attore in citazione, si svolgerà comunque ed interamente secondo il rito ordinario prescelto dall'attore, senza alcuna possibilità di deviare anticipatamente da tale *iter* caratterizzante la fase introduttiva. Fermo che ciascuna parte sarà libera di non fare le memorie, se le reputi superflue. L'art. 183-bis prevede che solo alla udienza di trattazione il giudice, se rileva che la causa è semplice, "*dispone*" (non "*può disporre*") che il processo iniziato con rito ordinario prosegua nelle forme del rito semplificato. In concreto, in tali casi, il mutamento avrà un impatto minimo, perché al massimo inciderà sulle modalità di svolgimento della fase decisoria. La istruttoria in senso stretto, infatti, si svolgerà sempre con le stesse forme previste dalla disciplina del rito ordinario sia nelle cause complesse sia nelle cause semplici.

Proprio su questo versante, cioè sul rischio di tempi morti o di atti sostanzialmente ripetitivi degli scritti introduttivi, si manifesta la critica della giurisprudenza verso l'impianto della riforma. Trib. Piacenza, 1°

⁷ Così, infatti, F. AULETTA, *op. cit.*, p. 226.

maggio 2023 ragiona che il potere di ordinare mutamento del rito, se esercitabile soltanto alla udienza ex art. 183 c.p.c., cioè “...a danno processuale già prodottosi”, sarebbe inane; non risparmierebbe al convenuto l’inutile attesa di una udienza lontana, per dar spazio allo scambio delle memorie integrative. Al Tribunale di Piacenza è parso perciò doversi dare una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 183-bis, in combinato disposto con l’art. 175 c.p.c., per auto-attribuirsi il potere di ordinare il mutamento del rito ben prima della udienza di trattazione libellata dall’attore⁸.

Tale interpretazione appare tuttavia *contra legem* e non necessitata neppure da letture *secundum Constitutionem*. La forzatura della lettera dell’art. 183-bis, infatti, ha per effetto di incidere sui termini decadenziali perentori previsti dall’art. 171-ter. Tuttavia, i termini perentori non possono mai essere modificati dal giudice (art. 153, co. I, c.p.c.), a meno che ciò non sia espressamente consentito dalla legge.

Ci si chieda ora perché il legislatore fa prevalere la scelta dell’attore di avere il rito lungo senza che il convenuto né il giudice possono far nulla per ottenere un mutamento anticipato.

Anzitutto, perché qui la scelta è compiuta da colui che si afferma titolare del diritto. Se l’affermato titolare del diritto è disposto a soggiacere ai tempi del rito più lungo, non glielo si può impedire (fermo che la scelta del rito più lungo importa decadenza dalla facoltà, un domani, di dolersi della irragionevole durata del processo ai sensi della Legge Pinto). Spesso, del resto, capita che le transazioni si raggiungano nel pingpong più disteso delle tre memorie. Che consentono alle parti, per così dire, di studiarsi a distanza e soppesare i rispettivi mezzi istruttori, prima che il giudice valuti ammissibilità e rilevanza delle prove e ne ordini la assunzione.

Vero è che la trascrizione della domanda giudiziale, nelle more del rito ordinario, potrebbe essere nociva per il convenuto. Se però la domanda è manifestamente infondata, il convenuto, escluso per noi che la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale possa ottenersi in via cautelare, posto che la legge esige la “sentenza passata in giudicato” (art. 2668 c.c.), avrà a disposizione una nuova arma, nella ordinanza ex art. 183-quater. Anch’essa pur sempre idonea a passare in giudicato formale.

7. Preclusioni e decadenze nel nuovo rito semplificato.

E ora vediamo da vicino, quasi nella logica comparativa di una analisi costi-benefici, quali sono preclusioni e decadenze nel nuovo rito semplificato, racchiuso negli artt. 281-decies-281-terdecies.

L’art. 281-undecies riguarda il contenuto degli atti introduttivi.

Il ricorso deve contenere la domanda e l’avviso di cui al n. 7 dell’art. 163 c.p.c., che comprende anche l’avvertimento relativo all’obbligo di difesa tecnica nelle cause per cui è prevista come obbligatoria dall’art. 82 c.p.c. (valore pari o superiore a 1.100 euro). Previsione irrilevante, per molti. Eppure non è così. Infatti, se il convenuto non si costituisce, il giudice dovrà ordinare la rinnovazione della citazione o del ricorso che manchi di tale requisito, poiché così dispone l’art. 164 c.p.c. Se il convenuto si costituisce ed è autodifeso, ci si può chiedere se il giudice debba disporre la rinnovazione oppure applicare l’art. 182 c.p.c. per sanare il difetto di *ius postulandi* della parte autodifesa (ma senza la qualità di difensore abilitato). Bisognerebbe optare comunque per la rinnovazione, perché non è detto

⁸ Specularmente ragiona Trib. Bologna, con ordinanza criticamente annotata da A. ROMANO, in *Giur. it.*, 10/2023, che reputa di posticipare lo scambio di memorie rispetto alla prima udienza, che quello stesso giudice ha riqualificato “di filtro”.

che il convenuto autodifeso si sia difeso bene. In ogni caso, va ricordato l'orientamento rigorista, ormai consolidato, delle S.U., per cui la parte che versa in un difetto di capacità processuale, perché non rappresentata o assistita o tecnicamente difesa, deve attivarsi spontaneamente per sanare il vizio, se questo sia stato rilevato in via di eccezione. In primo grado, opera comunque il 182. Ma se la parte, nei gradi impugnatori, torna a costituirsi male, pur essendo già stata messa in guardia dalla eccezione dell'avversario, non potrà giovare della sanatoria⁹.

Il convenuto ha un termine a difesa minimo di 30 giorni. Deve costituirsi non oltre dieci giorni prima della udienza.

8. Attività difensive del convenuto soggette a decadenza nel termine per la costituzione tempestiva.

In base al 281-*undecies*, comma 2°, ultima parte, nella comparsa di costituzione, a pena di decadenza, il convenuto deve proporre: domande riconvenzionali; eccezioni in senso stretto; dichiarazione di chiamata in causa di terzo e istanza di differimento della udienza.

Queste preclusioni rimangono ferme, anche se il giudice, sulla base degli atti introduttivi, si persuade che la causa è complessa e disponga il mutamento del rito ai sensi dell'art. 281-*duodecies*. In tal caso, infatti, le parti "guadagnano" la appendice di trattazione scritta con le tre memorie e possono svolgere le attività previste nei termini di cui all'art. 171-*ter* ma restano ferme le preclusioni iniziali e così il divieto di domande nuove (salvo le domande complanari o di accertamento incidentale) e di nuove eccezioni.

In dottrina¹⁰ si rileva che, nelle cause soggette a decisione collegiale, che il legislatore vuole siano trattate con rito ordinario, il mutamento del rito disposto dal giudice ai sensi dell'art. 281-*duodecies* c.p.c. e la fissazione della udienza ex art. 183 c.p.c. implicherebbe la mancata convalidazione della erronea scelta del rito semplificato compiuta dall'attore. Il convenuto sarebbe in tale ipotesi restituito nel termine per svolgere, sia pure nella prima memoria ex art. 171-*ter*, le attività difensive così da "riguadagnare il più ampio spazio di difesa che la modalità di introduzione scelta dall'attore gli aveva tolto". Il ragionamento è il seguente: la condizione (sospensiva) alla quale sarebbero ancorate le decadenze previste dall'art. 281-*undecies*, comma 3°, ultima parte, dovrebbe dirsi risolta dal provvedimento giudiziale di mutamento del rito.

Noi non ci sentiamo di condividere tale interpretazione, se essa intenda recuperare al convenuto il potere di proporre domande riconvenzionali e sollevare eccezioni in senso stretto non svolte nella comparsa di costituzione e risposta. Il mutamento del rito può dipendere anche da circostanze che attengono alla sola *causa riconvenzionale* (es. l'amministratore agisce per il pagamento del compenso: causa non soggetta alla competenza della sezione specializzata; la società propone in via riconvenzionale azione di responsabilità soggetta a competenza della sezione specializzata e a

⁹ Cass., sez. un., n. 4248 del 2016, in *Corr. giur.*, 2016, p. 688, con nota di M. NEGRI, per cui qualora il rilievo del vizio di rappresentanza processuale non sia officioso ma venga per la prima volta sollevato in sede di legittimità dalla controparte, sorge immediatamente per il rappresentato l'onere di procedere alla sanatoria con la produzione necessaria allo scopo; Cass., sez. un., n. 29919 del 2017, in *Corr. trib.*, 2018, p. 1425, per cui l'ordine di munirsi di un difensore non deve essere reiterato in appello, se il contribuente sia stato già una prima volta reso edotto, vuoi dal rilievo officioso in primo grado, vuoi dalla eccezione sollevata dalla controparte, della necessità di sanare il vizio di assistenza tecnica.

¹⁰ F. AULETTA, *op. cit.*, p. 225; BALENA, *op. cit.*, p. 12.

decisione collegiale). Ciò significa che il *thema decidendum*, salvo l'esercizio dello *ius variandi* suscettibile di tradursi nella formulazione di domande complanari o incidentali nella prima memoria, rimane sostanzialmente fissato dalle domande proposte negli atti introduttivi, senza possibilità di ulteriori allargamenti oggettuali nel caso di passaggio al rito ordinario.

9. (segue) E onere di contestazione dei fatti allegati dall'attore.

Secondo una tesi liberale, suffragata dalla lettera della legge, il convenuto può contestare i fatti allegati dall'attore anche in udienza in assenza di divieti o di preclusioni espresse¹¹.

Secondo una tesi meno liberale¹² il convenuto andrebbe incontro alla decadenza dal potere di contestare i fatti allegati dall'attore già dopo il termine per la costituzione tempestiva.

Secondo questa ultima tesi, in particolare, dovrebbe valere per il rito semplificato quanto una parte della giurisprudenza predica per il rito del lavoro. Vale a dire che la contestazione specifica dei fatti allegati dall'attore debba essere fatta dal convenuto a pena di decadenza nella memoria difensiva tempestivamente depositata ai sensi dell'art. 416. Non sarebbe possibile contestare i fatti, per la prima volta, in udienza.

Dissentiamo dalla giurisprudenza del lavoro invocata a rinsaldo di tale interpretazione rigorista.

Secondo l'interpretazione data da C. Cost. n. 13 del 1977 al combinato disposto degli artt. 414 e 420 c.p.c., alla insegna del principio di parità delle armi, nel rito del lavoro l'attore incontra già con l'atto introduttivo la preclusione alla produzione di documenti e alla indicazione di prove. L'attore, pertanto, è tenuto a "vuotare il sacco" fin da subito e ad offrire tutte le sue prove ancora prima di sapere se i fatti saranno contestati oppure no dal convenuto. La contestazione "tardiva" del convenuto, fatta in udienza, ne consegue, non dovrebbe cogliere alla sprovvista l'attore. Avrà solo l'effetto di costringere il giudice a svolgere la istruttoria sui fatti contestati. Cioè a valutare ammissibilità, rilevanza e attendibilità delle prove che l'attore abbia offerto.

Nel nuovo rito semplificato, invece, né l'attore né il convenuto sono tenuti a produrre documenti e indicare prove con gli atti introduttivi a pena di decadenza. L'attore dovrà dunque essere pronto a fornire le prove alla udienza e il convenuto, che si costituisca tardivamente, potrà contestare i fatti allegati dall'attore. Opinare altrimenti significherebbe trattare la costituzione tardiva del convenuto come ammissione dei fatti costitutivi. Ma così non può essere, dato che il convenuto, quantunque costituito tardivamente, potrà sempre allegare quanto meno i fatti che fondino eccezioni in senso lato. E se tale potere di allegazione sussiste in ordine a fatti principali, non potrebbe negarsi il potere di allegare (e provare) fatti secondari, idonei a provare la inesistenza dei fatti principali costitutivi allegati dall'attore.

10. Preclusioni che scattano alla prima udienza.

Per quanto concerne la produzione di documenti e la formulazione di istanze di prova costituenda, l'art. 281-*undecies* prevede che il convenuto "deve indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione", però non dice "a pena di decadenza".

¹¹ In tal senso, A. CARRATTA, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. it.*, 2023, p. 697 ss., in part. P. 704.

¹² A. MOTTO, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *Judicium*, 2023.

Dunque, tanto per l'attore quanto per il convenuto la barriera preclusiva per le prove scatterà alla prima udienza¹³.

Sempre a pena di decadenza l'attore dovrà: (i) chiedere di essere autorizzato alla chiamata in causa del terzo, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto (es. vero obbligato; terzo pretendente); (ii) proporre le contro-eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni del convenuto; (iii) modificare o precisare domande, eccezioni e conclusioni già proposte.

L'art. 281-*duodecies* tace sulla *reconventio reconventionis* dell'attore a fronte della domanda riconvenzionale del convenuto.

Un autore¹⁴ reputa che tale silenzio equivalga a un divieto: *ubi tacuit noluit*.

Dissentiamo da tale impostazione. Non avrebbe senso imporre la disarticolazione del processo, tenuto conto che se la *reconventio reconventionis* fosse proposta in via autonoma, in un separato processo, questo potrebbe essere riunito al primo e, in base all'art. 40 c.p.c., tutte le cause cumulate continuerebbero ad essere regolate dal rito semplificato "attraente".

Occorre poi tenere conto del *dictum* di C. Cost. 253 del 26 novembre 2020, che dichiarò la illegittimità costituzionale dell'art. 702-*ter* c.p.c., nella parte in cui imponeva il rigetto per inammissibilità della domanda riconvenzionale (nel caso, la impugnativa di un testamento) ove non soggetta a decisione del tribunale in composizione monocratica, rilevato che "nel prevedere in ogni caso, ossia a prescindere dal tipo di connessione sussistente tra la causa riconvenzionale e quella principale, la declaratoria di inammissibilità della prima, ove demandata alla cognizione del tribunale in composizione collegiale, pone una conseguenza sproporzionata e, quindi, irragionevole ex art. 3 Cost., rispetto al pur legittimo scopo perseguito dal legislatore".

11. L'appendice di trattazione scritta e il "giustificato motivo".

L'art. 281-*duodecies*, comma 4°, contempla la possibilità di una mini-trattazione scritta, con due sole memorie per parte: una memoria emendatrice e istruttoria a prova diretta e l'altra di replica e a prova contraria. Come del resto avviene nella gran parte dei processi arbitrali, anche complessi.

La concessione dei termini per le due memorie (e si tratta di termini perentori ma che per espressa previsione normativa possono essere abbreviati dal giudice: al massimo 20 giorni + 10 giorni) è subordinata a due condizioni: a) istanza di parte; b) giustificato motivo.

E a tal proposito la Sezione X del Tribunale di Milano ha già fatto sapere, con un comunicato che ha ricevuto ampia eco, che interpreterà in senso lato la locuzione "giustificato motivo" per salvaguardare il diritto di difesa.

Tale manifesto liberale lascia un po' il tempo che trova, a onore del vero. Prima di dichiararsi inclini a una interpretazione estensiva bisognerebbe chiedersi quale sia il nucleo significante della norma.

¹³ In tal senso, a proposito del rito sommario, già Cass., 7 gennaio 2021, n. 46: "Al pari che nel rito ordinario, ove non è prevista nessuna immediata decadenza per la mancata indicazione dei mezzi di prova negli atti introduttivi del giudizio, stante le ulteriori facoltà di deduzioni istruttorie consentite nella fase della trattazione (Cass. 15 luglio 2011, n. 15691; Cass. 10 gennaio 2012, n. 81), nemmeno l'art. 702-bis c.p.c. sancisce, infatti, alcuna preclusione istruttoria".

¹⁴ A. MOTTO, *op. cit.*

Scrivo, peraltro giustamente, Menchini¹⁵: “Nessun avvocato di esperienza e di buon senso, credo, si avventurerà nei meandri di un rito, nel quale l’esercizio dello *ius variandi* è rimesso alla valutazione (più o meno discrezionale) del giudice circa la sussistenza di un giustificato motivo”. Ma appunto dubbio, lasciato all’interprete, e così alla incertezza a sua volta, è il significato della locuzione “giustificato motivo”.

Quando, allora, la propaggine scritta sarà “giustificata”?

Anzitutto, “può concedere” va letto come “deve concedere”. Si tratta infatti di un potere-dovere del giudice, subordinato al riscontro della sussistenza di un giustificato motivo. Ebbene, direi con sicurezza che i termini per le due memorie dovranno essere concessi ogni qual volta, alla udienza, si verifichino dei “*nova*”. Delle sopravvenienze, anche meramente dettate dallo sviluppo della dialettica processuale, che giustifichino l’esercizio di poteri difensivi che la parte non avrebbe potuto esercitare in precedenza, allo stato degli atti introduttivi. Ed in questo senso, profonda è la differenza tra la nozione di giustificato motivo e la nozione di causa non imputabile, alla base dell’istituto della rimessione nei termini per l’esercizio di un potere da cui una parte sia incolpevolmente decaduta.

L’art. 281-*duodecies*, comma 4°, invece, disciplina l’ipotesi in cui la parte ha ancora la possibilità e l’onere, secondo autoresponsabilità, di esercitare il potere, ma può giovare, se lo richieda, di una estensione del termine decadenziale, per non essere costretta a esercitarlo *illico et immediate*, in quella stessa udienza.

Sulla base di questo criterio discrezionale, proviamo a formulare alcune ipotesi casistiche.

A) Costituzione tardiva e contestazione dei fatti costitutivi in udienza.

Questo è un caso in cui non sorprenderebbe se la giurisprudenza, magari più severa, giungesse a negare la sussistenza del giustificato motivo. Per attore e convenuto, infatti, l’udienza sarà di regola l’ultimo momento utile per dedurre le prove. Inoltre, neppure la riforma del 2022 ha inteso attribuire alla mancata costituzione del convenuto il valore di *ficta confessio*. L’attore, ne consegue, non potrebbe riporre alcuna *reliance* nel fatto che, nei dieci giorni prima della udienza, il convenuto non si sia costituito, per ritenersi esonerato dall’impegno asseverativo. La contestazione “tardiva” dei fatti costitutivi, proveniente dal convenuto che compaia e si costituisca per la prima volta in udienza, non potrà mai giungere come fulmine a ciel sereno. L’attore non potrà legittimamente affermare di non essere pronto a dare la prova dei fatti costitutivi che aveva posto a fondamento della sua domanda. L’attore doveva già essere pronto a fornire la prova di tali fatti.

E lo stesso varrà per il convenuto, in relazione ai fatti dal medesimo allegati e su cui si fondano le sue domande riconvenzionali ed eccezioni.

B) Produzione di prove alla udienza.

Questa ipotesi, che potrà manifestarsi con una certa qual frequenza, è diversa da quella che precede. Si assume che l’attore o il convenuto, senza averle indicate in precedenza negli atti introduttivi, producano nuovi documenti o formulino istanze di prova costituenda.

¹⁵ S. MENCHINI(-E. MERLIN), *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al Tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 581.

Ciascuna parte avrà interesse ad esercitare il suo diritto di fornire prova contraria.

E poiché tale potere non avrebbe potuto essere esercitato prima, vi sarà un giustificato motivo oggettivo per ottenere i termini per le memorie istruttorie.

Dissentiamo, invece, dalla opinione secondo la quale un giustificato motivo per concedere i termini per le memorie sarebbe dato anche dalla difficoltà di procedere “in udienza alla produzione in forma telematica di un documento”¹⁶.

A parte che la disciplina del processo telematico non vieta la produzione in forma cartacea di documenti alla udienza (del che si darà atto nel verbale telematico, con contestuale acquisizione della copia informatica del documento da parte del cancelliere; o, più spesso, autorizzazione alla parte a riprodurre nel fascicolo informatico il medesimo documento), non pare che la nozione giuridica di “giustificato motivo” oggettivo, possa essere insufflata da considerazioni di pura indole materiale.

C) Produzione di scritture private e disconoscimento della sottoscrizione. Produzione di atto pubblico e querela di falso.

Nel caso in cui una parte produca una scrittura privata in udienza, sarà onere dell'altra parte, se ne ha interesse, disconoscere la propria scrittura o sottoscrizione ai sensi dell'art. 214 c.p.c.

Ci si chiede se il potere di disconoscimento debba essere esercitato in quella stessa udienza a pena di decadenza. L'art. 215, n. 2, c.p.c. onera la parte costituita di disconoscere la scrittura nella prima udienza *successiva* alla produzione o nella prima *risposta successiva* alla produzione.

Ora, questo è un punto delicatissimo nella prospettiva del difensore.

Lo è perché, da un lato, nel rito semplificato non è richiesta la comparizione personale delle parti alla udienza. Il che rende impossibile, se il documento è prodotto in udienza, una verifica immediata della scrittura da parte dell'autore. Dall'altro lato, nella struttura del rito semplificato, non sono previste udienze successive né successivi scritti. Il tribunale, infatti, se ritiene la causa matura per la decisione, e questa è soggetta a decisione in composizione monocratica, “procede a norma dell'art. 281-sexies c.p.c.”. Indi fa precisare alle parti le conclusioni e ordina la discussione orale della causa.

E quindi per il difensore della parte nei confronti della quale la scrittura è utilizzata non avrà alternative, per non incorrere in decadenza, rispetto a formulare la istanza di concessione dei termini di cui all'art. 281-duodecies, comma 4°. A meno che non si reputi che qui debba essere attivato il presidio offerto dall'art. 101, comma 2°, prima parte, c.p.c., a mente del quale “il giudice assicura il rispetto del contraddittorio”, e che, al fine di consentire l'esercizio del potere di disconoscimento, il giudice debba disporre il rinvio della udienza, e sempre che vi sia una istanza in tale senso.

Analoghe esigenze di adattamento saranno necessarie nel caso in cui una parte produca in udienza un atto pubblico.

Posto che la querela, tanto in via principale quanto in via incidentale, deve essere proposta personalmente dalla parte o a mezzo di un procuratore speciale (art. 221, comma 2°), il difensore della parte, nei cui confronti l'atto pubblico sia invocato, dovrà chiedere la fissazione di una udienza successiva, oppure la concessione dei termini di cui all'art. 281-duodecies, comma 4°, per avere la

¹⁶ Così B. GAMBINERI, *Il procedimento semplificato di cognizione (o meglio il “nuovo” processo di cognizione di primo grado)*, in *Questione Giustizia*, 2023, p. 67 ss., p. 84.

opportunità di conferire con la parte ed, eventualmente, raccoglierne il potere di querela. Se poi la querela sia proposta, si renderà necessaria la fissazione di una nuova udienza al fine di interpellare la parte che ha prodotto il documento circa la sua volontà di avvalersene, ai sensi dell'art. 222 c.p.c.

D) *Reconventio reconventionis.*

Supponiamo ora che l'attore agisca per l'adempimento. Il convenuto tempestivamente costituito formula una domanda riconvenzionale di accertamento della nullità del contratto o di annullamento per vizio del consenso. L'attore, alla udienza, formula una subordinata domanda di condanna alle restituzioni. Oppure di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale.

Le domande nuove dell'attore rappresentano per il convenuto altrettanti "giustificati motivi" per ampliare lo *spatium deliberandi* funzionale all'esercizio del diritto di difesa, per difendersi sulle cause nuove cumulate.

12. Mancata concessione dei termini per le memorie scritte. Conseguenze.

Cosa accadrà se la parte chiede i termini e il giudice non li concede nonostante il giustificato motivo? Si avrà un *error in procedendo*, una nullità del procedimento, suscettibile di convertirsi in motivo di impugnazione della sentenza (questa la forma del provvedimento che definisce la causa nel rito semplificato, *ex art. 281-terdecies*) ai sensi dell'art. 161, comma 1°, c.p.c.

Ed ecco il punto cruciale: la parte dovrà dimostrare di avere subito una lesione in concreto del suo diritto di difesa o sarà sufficiente allegare che, a fronte di obiettivi *nova*, la parte aveva diritto ai termini per le memorie scritte?

In base al *dictum* di Cass., sez. un., 36596 del 25 novembre 2021 la nullità degli atti processuali è *in re ipsa*: la parte che se ne duole non deve dimostrare di aver subito un pregiudizio effettivo.

Questo del "giustificato motivo" rimane, obiettivamente, uno degli snodi peggiori riusciti del nuovo rito semplificato. Rimane infatti il dubbio se con tale locuzione il legislatore abbia voluto dare rilevanza anche alla «impossibilità soggettiva» della parte di approntare una adeguata difesa.

Nel rito del lavoro, dove la modificazione di domande, eccezioni e conclusioni è subordinata alla autorizzazione del giudice e alla sussistenza di "*gravi motivi*", questa interpretazione gode della autorità di Tarzia-Dittrich e Montesano-Vaccarella. Tuttavia, così argomentando, il concetto di "*gravi motivi*" finisce per sovrapporsi a quello di causa non imputabile, ai sensi dell'art. 153, co. II, c.p.c.

In ogni caso, rimane una sostanziale differenza: i gravi motivi, nel rito del lavoro, devono sussistere affinché la parte possa esercitare un potere che le sarebbe altrimenti precluso. Nel rito semplificato, il "giustificato motivo" è condizione non già di attribuzione di un potere, ma di estensione dei termini per l'esercizio di un potere che già spetta alla parte.

13. Ammissibilità delle ordinanze *ex artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.* nel rito semplificato.

Le due nuove ordinanze definitorie sono a mio parere compatibili con il nuovo rito semplificato.

Chi lo nega, sostiene che la opzione dell'attore per un rito meno "processionale" già paga a sufficienza. E ancora, si fa forte di un elemento testuale, quale il richiamo alla prima udienza *ex art. 183*, che campeggia nell'art. 183-*quater*. Eppure, questi argomenti non appaiono davvero insormontabili. Occorre tenere presente che gli artt. 183-*ter* e 183-*quater* disegnano una nuova tipologia di tutela

giurisdizionale: alle tradizionali tutele meritali di cognizione si affianca la nuova tutela meritale provvisoria, non cautelare, con attitudine esecutiva. Se si pensa, poi, che anche cause complesse sono suscettibili di essere introdotte (e financo trattate) col rito semplificato, non vi è davvero ragione per escludere che l'attore, e vieppiù il convenuto, che non è artefice della scelta del rito, possano optare di giovare della nuova tutela in corso di causa.

Marcello Stella

Associato dell'Università degli studi di Napoli Federico II



LELIO DELLA PIETRA

Focus sul d.m. 7 agosto 2023, n. 110¹

Dopo la sintetica illustrazione delle norme, e la risoluzione di alcuni problemi (nel senso dell'esclusione della condanna ex art. 96 c.p.c. e della non interferenza tra la valutazione della chiarezza e sinteticità ai fini delle spese e le regole che ordinariamente presidiano alla loro liquidazione), l'autore offre una particolare prospettiva del d.m. 110/2023 quale strumento offerto agli avvocati, con la collaborazione del giudice, per una riflessione sulle modalità di redazione degli atti difensivi e la loro modernizzazione in vista dell'efficienza del servizio giustizia.

After the concise illustration of the rules, and the resolution of some problems (in the sense of the exclusion of condemnation under Article 96 c.p.c. and the non-interference between the assessment of clarity and conciseness for the purposes of costs and the rules that ordinarily preside over their liquidation), the author offers a particular perspective of Ministerial Decree 110/2023 as a tool offered to lawyers, with the collaboration of the judge, for a reflection on the way defense documents are drafted and their modernization in view of the efficiency of the justice service.

Sommario: 1. Tra scelte drastiche del processo amministrativo e temperate per il processo civile – 2. Per un auspicabile impiego del d.m. in esame – 3. In schematica sintesi degli artt. 1-7 – 4. Due annotazioni - 5. Esclusione della condanna ex art. 96 c.p.c. per scarsa chiarezza, poca sinteticità, violazione delle prescrizioni del d.m. - 6. La valutazione in punto di spese (e non la condanna alle spese) – 7. Non traffichiamo più con vuote parole!

1. Tra scelte *drastiche* del processo amministrativo e *temperate* per il processo civile

Il futuro, può darsi: *“rilevato, d’ufficio, che l’appello [...] al netto delle parti escluse [...] consta di 100.846 caratteri (spazi esclusi), cui si aggiungono i 6.917 caratteri della ‘premessa’ (questi ultimi rilevanti per la parte eccedente i 4.000 caratteri consentiti [...]), dunque per un totale di caratteri computabili pari a 103.763: sicché l’atto processuale in esame eccede di 33.763 caratteri il limite dimensionale [...]”*, sono inammissibili le misure cautelari monocratiche *“contenute nelle pagine finali dell’atto di appello, ossia in quelle che certamente eccedono il relativo limite dimensionale normativamente stabilito”*.

Si tratta di un decreto del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana² che, fatte un po' di *misurazioni*, ha dato rigorosa applicazione all'art. 13 *ter*, 5° comma, del codice

¹ Conversazione tenuta il 21 novembre 2023 presso la Scuola Superiore della Magistratura nell'ambito del corso *“La riforma del processo civile: un anno dopo”*.

² Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, decreto n. 104 del 4.4.2023. Lo si può leggere su <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/2833-leccesso-di-lunghezza-degli-atti->

del processo amministrativo³, e al decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22.12.2016 contenente la disciplina dei *“criteri di redazione e i limiti dimensionali dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel processo amministrativo”*. A monte della grave sanzione si può ovviamente rinvenire l’art. 3, 2° comma, c.p.a. per il quale *“il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione”*.

Messa da parte la radicalizzazione delle scelte fatte per quella particolare giurisdizione, dopo il d.m. 7.8.2023 n. 110 nel processo civile tutti - avvocati e giudici - dovremmo munirci di calcolatore: si rischia, per i primi, e può essere data, dai secondi, una decisione sfavorevole sulle spese!

2. Per un auspicabile impiego del d.m. in esame

In anticipo sulla conclusione: se le prescrizioni ministeriali torneranno utili all’implemento dell’informatizzazione del processo civile lo dirà il tempo⁴; che da subito serviranno all’attuazione del giusto processo regolato dalla legge (art. 111, 1° comma, Cost.), perseguendone la ragionevole durata (art. 111, 2° comma, Cost.), contribuendo alla sinteticità e chiarezza degli atti di parte e del giudice secondo le indicazioni dell’art. 121 c.p.c., al momento è da dubitarne; che, sia pure attraverso pronunce sulle spese che all’inizio (e come già è avvenuto) produrranno molto rumore, quelle prescrizioni possano agevolare un ripensamento della scrittura degli atti difensivi (e dei provvedimenti del giudice), è la

[processuali-e-laccetta-del-giudice-nota-a-cgars-sez-giur-4-aprile-2023-n-104](#), con nota di A. CRISMANI, *L’eccesso di lunghezza degli atti processuali e l’acchetta del Giudice (nota a CGARS, Sez. giur., 4 aprile 2023, n. 104)*.

³ La disposizione recita che *“il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L’omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione”*. Muovendo dal *“vecchio adagio secondo il quale la sintesi è l’anima dell’intelligenza, mentre la prolissità l’orpello!”*, I. IMPASTATO, *“Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole e più non dimandare”*; la *scura del giudice amministrativo sui “limiti dimensionali di sinteticità” degli atti processuali di parte (e sul diritto di difesa)*, in <https://www.judiciuim.it/wp-content/uploads/2021/04/Ignazio-Impastato.pdf>, svolge una documentata disamina del *“limite dimensionale di sinteticità”*, pone l’accento sulla *“scura della mannaia del giudice amministrativo”*, prospetta *de iure condendo* *“alcuni temperamenti alla nuova regola aurea processualis, del melius deficere quam abundare”*.

⁴ Secondo A. CIRIELLO, *Commento a prima lettura del Regolamento (D.m. n. 110/2023) sui criteri di redazione, limiti e schemi informatici degli atti giudiziari nel processo civile*, in <https://giustiziavivile.com/arbitrato-e-processo-civile/approfondimenti/commento-prima-lettura-del-regolamento-dm-n-1102023-sui->, lo scopo è quello di *“favorire automatismi che, sfruttando l’obbligatorietà del deposito telematico degli atti di parte e del giudice (frutto della medesima riforma), facciano confluire nei registri del processo [...] informazioni strutturate, in vista di una compilazione agevolata dell’atto tramite strumenti informatici nonché di una gestione efficace di tali informazioni”*. Secondo l’a. *“proprio sulle modalità di predisposizione degli schemi informatici e sulle caratteristiche della loro compilazione (o auto compilazione), si gioca la partita della modernizzazione della giustizia. Più sarà in grado il Ministero della Giustizia, di individuare modalità per raccogliere e rendere obbligatoria (o meglio ancora, automatica) la compilazione di schemi che rispecchino i criteri di redazione (con la collaborazione degli avvocati e con metodi moderni), più sarà realizzato il precetto normativo che pone la gestione consapevole delle informazioni a presidio dell’efficienza”*.

prospettiva alla quale avvocati e magistrati devono obbligatoriamente tendere, e non dovrebbero farlo ...per decreto⁵.

3. In schematica sintesi degli artt. 1-7

Il “regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informativi degli atti giudiziari [...] ai sensi dell’art. 46” disp. att. c.p.c., al fine di “favorire la chiarezza e sinteticità degli atti processuali”⁶, e con promessa che l’ignoranza dei “criteri di redazione e limiti dimensionali” giammai darà luogo a “inammissibilità o invalidità dell’atto giudiziario”, stabilisce i limiti dimensionali degli atti giudiziari (art. 3)⁷, imponendoli ai giudizi di valore inferiore a € 500.000 (art. 1)⁸; fissa i criteri di redazione degli atti processuali delle parti private

⁵ Prendendo a prestito, ma volgendo al contrario l’intervento di F. SAITTA, *Rito appalti e dovere di sinteticità: gli atti difensivi <<obesi>> esistono, ma la dieta ...è sbagliata*, in <https://www.amministrativisti.it/2015/07/21/rito-appalti-dovere-sinteticita-gli-atti-difensivi-obesi-esistono-dieta-sbagliata/>, si sosterrà alla fine che, se è vero gli scritti difensivi obesi esistono, la dieta non è del tutto errata.

⁶ Così si legge nella premessa del Decreto del Ministro della Giustizia n. 110 del 7.8.2023, in G.U. 11.8.2023.

⁷ Art. 3. *Limiti dimensionali degli atti processuali*: citazione/ricorso/comparsa di risposta/memoria difensiva/atti di intervento e chiamata di terzi in causa/comparsa e note conclusionali/atti introduttivi dei giudizi di impugnazione = 80.000 caratteri, circa 40 pagine, spazi esclusi; memorie/repliche/in genere gli altri atti del giudizio = 50.000 caratteri, circa 26 pagine, spazi esclusi; note ex art. 127 ter c.p.c. = 10.000 caratteri, circa 5 pagine, sempre spazi esclusi, se con esse non debbano illustrarsi attività difensive possibili soltanto in udienza, come, ad esempio, la proposizione alla prima udienza che dovesse essere sostituita dallo scritto di una *reconventio reconventionis* dell’attore.

⁸ Art. 1. *Oggetto* “Il presente decreto stabilisce i criteri di redazione e regola gli schemi informatici degli atti del processo civile, con la strutturazione dei campi necessari per l’inserimento delle informazioni nei registri del processo. Stabilisce altresì i limiti dimensionali degli atti del processo civile per le cause di valore inferiore a euro 500.000”.

e del Pubblico Ministero (art. 2)⁹; segnala le ipotesi di esclusione dei limiti (art. 4)¹⁰, e quelle in cui è consentito derogarvi (art. 5)¹¹, si occupa di caratteri, che devono essere di tipo corrente, interlinea 1,5, margini orizzontali e verticali di 2,5 cm, e bandisce le note che non contengano precedenti giurisprudenziali e riferimenti di dottrina (art. 6)¹².

⁹ I numeri devono applicarsi ai contenuti, e quindi citazioni, ricorsi, comparse di risposta, memorie difensive, controricorsi, atti di intervento, gli atti cioè con i quali si inizia o si entra in un giudizio, e gli altri atti del processo previa verifica di compatibilità, dovranno essere articolati seguendo la struttura analiticamente schematizzata nella disposizione. Rispetto all'elenco dettagliato (nel 1° comma dell'art. 2) sembra difficile che ordinariamente manchino o siano male esposti i requisiti delle lettere a) (*"intestazione, contenente l'indicazione dell'ufficio giudiziario davanti al quale la domanda è proposta e della tipologia dell'atto"*), b) (*"parti, comprensive di tutte le indicazioni richieste dalla legge"*), d) (*"nelle impugnazioni, estremi del provvedimento impugnato con l'indicazione dell'autorità giudiziaria che lo ha emesso, la data della pubblicazione e dell'eventuale notifica"*), e) (*"esposizione distinta e specifica, in parti dell'atto separate e rubricate, dei fatti e dei motivi in diritto, nonché, quanto alle impugnazioni, individuazione dei capi della decisione impugnati ed esposizione dei motivi"*), g) (*"con riguardo ai motivi di diritto, esposizione delle eventuali questioni pregiudiziali e preliminari e di quelle di merito, con indicazione delle norme di legge e dei precedenti giurisprudenziali che si assumono rilevanti"*), h) (*"conclusioni, con indicazione distinta di ciascuna questione pregiudiziale, preliminare e di merito e delle eventuali subordinate"*), l) (*"valore della controversia"*), m) (*"richiesta di distrazione delle spese"*), n) (*"indicazione del provvedimento di ammissione al patrocinio dello Stato"*). Quanto alle parole chiave [che in numero massimo di 20 individuino l'oggetto del giudizio, lett. c)], queste torneranno utili (a monte) per controllare rapidamente il corretto instradamento della causa alla sezione dell'ufficio giudiziario destinata per materia a conoscerla, e (a valle) per il tracciamento informatico della fattispecie. Il riferimento ai documenti, infine, dovrà essere *"puntuale"*, ed essi devono essere indicati in ordine numerico progressivo e denominati in modo corrispondente al loro contenuto, preferibilmente consultabile con apposito collegamento ipertestuale, sia nella parte in fatto [lett. f)], che dopo le conclusioni e l'indicazione specifica dei mezzi di prova [lett. i)].

¹⁰ Quasi tutti gli indicati elementi - tranne quelli alle lett. e), f) e g) - non entreranno nel conteggio dei limiti dimensionali dell'art. 3, dai quali saranno esclusi anche l'indice e la sintesi, *"le indicazioni, le dichiarazioni e gli avvertimenti previsti dalla legge"*, data, luogo, sottoscrizioni di parti e difensori, relazioni di notifica (e relative richieste e dichiarazioni), i riferimenti giurisprudenziali (ma non quelli di dottrina) contenuti in nota. In 80.000, 50.000, 10.000 caratteri, insomma, andranno compendiate l'illustrazione dei fatti e la loro sussunzione nelle regole di diritto [art. 2, lett. e)], la parte in fatto con i documenti *"offerti in comunicazione"* [lett. f)], l'ordinata enunciazione delle questioni pregiudiziali, preliminari e di merito che deve rientrare tra i motivi di diritto [lett. g)]. Gli avvocati, invece, potranno dilungarsi a piacere nelle conclusioni [lett. h)] e, alla fine dell'atto, nell'indicazioni di prove e documenti [lett. i)].

¹¹ Per controversie che presentino *"questioni di particolare complessità, anche in ragione della tipologia, del valore, del numero delle parti o della natura degli interessi coinvolti"*, attestati dal difensore cui viene chiesto di esporre *"sinteticamente nell'atto le ragioni per le quali si è reso necessario il superamento dei limiti"* (art. 5, 1° comma), e inserire dopo l'intestazione un indice, *"preferibilmente con collegamenti ipertestuali"*, e una *"breve sintesi del contenuto dell'atto"* (art. 5, 2° comma); in caso di *"proposizione di una domanda riconvenzionale, di una chiamata di terzo, di un atto di integrazione del contraddittorio, di un atto di riassunzione o di un'impugnazione incidentale"* (art. 5, 3° comma). Si presenta non sopraffina la tecnica di redazione del 3° comma, visto che nessuno si sognerebbe di *proporre* una chiamata in causa, l'integrazione del contraddittorio non si *propone*, tantomeno si *propone* la riassunzione. L'intenzione del Ministro, comunque, dovrebbe essere stata quella di applicare l'eccezione dimensionale ai giudizi nei quali si è verificata un'estensione oggettiva o soggettiva per effetto delle attività così malamente descritte nella disposizione.

¹² La storia del carattere è nota. Nasce dall'esigenza della scannerizzazione, di più facile esecuzione con caratteri che lo scanner riconosce; vede una prima puntualizzazione nel D.P.C.S. 167/2016, che all'art. 8 (*Specifiche tecniche*) segnala la necessità di utilizzare *"caratteri di tipo corrente e di agevole lettura (ad es. Times New Roman, Courier, Garamond)"*; perde prescrittibilità con il d.m. in esame laddove si è deciso di invitare all'uso di *"caratteri di tipo corrente"*. Quanto alle note, quelle che contengono riferimenti di giurisprudenza sfuggiranno ai calcoli dimensionali di certo quanto ai dati identificativi del precedente, mentre non credo che dal conteggio possano escludersi la trascrizione della massima o di intere parti della motivazione; la dottrina descritta in nota, invece, entrerà a far parte del conteggio dimensionale.

Anche il giudice - non quello che fa la somma dei caratteri al netto delle esclusioni, vigila sulle loro dimensioni, sull'interlinea e i margini, confronta l'atto di parte con lo schema delineato in astratto dal d.m. - è tenuto (art. 7, 1° comma) al rispetto delle linee redazionali dell'art. 2, e degli elementi di scrittura dell'art. 6 compatibili con i provvedimenti che è chiamato a rendere, parametrata la dimensione dei suoi atti e dei provvedimenti *"alla complessità della controversia, anche in ragione della tipologia, del valore, del numero delle parti o della natura degli interessi coinvolti"* (2° comma), dovrebbe prestare attenzione a redigere i provvedimenti soggetti a impugnazione per *"capi separati e numerati"* (3° comma).

A onor del vero il richiamo all'art. 2 del d.m. appare nella sostanza superfluo, visto che i requisiti di contenuto della sentenza sono prescritti dall'art. 132 c.p.c., ed è difficile immaginare che tutti gli elementi enumerati nel decreto ministeriale possano entrare a far parte dell'ordinanza succintamente motivata (art. 134 c.p.c.), o dell'ancor più *ristretto* decreto (art. 135 c.p.c.); può avere senso (di abitudine alla lettura e inserimento nei *database* informatici) l'equiparazione tra atti dell'avvocato e atti del giudice nei caratteri, dimensioni dei caratteri e dimensioni della pagina (interlinea e margini); è raro trovarsi davanti a provvedimenti impugnabili scritti *...tutti di un fiato*, dall'inizio alla fine senza quelle partizioni (di capi e numeri) oggi imposte per decreto.

Aggiungo che è noto che oltre a essere anche il giudice sottoposto alla chiarezza e sinteticità dell'art. 121 c.p.c.¹³, chiarezza e sinteticità dei provvedimenti rientrano tra gli indicatori della valutazione periodica del magistrato ai fini dell'avanzamento di carriera¹⁴, e che, al massimo grado, la motivazione assente o apparente è considerata illecito disciplinare¹⁵.

Dell'art. 7 del d.m., allora, probabilmente non v'era alcun bisogno, se non per una sorta di *simmetria della prescrizione* tra avvocati e magistrati. I primi si sarebbero adombrati a non leggere uguale precetto indirizzato ai secondi, ben sapendo, però, che qualunque *comandamento* dato al giudice avrà scarso riflesso sul processo e sulla pronuncia finale.

4. Due annotazioni

Il richiamo diretto che l'art. 1 effettua ai limiti dimensionali, e alla facoltà di non tenerne conto nelle cause di valore almeno pari a € 500,000, se garantisce la libertà di lunghezza agli atti che

¹³ E se, come anche si è sostenuto (F. FESTI, *Chiarezza e sinteticità nella Riforma Cartabia*, in www.giurisprudenzamodenese.it, 2023, § 3), il giudice avrebbe la facoltà e non l'obbligo di rispettare il canone della sintesi (il che, secondo l'a., spiegherebbe perché nell'art. 121 c.p.c. si sia scelto di usare *"sono redatti"*, anziché devono essere redatti), a presidio della prescrizione di sinteticità del magistrato resterebbero le disposizioni, anteriori alla riforma, degli artt. 132 e 134 c.p.c. e dell'art. 118 disp. att. c.p.c.

¹⁴ Circolare del C.S.M. n. 20691 dell'8.10.2007.

¹⁵ Art. 2, comma 1, lett. l), d. lgs. 23.2.2006 n. 109.

entreranno a far parte di giudizi di tale rilevanza, non li esenta dal rispetto delle altre prescrizioni (chiarezza espositiva, strutturazione seguendo i criteri di redazione dell'art. 2, griglia di caratteri e margini prevista dall'art. 6), e non solleva i difensori dalle conseguenze in punto di spese.

Inoltre, per cause complesse di valore inferiore a € 500.000 sarà il difensore a esporre, sinteticamente è ovvio, le ragioni del superamento del limite, ma la disposizione non prevede un sindacato preventivo del giudice sulla ragionevolezza della dichiarazione del difensore.

Se, però, a scrivere tanto fosse sufficiente l'esposizione di motivi anche fittizi, l'esposizione si trasformerebbe in una dichiarazione routinaria che, seppure per cautelarsi dalla decisione in ordine alle spese, ogni difensore inserirebbe prescindendone dalla necessità; se, invece, e come è probabile che l'abbia pensata il Ministro, la dichiarazione - o meglio, la sua correttezza - fosse apprezzata dal giudice soltanto al momento della liquidazione delle spese, il giudizio verrebbe a comporsi di atti lunghi per affermazione non controllabile delle parti, che, dal canto loro, avendo fatto affidamento su di essa si troverebbero esposte poi a un inatteso provvedimento punitivo.

Si potrebbe ritenere, allora, che ai controlli prescritti dall'art. 171 *bis* c.p.c. il giudice ne aggiunga uno normativamente non previsto, e dunque che possa disconoscere il fondamento delle ragioni del difensore che, da quel momento - senza cioè efficacia retroattiva - sarà impegnato a rientrare nei limiti, o a essere più chiaro e preciso, pena le spese¹⁶.

5. Esclusione della condanna ex art. 96 c.p.c. per scarsa chiarezza, poca sinteticità, violazione delle prescrizioni del d.m.

Muovendo dalla premessa che in uno o più dei tanti scritti che costellano il processo civile l'avvocato abbia disatteso i criteri ministeriali, e che il giudice ritenga di doversi avvalere della facoltà accordatagli dall'art. 46, 6° comma, disp. att. c.p.c. di far pesare nella decisione *“sulle spese del processo” “il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informativo e dei criteri e limiti di redazione dell'atto [...]”*, va subito risolto un dubbio: le spese sì, ma non la responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c.

¹⁶ Nel parere depositato il 31.7.2023 la Sezione Consultiva per gli Atti normativi del Consiglio di Stato sembra escludere il preventivo intervento del giudice sulla giustificazione del legale: *“l'Amministrazione ha operato la scelta di rimettere alla responsabilità del difensore la facoltà di superare il limite dimensionale, imponendogli solo, in tal caso, un obbligo di sintetica motivazione. Con ciò non ha accolto la richiesta del CSM che fosse il giudice ad autorizzare preventivamente la deroga al limite dimensionale degli atti, in analogia a quanto già previsto, per il processo amministrativo, nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato attuativo dell'art. 13-ter disp. att. c.p.a. A ciò si aggiunge quanto previsto al comma 2, ove una serie di eventi processuali sono fin d'ora espressamente richiamati quale causa di giustificazione del 'ragionevole' superamento dei limiti, in tal senso indirizzando il giudice chiamato a valutare - sia pure, come detto, solo al fine della liquidazione delle spese processuali - la congruità della deroga operata dalla parte”*.

Senza andare alle scelte, come visto estreme, del giudizio amministrativo¹⁷, è vero che per l'inesigibilità dello sforzo di selezione e ricerca di ciò che rilevasse ai fini della decisione, Cass. 13.2.2023 n. 4300 ha posto la grave sanzione a carico del soccombente che si era dilungato *"in una contorta esposizione delle vicende processuali, frammista a continue e incidentali proprie valutazioni, intersecate da stralci della motivazione della sentenza di primo grado e in specie di secondo grado, ritenendo di dover informare la Corte di ogni più infinitesimale dettaglio, ma finendo così per rendere incomprensibile la vicenda processuale [...]"*¹⁸.

E' altresì certo, però, che per passare dall'ipotesi di *confusione ...in ricorso*, sfociata nell'inammissibilità dell'impugnazione, alla condanna ex art. 96, 3° comma, c.p.c. a ragione del mancato rispetto dei criteri di redazione, dei limiti dimensionali, di caratteri, interlinea, margini e note non limitate alla giurisprudenza e alla dottrina, sarebbe necessario anzitutto ricondurre l'assenza di quei requisiti alla temerarietà della lite o almeno all'abuso del processo.

In secondo luogo, e per coloro che riconnettono anche alla fattispecie del 3° comma dell'art. 96 c.p.c. la sussistenza dell'elemento soggettivo previsto dai primi due commi¹⁹, occorrerebbe l'accertamento al minimo della *...colpa in scrittura*.

¹⁷ CdS 12.6.2017 n. 2852: *"l'art. 26, 2° comma, c.p.a. in tema di condanna pecuniaria per lite temeraria, contiene una previsione normativa di chiusura dell'ordinamento processuale amministrativo che consente di approntare, in via generale e residuale, un'adeguata reazione alla violazione del principio internazionale e costituzionale del giusto processo, ed è in particolare applicabile anche nel caso di violazione del dovere di sinteticità sancito dall'art. 3, 2° comma, strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo, a sua volta corollario del giusto processo, che assume una valenza peculiare nel giudizio amministrativo caratterizzato dal rilievo dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica"*.

¹⁸ Era *"incorso in un'eccessiva e sovrabbondante esposizione, avendo adottato al riguardo una tecnica che, da un lato, implica la lettura di una imponente massa di informazioni ai fini della decisione, e dall'altro rende conclusivamente impossibile un'adeguata focalizzazione dei fatti invece dirimenti, rendendo in modo inesigibile l'individuazione delle questioni alla Corte impropriamente investita della ricerca e della selezione di ciò che ha effettiva potenzialità incidente ai fini del decidere nel perimetro vasto e indifferenziato delle censure ipotizzate"*. Insomma, mancata osservanza del dovere di sinteticità e chiarezza - tirato fuori all'epoca direttamente dall'art. 3, 2° comma, c.p.a. - inammissibilità del ricorso *"incompatibile con un quadro ordinamentale che da una parte deve garantire l'accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti, e dall'altra, deve tenere conto del principio costituzionale di ragionevole durata del processo e, dunque, della conseguente necessità di strumenti dissuasivi rispetto a un ingiustificato sviamento del sistema processuale dai suoi fini istituzionali"*, applicazione d'ufficio dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., *"sanzione di tipo pubblicistico che non richiede l'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo e della colpa dell'agente ma unicamente quello della sua condotta processualmente abusiva nell'aver agito o resistito pretestuosamente"*, e condanna del soccombente in rito a una somma equitativamente determinata.

¹⁹ A favore della tesi per cui la condanna del 3° comma non è svincolata dalla sussistenza di un elemento psicologico almeno colposo di chi ha abusato del processo, Cass. 12.7.2023 n. 19948, Cass. 12.7.2020 n. 18745, Cass. 18.9.2019 n. 23319, Cass. 3.7.2019 n. 17814, Cass. 20.4.2018 n. 9912. Cass. 30.3.2018 n. 7901 critica apertamente la tesi opposta, cioè quella di applicazione d'ufficio di una sanzione di carattere pubblicistico, autonoma e indipendente rispetto alle ipotesi di responsabilità aggravata dei commi 1 e 2 dell'art. 96 c.p.c. portata da Cass. 21.11.2017 n. 27623 (dopo da Cass. 18.11.2019 n. 29812, Cass. 24.9.2020 n. 20018, Cass. 15.2.2021 n. 3830, fino a Cass. 13.2.2023 n. 4300).

Da ultimo, e come ora si vedrà, la violazione delle regole del decreto ministeriale in esame può incidere sulla decisione in ordine alle spese a prescindere dalla soccombenza, che invece è il presupposto indispensabile di tutte e tre le ipotesi dell'art. 96 c.p.c.

6. La valutazione in punto di spese (e non la condanna alle spese)

Per comprendere gli spazi di manovra riservati al giudice al momento della pronuncia sulle spese, non si può prescindere dalla scelta espressiva contenuta nel 6° comma, dell'art. 46 disp. att. c.p.c., da leggersi nel senso che il giudice liquidandole effettua la valutazione di un ulteriore elemento, l'osservanza o meno dei parametri fissati dal decreto.

Ciò vuol dire che nessuno dei principi che tradizionalmente sono posti a presidio delle spese dovrebbe subire alterazione (ché altrimenti al giudice sarebbe stato chiesto di *condannare* non di *valutare*): non quello per il quale non si possono porre le spese a carico della parte totalmente vittoriosa, ma solo escludere il rimborso di quelle eccessive o superflue²⁰; non la regola per cui al criterio della soccombenza si può derogare in caso di violazione del dovere di lealtà e probità dell'art. 88 c.p.c. (art. 92, 1° comma, c.p.c.), violazione che tranne casi eccezionali non può discendere dal superamento dei limiti dimensionali, e dall'assenza di chiarezza e sinteticità²¹; e neppure che la compensazione totale o parziale delle spese può aversi soltanto in ipotesi di soccombenza reciproca, novità della questione, mutamento della giurisprudenza (art. 92, 2° comma, c.p.c.), altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni (secondo Corte Cost. 19.4.2018 n. 77).

La valutazione del giudice, quindi, andrà effettuata seguendo le regole consolidate, per poi incidere sull'ammontare delle spese.

Semplificando si può affermare che alla parte vittoriosa che abbia violato le regole della sintesi e della chiarezza, o le altre sparse qua e là nel decreto ministeriale, sarà riconosciuta una somma per spese inferiore a quella che le sarebbe spettata se di quelle regole avesse tenuto conto. Una somma, però, sia pure contenuta o simbolica, dovrà essere in ogni caso liquidata per non incorrere nella violazione dell'art. 91 c.p.c.

In tesi la decurtazione non potrebbe scendere oltre la soglia dei cd. minimi di tariffa²²; è evidente, però, che la sanzione avrebbe scarsa efficacia se l'art. 46 disp. att. c.p.c. non

²⁰ E, per restare in argomento, benché prima del d.m. in commento, Cass. 23.12.2022 n. 37692 ha confermato la legittimità dell'esclusione della maggiorazione ex art. 4, comma 1 *bis*, d.m. 55/2014 in favore del difensore che aveva messo a disposizione del giudice collegamenti ipertestuali, insistendo sulla discrezionalità dell'aumento "*orientato da un apprezzamento di fatto sulle tecniche informatiche in concreto adoperate dal difensore*", le cui modalità di redazione del ricorso "*non avevano agevolato in modo apprezzabile la consultazione delle produzioni*".

²¹ Esclusione esplicitata da Trib. Milano 1.10.2013, in *Nuova proc. civ.*, 2013, , 270, con nota di M. RINALDI, e *Giur. merito*, 2013, 2371, annotata da G. BUFFONE.

²² "*In tema di spese legali, in assenza di diversa convenzione tra le parti, il giudice, ove la liquidazione dei compensi professionali e delle spese di lite avvenga in base ai parametri di cui al d.m. n. 55/2014, come modificato dal d.m. n. 37/2018, non può scendere al di sotto dei valori minimi, in quanto aventi carattere inderogabile*", Cass. 13.4.2023 n. 9815.

consentisse una forzatura in punto di *minimi*, in quanto il legale *compilatore* di uno sproorzionato numero di pagine sarebbe consapevole dall'inizio che all'esito positivo della lite conseguirebbe un compenso comunque pari ai minimi.

Meno problemi si pongono, ovviamente, per il soccombente dispersivo e oscuro, che vedrà discrezionalmente aggravata la sua condanna alle spese.

Infine, in caso di soccombenza reciproca nell'ipotesi in cui il difensore di uno solo dei soccombenti sia stato opaco o non abbia tenuto conto dei limiti dimensionali e delle specifiche tecniche, il giudice potrà operare sulla percentuale di ripartizione delle spese; inciderà sul *quantum* delle liquidazioni se fossero stati poco chiari entrambi i legali.

Si sa che l'esercizio del potere discrezionale del giudice, contenuto tra il minimo e il massimo, non è soggetto a sindacato di legittimità, attenendo pur sempre a parametri fissati dalla tabella, e che *“la motivazione è doverosa allorché il giudice decida di aumentare o diminuire ulteriormente gli importi da riconoscere, essendo necessario, in tal caso, che siano controllabili le ragioni che giustificano lo scostamento e la misura di questo”*²³. In motivazione, allora, eventualmente attraverso formule sintetiche, che ci si augura non vuote, il giudice illustrerà le ragioni per le quali ha fatto uso della facoltà *ex art. 46 disp. att. c.p.c.*²⁴.

Un'ultima annotazione sulle spese, il cui regime il giudice ancor più oggi deve imparare a utilizzare in funzione premiale dell'avvocato, valorizzandone il pregio dell'attività svolta, sotto il profilo della chiarezza, sinteticità, rispetto dei limiti e delle caratteristiche tecniche (d.m. 10.3.2014 n. 55, art. 4), e anche applicando la maggiorazione del 30% (a norma del comma 1 *bis*) *“quando gli atti depositati con modalità telematiche sono redatti con tecniche informatiche idonee ad agevolarne la consultazione o la fruizione e, in particolare, quando esse consentono la ricerca testuale all'interno dell'atto e dei documenti allegati, nonché la navigazione all'interno dell'atto”*.

Sanzione e premio corrisponderanno alle due facce della stessa medaglia, e insieme serviranno da stimolo al legale per uno stile corretto ed efficace.

7. Non traffichiamo più con vuote parole!²⁵

La copertura costituzionale è stata trovata (giusto processo e ragionevole durata previsti nell'art. 111 Cost.)²⁶, con l'art. 121 c.p.c. sinteticità e chiarezza nella redazione di tutti gli atti

²³ Cass. 13.7.2021 n. 19989.

²⁴ Anche per consentirne lo scrutinio dal giudice di appello, laddove il parametro della discrezionalità dovrebbe impedirne l'esame di legittimità.

²⁵ *“Per questo mi son dato alla magia, per veder se per virtù e bocca dello Spirito mi riesca di scoprire certi misteri, sicché non parli più, con acri sudori, di ciò che non so; e venga a conoscere il principio unificatore del mondo, veda tutte le forze attive e i semi, e non traffichi più con vuote parole”*, Johann Wolfgang von Goethe, Faust.

²⁶ *“Si può quindi affermare che la ragionevole durata sta al giusto processo, come la ragionevole lunghezza sta al giusto atto, rispondendo il principio all'esigenza di erigere il giusto processo a partire dal giusto atto”*: S. LATINO, *La chiarezza e sinteticità*

del processo sono diventati patrimonio acquisito del codice di rito, attraverso la disposizione di attuazione, che in origine regolava il modo di scrivere degli atti interni del processo e dei verbali di causa²⁷, è stata tracciata la via alla regolamentazione della struttura degli atti giudiziari e dei limiti degli atti processuali, il decreto ministeriale n. 110 del 7.8.2023 ha dettato prescrizioni a dire il vero neppure tanto severe²⁸.

Sintesi e chiarezza, però, non si danno agli avvocati, e neppure al giudice, per decreto²⁹, tanto più che l'aggregazione dei termini è solo una semplificazione del legislatore³⁰, e le due qualità

degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice nel processo civile, in <https://www.diritto.it/la-chiarezza-e-sinteticita-degli-atti-di-parte-e-dei-provvedimenti-del-giudice-nel-processo-civile/>.

²⁷ Anzitutto trasformandone la rubrica da *“Forma degli atti giudiziari”* a *“Forma e criteri di redazione degli atti giudiziari”*. L'art. 46 disp. att. c.p.c. è, però, ancora sistemato nel Capo III, *Dei registri di cancelleria e degli atti del cancelliere*, e su di esso si era formata giurisprudenza in ordine a ipotesi di correzione del verbale di un'udienza per convalida di sfratto nella quale in un primo momento si era data l'assenza dell'avvocato, che nella successiva udienza il giudice faceva apparire come presente in quella precedente (Cass. 5.4.2012 n. 5542), di data apposta al deposito di documenti in Cancelleria (Cass. 14.4.2011 n. 8537), di data del deposito del decreto ingiuntivo corretta senza le forme dell'art. 46 disp. att. c.p.c. (Cass. 6.8.2010 n. 18341), di cancellazione, sempre senza il rispetto delle regole dell'art. 46 disp. att. c.p.c., dell'aggettivo *“naturale”* alla parola scadenza nel dispositivo depositato in Cancelleria dopo la lettura in udienza (Cass. 17.3.2006 n. 5894), di correzione sempre irritualmente eseguita della data di deposito del ricorso per decadenza dalla carica di Sindaco di un comune (Cass. 4.5.2002 n. 6425).

²⁸ Nel parere trasmesso al CSM e al CNF insieme allo schema di decreto era precisato che *“i requisiti della chiarezza e della sinteticità degli atti del processo - entrambi funzionali all'attuazione dei principi di ragionevole durata del processo e di leale collaborazione tra le parti e il giudice - sono concetti distinti tra loro, ancorché indubbiamente correlati, in quanto un testo è chiaro quando è univocamente intelligibile, mentre è sintetico quando, pur essendo completo dei requisiti essenziali ed esaustivo in relazione al suo scopo, è scevro di ripetizioni e verbosità. Ne deriva che la brevità degli atti del processo - pur in un orizzonte irrinunciabile di completezza e intelligibilità - contribuisce all'attuazione dei principi di sinteticità e chiarezza ed è l'obiettivo al quale tendono le prescrizioni del presente regolamento”*.

²⁹ Arvo Pärt allo specchio. *Conversazioni, saggi e testimonianze*, a cura di Enzo Restagno, Milano, 2004, 24: *“ora che ho raggiunto l'età che aveva allora il mio maestro, ho compreso il senso di un suo pensiero che allora sfuggiva a noi studenti: è molto più difficile trovare una nota appropriata che buttarne una quantità sulla carta”*.

³⁰ Per F. De Giorgis, *op. cit.*, sinteticità e chiarezza *“non vanno necessariamente di pari passo: una concisione eccessiva potrebbe pregiudicare l'intelligibilità di un testo, mentre un'esposizione più approfondita potrebbe aiutare il lettore nella comprensione. Credo, dunque, che sia più corretto tenere i due concetti distinti e che sia meglio parlare (non di principio, ma) di principi di chiarezza e di sinteticità, tra loro autonomi, seppur connessi. La chiarezza si ricollega alla comprensibilità dello scritto. Su questo non paiono esservi opinioni divergenti ed è incontestabile che essa debba essere assicurata da tutti coloro che redigono atti processuali. Per converso, al concetto di sinteticità possono essere ricondotti due significati diversi. La sinteticità può essere, anzitutto, intesa come canone di contenuto dell'atto, nel senso di non ridondanza dello stesso: è così sintetico quel testo «che dice tutto, nel minor numero possibile di parole». In questa accezione, vi è un'imprescindibile proporzione tra molteplicità e complessità delle questioni da affrontare e ampiezza dello scritto: più sono complicate la quaestio facti e la quaestio iuris, più è articolata l'argomentazione, senza che ciò pregiudichi la concisione dell'atto. In alternativa, la sinteticità può essere agganciata alle dimensioni del testo e si può sostenere che un atto che sfori determinati limiti sia per ciò solo prolisso. Naturalmente, la scelta dell'una o dell'altra lettura presenta rilevanti implicazioni. Se si interpreta la sinteticità come non ridondanza, essa diviene un canone relativo e intrinsecamente modulabile, capace di adattarsi alla complessità fattuale e giuridica che le parti, prima, e gli operatori del processo, poi, si trovano a fronteggiare, e al contempo inidoneo a comprimere indebitamente i diritti di azione e difesa delle parti, o gli obblighi motivazionali dei giudici: tutte le questioni che devono essere trattate possono essere trattate, a patto che siano espone con stile asciutto e senza ripetizioni. Al contrario, se la sinteticità viene intesa come criterio dimensionale, essa rischia di tramutarsi in un canone assoluto e rigido, in grado di pregiudicare l'effettività della tutela giurisdizionale”*.

dell'atto giudiziario non si suppongono a vicenda: per decreto, dunque, si può obbligare a mantenere un atto di citazione al di sotto di un certo numero pagine, ma nulla potrà farsi affinché lo stesso atto venga redatto in modo chiaro e lineare.

Di contro, è possibile che l'estrema concisione impedisca la comprensibilità di un testo, che invece potrebbe essere agevolata da un'esposizione più approfondita.

All'opposto di sintetico, infatti, non sta, o non sta soltanto prolisso (qualità negativa di un atto giudiziario), ma analitico, e non è detto che uno scritto circostanziato, spesse volte reso necessario dal codice³¹ o dagli eventi del giudizio, sia meno chiaro di uno sommario.

Insomma, la relatività del concetto di sinteticità non è agevolmente comprimibile in un numero di caratteri (di una certa tipologia, posti a distanza prefissata tra di loro e rispetto alla pagina), e dovrebbe essere legato alla complessità della questione, che andrebbe verificata di volta in volta (e non sulla scorta di un valore predeterminato o per effetto di una dichiarazione del difensore)³²; la chiarezza, dal suo canto, comporta sempre una stima soggettiva.

Dal decreto, però, si può muovere per invogliare la crescita culturale dell'avvocato (ma anche del giudice), per vincere la resistenza nell'utilizzo di *"tecniche argomentative che mirano alla completezza, alla sovrabbondanza, alla onnicomprensività dei contenuti"*³³, convincendo l'ottimo difensore (nel senso di quello che ha maggiori probabilità di farsi leggere e, dunque, seguire dal giudice) che tale non è colui che negli atti mette dentro tutto, attraverso un processo di stratificazione del contenuto che lascia al giudice la selezione di ciò che utile alla decisione, invitandolo a comprendere che il giudice ha bisogno di atti chiari, lineari, completi ed esaustivi³⁴, perché ha un enorme carico di lavoro e l'atto arcano e ridondante ha minori

³¹ A una difesa analitica costringono, infatti, diverse disposizioni: artt. 167 e 416 c.p.c. quanto all'obbligo del convenuto di *"prendere posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda"*, e del resistente *"in maniera precisa e non limitata a una generica contestazione"*; artt. 342 e 434 c.p.c. che impongono che i motivi di appello siano esposti *"in modo chiaro, sintetico e specifico"*; art. 366, 1° comma, n. 6, c.p.c. visto che nel ricorso in Cassazione è richiesta *"la specifica indicazione, per ciascuno dei motivi,, degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il motivo si fonda, e l'illustrazione del contenuto rilevante degli stessi"*.

³² Dannosa al pari della prolissità potrebbe rivelarsi la semplicità degli atti giuridici a ogni costo, perché non sempre la lunghezza è sinonimo di oscurità. Fa notare F. BAMBI, *Per un breviario di buona scrittura giuridica*, in *Breviario per una buona scrittura giuridica*, testi raccolti a cura del Gruppo di lavoro sulla chiarezza e la sinteticità degli atti presso il Ministero della giustizia, febbraio 2018, 11-12, che *"uno dei più bei periodi della letteratura italiana è composto di ben 111 parole, e nessuno mi venga a dire che non si capisce, né che si potrebbe meccanicamente ridurlo senza stravolgerne senso e funzione: Quel ramo del lago di Como, che volge a mezzogiorno [...]"*.

³³ S. LATINO, *op. cit.*

³⁴ Sottolinea P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021, 82-83, come *"la visione costituzionale del processo imponga che la tutela dei diritti si espliciti secondo linee sobrie e non abusive"*. E più avanti (pag. 85): *"gli avvocati, se scrivono molto, non di rado lo fanno perché ritengono indispensabile esaminare in modo compiuto tutti gli aspetti della causa. Intanto, nessun difensore può prevedere con certezza quale sarà lo sviluppo argomentativo e logico-giuridico prescelto dal giudice. Immaginare più ipotesi alternative o subordinate è spesso una precisa esigenza di scrupolo defensionale e quindi è atteggiamento non censurabile, ma doveroso dell'avvocato. Ritengo, quindi, che quanto più il giudice suggerisce alle parti gli aspetti davvero controversi e le invita a concentrare su di essi la loro attenzione, la sintesi e la sobrietà diventano più facilmente praticabili"*.

possibilità di essere compiutamente esaminato, e ancora meno di essere da lui compreso e di convincerlo³⁵.

Certo il giudice ha a disposizione l'intervento sulle spese, consapevole però che così avrà colpito il cliente per *...culpa in eligendo* di un difensore poco chiaro o prolisso.

E allora, già nel decreto *ex art. 171 bis c.p.c.*, ma comunque in ogni momento del giudizio con i poteri dell'*art. 175 c.p.c.*³⁶, egli potrà cooperare in vista di un processo sollecito e leale anche nel modo in cui è scritto, inserendo nel contesto del primo provvedimento utile un ammonimento all'avvocato, un invito sotto pena delle spese a scrivere correttamente, a evitare inutili ripetizioni, a concentrare lo sviluppo delle argomentazioni difensive su alcuni profili soltanto.

Sollecitati da giudice può darsi che gli avvocati si avvedano dall'inutilità di riportarsi a tutti gli atti e verbali precedenti, di contestare parola a parola, di impugnare ogni avverso dedotto e prodotto, di trascrivere nelle comparse di risposta le conclusioni dell'atto di citazione (che il giudice dalla citazione può leggere, e il difensore di controparte ben conosce per averle lui stesso formulate), di reiterare stancamente per ogni memoria di precisazione di domande, eccezioni o conclusioni, oppure di articolazione delle prove il provvedimento di autorizzazione della memoria da parte del giudice, di ricopiare la citazione nella comparsa di risposta, gli atti introduttivi nelle memorie *ex art. 171 ter c.p.c.*, gli atti introduttivi, le memorie di precisazione e quelle istruttorie, le ordinanze del giudice, i verbali di causa nella comparsa conclusionali e nelle repliche³⁷.

³⁵ È noto a tutti come gli avvocati abbiano ancora difficoltà a lasciarsi indietro un linguaggio *d'altri tempi*, tra espressioni di (spesso finta) deferenza (Ill.mo, Ill.ma, Ch.mo, Ch.ma riferiti al giudice, Ecc.ma Corte, con perfetta osservanza), inutili (*salvis juribus*, salvezze illimitate), desuete (libello introduttivo, l'incoato giudizio), che appesantiscono il discorso (il Sig. ..., la Sig.ra ..., il Dott. ..., il Prof. ...in data...), e l'elenco sarebbe ancora molto lungo. Nota P. BIAVATI, *op. cit.*, 87, *"la giustizia civile ha problemi più seri che non l'impiego di espressioni che la vita comune ignora. Tuttavia, un atto non è migliore perché scritto con forme iniziatriche: ed è noto che nel linguaggio forense sopravvivono espressioni del tutto desuete negli altri ambiti della comunicazione e delle relazioni sociali"*.

³⁶ Ampliando l'accezione di Cass. 17.6.2019 n.16141 per cui *"il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo impone al giudice (ai sensi degli art. 175 e 127 c.p.c.) di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità, dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a produrre i suoi effetti"*.

³⁷ D. CERRI, *Dramma inconsistente* (il D.M. 10/2023), in <https://www.judicium.it/dramma-inconsistente-il-d-m-110-2023/>, manifesta preoccupazione per *"lo svolgimento di una battaglia che definirei assai più severamente che non di mera 'retroguardia', su un profilo specifico che vedeva il nostro ordinamento oggettivamente arretrato rispetto alla comune esperienza degli analoghi ordinamenti processuali occidentali; uno spreco di energie nel tentativo - destinato infallibilmente all'insuccesso - di fermare (e perché ?) uno sviluppo che definirei quasi naturale di un ramo delle competenze dell'avvocato nel processo civile: in altre parole, la capacità di esprimersi con chiarezza e brevità, a fini persuasivi e nell'interesse proprio (o meglio, del proprio cliente) e non in quello di un giudice potenzialmente svogliato o vagabondo, come temo spesso si presupponga"*.

Così per decreto del Ministro, e con la collaborazione partecipativa del giudice, che al giudice tornerà di vantaggio per un esame rapido e piano della causa, il difensore riuscirà ad aprirsi a un linguaggio scritto nuovo, sintetico, immediato nella rappresentazione del pensiero, senza sovrastrutture che allungano le pagine e diminuiscono l'attenzione del giudice, e insieme al giudice parteciperà con i suoi scritti all'efficienza del servizio giustizia!

Lelio della Pietra
Avvocato



GUIDOMARIA DE CESARE

Il contrasto pratico fra decisioni non soggette al rimedio della revocazione e l'eccezione di cosa giudicata

Il contrasto pratico tra la decisione di merito della Corte di Cassazione ed un precedente giudicato non rilevato nel giudizio di legittimità, non può essere riparato *a posteriori*, dal momento che l'art. 391-ter c.p.c. non contempla tra i motivi di revocazione la contrarietà della sentenza della Suprema Corte rispetto ad altra già passata in giudicato. Nell'attesa di un (quantomai opportuno) intervento del legislatore, l'impossibilità di smussare in via interpretativa la rigidità dell'art. 391-ter c.p.c. induce a valorizzare l'altro rimedio preventivo del contrasto pratico tra decisioni: l'eccezione di cosa giudicata. In particolare, il rischio di contrasto potrebbe ridursi ammettendo nel giudizio di legittimità la rilevabilità d'ufficio, pur in assenza di allegazione di parte, del previo giudicato formatosi in fase di merito, applicando a quest'ultimo il canone *iura novit curia*.

The contrast between the Supreme Court's decision on the merits and a previous *res judicata* not noted before the Supreme Court, cannot be *a posteriori* repaired, since Article 391-ter CCP does not contemplate among the grounds for revocation the contrariety of the Supreme Court's judgment to another which is already *res judicata*. Waiting for an intervention of the legislature, the impossibility of interpretatively blunting the rigidity of Article 391-ter CCP induces us to value the other preventive remedy of the contrast between judgments: the exception of *res judicata*. Especially, the risk of conflict could be reduced by admitting before the Supreme Court the *ex officio* detectability, even in the absence of party allegation, of the prior *res judicata* formed at the merits stage, applying to the latter the canon *iura novit curia*.

Sommario: 1. Introduzione al tema del contrasto pratico fra decisioni non soggette al rimedio della revocazione. – 2. I limiti espressi al rimedio della revocazione della sentenza per contrarietà a precedente giudicato: gli artt. 395 e 403 c.p.c.. – 3. La forma del provvedimento come limite alla revocazione della sentenza. – 4. La non revocabilità della sentenza contraria ad un previo lodo arbitrale e i limiti tracciati dall'art. 828, comma 1, n. 8) c.p.c.. – 5. Il contrasto pratico fra la sentenza della Cassazione che pronuncia nel merito e un antecedente giudicato *de eadem re*: la tesi della prevalenza del primo giudicato. – 6. La tesi tradizionale della prevalenza del secondo giudicato. – 7. La rilevabilità d'ufficio del giudicato formatosi in fase di merito come possibile rimedio preventivo del contrasto pratico. – 8. La rilevabilità d'ufficio del giudicato formatosi in fase di merito a prescindere dall'assolvimento dell'onere dell'allegazione: riaffermazione della regola *iura novit curia*.

1. Introduzione al tema del contrasto pratico fra decisioni non soggette al rimedio della revocazione

La lettura della complessa quanto brillante monografia di Marco Gradi¹, ferma la condivisibilità della tesi del “giudicato condizionato”², quale possibile rimedio del contrasto teorico tra giudicati³, suggerisce qualche riflessione su uno dei temi, per così dire, *a latere*

¹ Il riferimento è a M. GRADI, *Il contrasto teorico tra giudicati*, Bari, 2020. Per una panoramica sull’opera v. la recensione di E. MERLIN, *Riv. dir. proc.*, I, 2022, p. 268 ss.

² L’A. offre una soluzione al contrasto teorico tra il giudicato anteriore sulla causa dipendente e quello successivo sulla causa pregiudiziale. Secondo la dottrina tradizionale il contrasto teorico tra giudicati, in assenza di appositi rimedi, non è superabile. Di qui la convivenza delle due decisioni contraddittorie. Piuttosto che accettare sommessamente l’insuperabilità del contrasto, la quale peraltro è foriera di perdita di credibilità dell’intero sistema giustizia, il coordinamento logico fra le decisioni può avvenire riconoscendo efficacia al giudicato successivo formatosi sulla causa pregiudiziale, attraverso la regola del «fare stato ad ogni effetto» ex art. 2909 c.c.. Il giudicato formatosi sulla causa pregiudiziale accerta la situazione giuridica controversa fin dall’origine ovvero con effetti *ex tunc*, come se la sentenza fosse stata pronunciata nel momento in cui la domanda risulti fondata o infondata. La retroattività *inter-partes* del giudicato sulla causa pregiudiziale garantisce il chiovendiano principio secondo cui il processo «*deve dare praticamente a chi ha ragione tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*» secondo il diritto sostanziale. Alla retroattività del secondo giudicato segue la retroattività dell’effetto positivo-conformativo sulla causa dipendente, la quale allora è risolutivamente condizionata all’accertamento negativo del presupposto della decisione.

³ Tale conflitto ricorre tra la causa pregiudiziale e quella da essa dipendente; per tale ragione è stato etichettato dalla dottrina come teorico o, in alternativa, come meramente logico, perché la causa pregiudiziale viene decisa con efficacia di giudicato in un solo processo, mentre in quello relativo alla causa dipendente essa viene conosciuta soltanto *incidenter tantum* dal giudice. L’adempimento di entrambe le pronunce non è affatto irrealizzabile e ciò perché esse non riguardano il medesimo diritto ma diritti distinti fra loro connessi per pregiudizialità-dipendenza. Può, dunque, essere ricondotta sotto l’egida del contrasto teorico anche l’ipotesi in cui due distinte sentenze rese sulla causa dipendente abbiano risolto in modo diverso la questione pregiudiziale. Sul punto si rinvia a M. Gradi, *op. cit.*, p. 75. La stessa giurisprudenza, pur con tutt’altra terminologia, ammette la cedevolezza del giudicato dipendente in conflitto logico con un successivo giudicato pregiudiziale. In tal senso v. Cass. 25 luglio 2016, n. 15339. Più di recente, Cass. 4 aprile 2019, n. 9500, in *Giur. it.*, p. 1900 ss., con nota critica di A. TEDOLDI, *Aliquando bonus dormitat Homerus: l’azione di nullità del brevetto (non) sospende l’azione di contraffazione*, la quale ha ribadito che «*nel caso in cui la decisione sulla contraffazione abbia preceduto quella sulla validità del brevetto, essa non è idonea ad assumere autorità di giudicato in ordine alla questione relativa alla validità del brevetto, potendo dar luogo esclusivamente ad un contrasto tra gli effetti pratici delle due pronunce, espressamente contemplato [...] dall’art. 77, D.Lgs. n. 30/2005 e risolto con l’attribuzione di efficacia retroattiva alla dichiarazione di nullità, con salvezza degli atti esecutivi già compiuti in base a quella di contraffazione*». In materia matrimoniale, invece, la teoria del giudicato condizionato aveva trovato un implicito avallo in giurisprudenza, v. Cass. 11 maggio 2018, n. 11533, in *Giur. it.*, 2019, p. 566 ss., con nota di A. Ronco, *Sul conflitto tra le sentenze di separazione, divorzio e nullità del matrimonio*, la quale ha affermato che, a fronte della sopravvenienza della dichiarazione ecclesiastica di nullità originaria del matrimonio, non possono resistere le statuizioni economiche, relative al rapporto tra i coniugi, contenute nella sentenza di separazione, benché passata in giudicato, apparendo irragionevole che possano sopravvivere pronunce accessorie al venir meno della pronuncia principale dalla quale queste dipendono. *Per converso*, la stessa giurisprudenza da ultimo sostiene l’intangibilità del giudicato che riconosce l’assegno divorzile nonostante la sopravvenuta nullità del matrimonio concordatario, al fine di tutelare il coniuge economicamente debole come opportunamente osservato da A. RENDA, *Matrimonio concordatario, nullità e prolungata convivenza: verso il ridimensionamento di una regola preterlegale*, in *Giur. it.*, 3, 2023, p. 554. È stato affermato da Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9004, che la formazione del giudicato sul vincolo matrimoniale, all’esito della sentenza parziale sulla sola cessazione degli effetti civili, impedisce che la sopravvenuta delibazione della sentenza di nullità ecclesiastica comporti la cessazione della materia del giudizio avente ad oggetto le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del vincolo, il quale potrà, dunque, proseguire ai fini dell’accertamento e della spettanza dell’assegno divorzile. Questa sentenza

trattati dall'Autore. Più precisamente, si allude al contrasto pratico⁴ fra decisioni non soggette al rimedio della revocazione e, in particolare, al caso della decisione di merito della Corte di Cassazione contraria ad un precedente giudicato non rilevato nel giudizio di legittimità.

Ad oltre trent'anni dalla prima «*crepa nei bastioni, fino a quel momento inviolati ed apparentemente inviolabili, dell'insindacabilità ed inoppugnabilità delle decisioni della Corte Suprema*⁵», l'art. 391-ter c.p.c. ad oggi non contempla tra i motivi di revocazione la contrarietà della sentenza della Cassazione rispetto ad altra già passata in giudicato.

Nelle pagine che seguono ci si propone di analizzare i rimedi offerti dall'ordinamento per prevenire il contrasto pratico tra la decisione di merito della Cassazione e il giudicato anteriore *de eadem re*.

Anticipando le conclusioni, l'assenza di un rimedio in guisa della revocazione, ex art. 395, n. 5) c.p.c., della sentenza contraria ad un previo giudicato, costringe l'interprete a forzare i limiti dell'altro strumento di carattere preventivo inteso ad evitare il contrasto pratico fra giudicati: l'eccezione di cosa giudicata.

Talché, la corretta intelligenza della tematica presuppone l'analisi dei limiti di ammissibilità della revocazione della sentenza per contrasto con precedente giudicato.

2. I limiti espressi al rimedio della revocazione della sentenza per contrarietà a precedente giudicato: gli artt. 395 e 403 c.p.c.

Va premesso che quello del contrasto tra giudicati è un tema delicato perché tocca il fine ultimo dell'esercizio della funzione giurisdizionale: assicurare la certezza giuridica rispetto ad un fatto della vita controverso⁶. La revocazione ex art. 395 n. 5) c.p.c. è uno dei rimedi

è stata annotata criticamente da C. MARINO, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul rapporto tra giudicato di divorzio e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in NGCC, 5, 2021, p. 1131 ss., secondo la quale le Sez. Un. avrebbero accordato preferenza al matrimonio-rapporto piuttosto che al matrimonio-atto, a scapito del giudicato formatosi in ordine alla nullità del matrimonio. Secondo l'Annotatrice la sopravvenienza del giudicato sulla nullità del matrimonio dovrebbe travolgere quello formatosi in ordine alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, con conseguente cessazione della materia del contendere rispetto alle residue questioni patrimoniali.

⁴ Secondo un'immagine evocativa, si ha conflitto pratico tra giudicati quando «*l'attuazione delle due sentenze ad opera della forza pubblica produce una zuffa fra gli agenti incaricati dell'attuazione*» (cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, I, 2015, p. 197). La nozione di contrasto pratico tra giudicati è stata scolpita da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, ristampa, Napoli, 1965, p. 920, secondo cui «*i principii sulla cosa giudicata escludono dunque per sé stessi solo il conflitto pratico dei giudicati, cioè decisioni diverse rispetto alla stessa azione, quindi praticamente incompatibili*». In sintesi, il contrasto pratico fra giudicati deriva dalla diversità di decisioni nonostante l'identità di cause e ciò perché nel secondo giudizio, nonostante la previa formazione del giudicato *de eadem re*, vuoi per incuria delle parti vuoi per errore del giudice, non ha è stato dedotto l'effetto negativo-preclusivo della cosa giudicata. Il contrasto pratico è, dunque, negazione della regola del *ne bis in idem*.

⁵ Così G. BALENA, *L'impugnazione delle sentenze di cassazione*, in Riv. dir. civ., 2004, p. 107; si allude alla storica sentenza dalla a Corte cost., 30 gennaio 1986, n. 17, in Foro it., 1986, I, 313, con nota di A. PROTO PISANI, *La Corte costituzionale estende la revocazione per errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. alle sentenze della Cassazione*.

⁶ E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, p. 26; più di recente, sul rapporto tra giudicato e certezza del diritto v. F. FRANCIOSI, *Il contrasto tra giudicati, in Il processo*, 1, 2022, p. 41 ss., spec. p. 44.

contemplati dall'ordinamento per prevenire il contrasto pratico. Senonché, la revocazione non è ammessa contro tutti i provvedimenti giurisdizionali.

Il primo limite è ricavabile *a contrario* dal tenore letterale dell'art. 395, comma 1, c.p.c., secondo cui possono essere impugnate per revocazione «le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado», con esclusione, dunque, delle sentenze di primo grado soggette al rimedio dell'appello⁷. Più in generale, fuori dai casi previsti dalla legge, la revocazione è esclusa per tutti quei provvedimenti diversi dalla sentenza. L'impraticabilità del rimedio revocatorio avverso le sentenze di primo grado non reca alcun *vulnus* alle parti se non nel caso in cui la Suprema Corte cassi senza rinvio la sentenza d'appello in ragione di un motivo di inammissibilità, improseguibilità o di estinzione del processo di secondo grado, cui segue la formazione della cosa giudicata sulla sentenza di primo grado riformata in appello⁸. Il giudicato formatosi sulla sentenza di primo grado potrebbe essere in contrasto con un'altra sentenza nel frattempo passata in giudicato, la quale nascerebbe “già morta”. Tale contrasto non è risolvibile né con la revocazione della sentenza di primo grado ex art. 395, n. 5) c.p.c., trattandosi di rimedio teso a risolvere il conflitto tra una sentenza non ancora passata in giudicato e una precedente già divenuta inimpugnabile, né con la revocazione della sentenza di Cassazione, siccome l'art. 391-ter c.p.c., da un lato, presuppone che la Corte abbia pronunciato nel merito, dall'altro, non contempla la contrarietà a precedente giudicato tra i motivi revocatori⁹. Talché, tale *vulnus* può essere riparato attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 395, n. 5) c.p.c., che permetta di estendere il rimedio al contrasto tra giudicati. Altrimenti si potrebbe prospettare la sollevazione della questione di legittimità costituzionale della disposizione medesima, la quale, nel particolare caso descritto, avallerebbe la formazione di “giudicati inutili”, in soverchia violazione del canone di cui all'art. 111, comma 2, Cost., nonché dell'economia processuale intesa, in senso lato, come esigenza di contenere lo spreco della risorsa giustizia¹⁰.

Rimanendo nel solco tracciato dalle norme in materia di revocazione, il suddetto rimedio è espressamente escluso rispetto alle sentenze rese nel giudizio di revocazione, ai sensi dell'art.

⁷ Sul tema dei provvedimenti revocabili, cfr. C. MANDRIOLI & A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, p. 630, nota 7; v. anche M. RUSSO, *La Revocazione*, artt. 395-403, in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Torino, 2018, p. 17.

⁸ Cass. 24 gennaio 2007, n. 1505, in *Foro it.*, Rep., 2007, voce *Cassazione civile*, n. 343.

⁹ Benché in un mero *obiter dictum* Cass. 22 agosto 2006, n. 18324, in *Giur. it.*, con nota di A. RONCO, *La sentenza in conflitto con il giudicato precedente: cassazione, revocazione (e revocazione della cassazione)*, p. 1722 ss., ha affermato che il rimedio di cui all'art. 395, n. 5) c.p.c. sia esperibile con le pronunce della Cassazione, senza che ciò esiga uno specifico intervento del Giudice delle Leggi. In precedenza, Cass. 30 aprile 2005, n. 9027, aveva sollevato la questione, tuttavia Corte cost. 24 febbraio 2006, n. 77, l'aveva dichiarata inammissibile.

¹⁰ Su cui si veda A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1560 e ss., spec. 1565, nonché in *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, 2017, p. 26).

403 c.p.c.. Dalla disposizione traspare la preoccupazione di evitare una *regressio infinita*¹¹; tuttavia, tale limite potrebbe porre un problema nell'ipotesi in cui la violazione del precedente giudicato avvenga nel giudizio di revocazione, atteso l'effetto rescindente della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 402 c.p.c.¹².

3. La forma del provvedimento come limite alla revocazione della sentenza.

L'inesperibilità del rimedio revocatorio, oltre che per disposizione espressa, può dipendere dalla forma del provvedimento, il quale, pur idoneo alla produzione degli effetti della cosa giudicata in applicazione della nota teoria della sentenza in senso sostanziale, non è sentenza in senso formale. Invero, l'art. 395 c.p.c., nella misura in cui riserva il rimedio revocatorio alle sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado, posto che la sentenza è la forma tipica che assume il pronunciamento decisorio del giudice d'appello, esclude che le cc.dd. sentenze in senso sostanziale siano revocabili. Di talché, non è soggetta a revocazione l'ordinanza, pur idonea al giudicato, di convalida della licenza o dello sfratto non opposta. *Per converso*, l'art. 656 c.p.c., in materia di procedimento monitorio, consente l'impugnazione per revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 5 c.p.c. del decreto ingiuntivo divenuto esecutivo a norma dell'art. 647 c.p.c. o stabilizzatosi per effetto dell'estinzione del giudizio di opposizione¹³.

Ben più problematico è il caso dei decreti camerali resi nell'ambito di giudizio contenziosi all'esito della fase di reclamo dinanzi alla corte d'appello, ai quali generalmente si attribuisce l'idoneità al giudicato¹⁴. Se la decisione camerale su diritti soggettivi è resa con le forme del

¹¹ A tale disposto può così attribuirsi il valore di formale norma di chiusura del sistema delle impugnazioni (così C. A. NICOLETTI, *La revocazione della sentenza*, Torino, 1988, p. 90; C. Consolo, *La revocazione delle sentenze di Cassazione*, Padova, 1989, 131 ss.). Secondo M. Russo, *op. cit.*, p. 193, si tratterebbe di un'irragionevole preclusione, la quale risponde più al bisogno teorico di concludere definitivamente la controversia che ad esigenze pratiche. Nello stesso senso è orientata la giurisprudenza, cfr. Cass. 30 dicembre 2013, n. 28800, che ricollega il divieto all'esigenza di tutelare l'affidamento delle parti su una statuizione idonea a risolvere definitivamente la controversia. Per un'analisi storica del divieto si rinvia a F. CIPRIANI, *Sull'impugnazione della sentenza di revocazione*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1207.

¹² La giurisprudenza ha mitigato il rigore dell'art. 403 c.p.c. applicandolo nel solo caso in cui il giudizio si è concluso con una decisione di accoglimento della domanda di revocazione; *per converso*, il divieto non opera nell'ipotesi in cui la fase rescissoria ha condotto al rigetto della domanda nel merito o, ancora, quando la fase rescindente si sia conclusa con una pronuncia di rigetto in rito. Cfr. App. Milano, 13 luglio 1973, in *Foro pad.*, 1973, I, 381.

¹³ In tal senso, Cass. 29 marzo 1989, n. 1492, secondo cui l'impugnazione del decreto ingiuntivo per revocazione, prevista dall'art. 656 c.p.c. nei casi indicati nei n. 1, 2, 5 e 6 dell'art. 395 c.p.c., è ammissibile non soltanto nell'ipotesi in cui il decreto sia divenuto esecutivo per mancata opposizione o mancata costituzione dell'opponente, secondo le ipotesi espressamente previste dall'art. 647 c.p.c. cui fa richiamo il citato 656, ma anche nel caso in cui il decreto stesso sia divenuto esecutivo per estinzione del procedimento di opposizione ex art. 653 c.p.c.

¹⁴ Sul tema si rimanda ad A. CARRATTA, *Processo camerale* (dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, 2010, p. 928 ss.; v. anche il classico studio di A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss.; nonché, Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, p. 689 ove viene ribadita l'assoluta inidoneità delle forme del processo camerale, benché dalla giurisprudenza rimodellato sulle garanzie minime del giusto processo, ad assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti e degli status; nello stesso senso G. TRISORIO LIUZZI, *Centralità del giudicato al tramonto?*, in *La crisi del giudicato*, atti del XXX convegno

decreto, il rimedio revocatorio non pare ammissibile in ragione dell'inapplicabilità della teoria della sentenza in senso sostanziale; per contro, sarà possibile utilizzare il rimedio del ricorso straordinario per Cassazione contro il decreto decisorio, facendo valere come vizio di nullità la contrarietà dello stesso ad altra decisione già passata in giudicato, a condizione che l'eccezione di giudicato sia stata rigettata o sul punto vi sia stata omessa pronuncia, trattandosi di *error in procedendo*, o ancora che il giudicato esterno si sia formato dopo la pronuncia del giudice d'appello.

Altra categoria di limiti alla revocabilità dei provvedimenti giurisdizionali è quella sagomata dalla natura della decisione anteriore, siccome l'art. 395, n. 5) c.p.c. fa riferimento al contrasto di una decisione con una precedente sentenza passata in giudicato. L'interpretazione letterale, la quale peraltro si impone nell'ipotesi di norme eccezionali ovvero di rimedi straordinari¹⁵, sembrerebbe escludere l'impugnazione per revocazione delle sentenze contrarie a provvedimenti diversi dalla sentenza, benché idonei a passare in giudicato¹⁶.

4. La non revocabilità della sentenza contraria ad un previo lodo arbitrale e i limiti tracciati dall'art. 828, comma 1, n. 8) c.p.c.

Del tutto peculiari sono, invece, i limiti all'esperibilità del rimedio revocatorio ove il provvedimento definitivo, idoneo a produrre gli effetti della cosa giudicata sostanziale, sia un lodo arbitrale inimpugnabile. A tenore dell'art. 395, n. 5) c.p.c. è da escludersi la revocabilità della sentenza in contrasto con un precedente lodo arbitrale definitivo¹⁷. Senonché, contro tale sentenza, se di primo grado, è ammesso il rimedio dell'appello mediante il quale è possibile far valere il vizio di nullità della sentenza contraria ad un previo lodo inimpugnabile.

nazionale dell'associazione fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2017, p. 204, il quale auspica l'introduzione di un processo sommario generale senza attitudine al giudicato; più di recente, G. N. NARDO, *Rito camerale ed "ingiusto" processo*, Pisa, 2020.

¹⁵ Benché da ultimo la stessa giurisprudenza pare assestarsi su posizioni meno restrittive. In particolare, Cons. Stato, ord. 3 ottobre 2022, n. 8436, in www.giurisprudenzamministrativa.it, ha rimesso alla Corte di giustizia la questione se l'omissione di pronunciarsi sull'istanza ex art. 267 TFUE – che all'evidenza costituisce un *error iuris* estraneo ai motivi di revocazione – sia qualificabile come omissione di pronuncia dovuta ad errore di fatto rimediabile ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, n. 4) c.p.c. e, in particolare, se possa deporre nel senso dell'errore di fatto il fraintendimento in cui è incorso il giudice in merito alla questione di possibile incompatibilità delle disposizioni da applicare con il diritto dell'Unione europea.

¹⁶ Ma v. M. GRADI, *op. cit.*, p. 170, il quale condivisibilmente ammette un'interpretazione estensiva dell'art. 395, n. 5) c.p.c. siccome ciò non implica, a differenza del caso in cui sia il provvedimento revocando una sentenza in senso sostanziale, l'introduzione di un nuovo rimedio avverso quel tipo di provvedimenti, bensì l'estensione dell'ambito applicativo di un motivo revocatorio già previsto dall'ordinamento.

¹⁷ Per l'opinione contraria, in ragione di un'interpretazione estensiva (*recte*: analogica) del concetto di «sentenza» ex art. 395, n. 5) c.p.c., v. E.F. RICCI, *L'efficacia «vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 819 ss.; G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.* 1994, p. 645; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, 688 ss.; nel senso dell'irrevocabilità v. l'autorevole opinione di C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, Padova, 2012, pp. 94 e 230.

In questa ipotesi, il soccombente può prevenire il conflitto pratico fra giudicato statale e un precedente lodo arbitrale, senza che vi sia bisogno di mutuare il motivo revocatorio di cui al n. 5). Ove tale conflitto, invece, si produca dovrà prevalere il giudicato statale, non in quanto tale bensì in quanto posteriore¹⁸.

L'ipotesi inversa del lodo arbitrale in contrasto con un precedente giudicato statale o con precedente lodo definitivo è espressamente disciplinata dall'art. 828, comma 1, n. 8) c.p.c. che accorda l'impugnazione per nullità se la precedente decisione sia stata «prodotta nel procedimento arbitrale». Pertanto, sarebbe esclusa la possibilità di risolvere *a posteriori* il contrasto pratico tra lodo arbitrale e sentenza statale o tra lodi allorché la precedente decisione non sia stata portata all'attenzione degli arbitri, per omissione delle parti¹⁹. In questo caso, l'omissione della parte soccombente nel giudizio arbitrale, in virtù del principio di autoresponsabilità²⁰, comporterebbe rinuncia agli effetti della sentenza, con conseguente

¹⁸ Nel senso che il lodo arbitrale deve prevalere sulla sentenza statale, cfr. E. MARINUCCI, *Nota sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1177 ss., spec., p. 1192, il quale afferma che «[S]e la ragione fondante della prevalenza della seconda decisione risiede nella predisposizione contro la stessa della revocazione ordinaria ex art. 395, n. 5, c.p.c., dalla non proponibilità di tale rimedio contro il lodo o la sentenza successivi, rispettivamente, a una sentenza o a un lodo passati in giudicato e non tempestivamente allegati, può discendere [...] il principio, secondo il quale, in questo settore dell'ordinamento, vale la opposta regola della prevalenza della prima decisione, sia essa quella degli arbitri o del giudice togato». Invero, tale conclusione non considera che la risoluzione del contrasto pratico tra giudicati a favore di quello formatosi per secondo risiede non solo nel fatto che la violazione di un precedente giudicato sia vizio di nullità sanabile dalla mancata impugnazione della seconda decisione, ma anche sulla rinuncia, ancorché tacita, agli effetti del giudicato per effetto della mancata impugnazione della seconda sentenza contraddittoria. La mancata impugnazione della seconda sentenza e, dunque, la sua accettazione, manifesta implicitamente la volontà del soccombente nel secondo giudizio di rinunciare agli effetti della prima a sé favorevoli. Peraltro, a prescindere dalle soluzioni basate sull'art. 395, n. 5) c.p.c., potrebbe affermarsi la prevalenza del secondo giudicato in ragione del criterio temporale, come può leggersi nelle classiche pagine di E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., ristampa, Napoli, 2018, p. 599, secondo cui dovrebbe applicarsi «il principio generale per cui fra due precetti giuridici diretti a regolare la stessa materia e fondati sul medesimo titolo di competenza, il posteriore in ordine di tempo prevale su quello anteriore».

¹⁹ L'espresso riferimento alla produzione del documento attestante il passaggio in giudicato, in luogo della previgente sollevazione dell'eccezione di cosa giudicata, costituisce positivizzazione, ad opera del d.lgs n. 40 del 2 febbraio 2006, dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'*exceptio rei iudicatae* è rilevabile d'ufficio. Posizione quest'ultima già sostenuta dai Maestri, la quale trova giustificazione proprio nell'art. 395, n. 5) c.p.c. laddove sottrae l'eccezione di giudicato a qualsiasi regime preclusivo e individua nella scadenza dei termini per proporre la revocazione ordinaria il momento ultimo per sollevarla (v. sul punto G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, ristampa, Napoli 1965, p. 914; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, p. 34, nota n. 81; E.T. LIEBMAN, *Sulla rilevanza d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1947, p. 359 ss.) e recepita a partire da Cass., sez. un., 23 ottobre 1995, n. 11018, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 824 ss., con nota di G. SCARSELLI, *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, nonché dalla successiva Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 226, secondo cui gli effetti del giudicato devono ritenersi sempre rilevabili anche d'ufficio, sulla base della negazione di qualsiasi ontologica differenza fra il giudicato interno e quello esterno.

²⁰ Il quale è definito da M. GRADI, *op. cit.*, p. 40, come «canone di imputabilità ai litiganti delle conseguenze sfavorevoli delle proprie strategie processuali». Per il riconoscimento in ambito processuale del principio di autoresponsabilità v. E. Betti, *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1561, secondo cui il mancato assolvimento dell'onere di tutelarsi o di reagire all'altrui pretesa comporta che la parte inerte subisca le conseguenze della propria condotta. Per una analisi in chiave di teoria generale del principio si rimanda alla classica trattazione di S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 464 ss.. A proposito del contrasto pratico tra giudicati, il principio di autoresponsabilità, quale regola di

accettazione di quelli del lodo²¹. Tale asimmetrica²², e finanche irragionevole, scelta del legislatore pare, tuttavia, “aggirabile” in via interpretativa. Secondo alcuni²³, in caso di mancata produzione nel giudizio arbitrale del documento che attesti il precedente giudicato, è comunque possibile far valere la nullità del lodo ai sensi dell’art. 829, comma 1, n. 4) c.p.c., posto che il rilievo (officioso) del giudicato avrebbe impedito la pronuncia nel merito nel secondo procedimento. Secondo altri²⁴, invece, contro il lodo sarebbe proponibile la revocazione ex art. 395 c.p.c., in ragione del rinvio che l’art. 827 c.p.c. fa all’anzidetto rimedio, siccome l’art. 831 c.p.c. non perimetrerebbe i motivi revocatori ammissibili contro il lodo, bensì impedirebbe la rinuncia preventiva ai motivi di revocazione straordinari.

Le ipotesi rapidamente scorse di inammissibilità del rimedio revocatorio si sono finora tutte verificate nella pratica. *Per converso*, il caso della decisione di merito della Corte di Cassazione, ai sensi dell’art. 384, comma 2, c.p.c., contraria ad un precedente giudicato non rilevato nel giudizio di legittimità, pare essere mera ipotesi di scuola che non ha ancora avuto un riscontro concreto. E, tuttavia, non può escludersi che esso in futuro si possa verificare. Di qui l’interesse ad un ulteriore approfondimento.

5. Il contrasto pratico fra la sentenza della Cassazione che pronuncia nel merito e un antecedente giudicato *de eadem re*: la tesi della prevalenza del primo giudicato

L’introduzione legislativa della possibilità per la Corte di Cassazione di pronunciare nel merito «qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto» apre potenzialmente al contrasto pratico fra le sentenze della Corte di legittimità con un precedente giudicato. Nell’ottica dei

risoluzione del conflitto a favore del secondo giudicato, può essere evocato, almeno sul piano descrittivo, nei limiti in cui la parte soccombente non abbia sollevato nel secondo giudizio l’*exceptio rei iudicatae* e non abbia impugnato la decisione sfavorevole contraria al precedente giudicato *de eadem re* ai sensi dell’art. 395, n. 5) c.p.c. ovvero non si sia avvalsa di tutti gli strumenti accordatigli dall’ordinamento per prevenire il contrasto pratico tra giudicati.

²¹ Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell’arbitrato*, Bologna, 2021, p. 377.

²² L’impugnazione del lodo per nullità ai sensi dell’art. 829, n. 8) c.p.c. presuppone la produzione in giudizio del documento che attesti il passaggio in giudicato della sentenza o del lodo antecedenti, mentre il rimedio ex art. 395, n. 5) c.p.c. è esperibile anche nel caso in cui il documento sia stato ignorato. Si crea così una difficilmente giustificabile differenza di tutela tra l’intangibilità del lodo successivo alla sentenza passata in giudicato e la revocabilità della sentenza. Secondo, invece, E. MARINUCCI, *Nota sull’impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1177 ss., questa differenza sarebbe giustificata dal tenore dell’art. 819-ter c.p.c., il quale, recepito l’orientamento giurisprudenziale delle cc.dd. «vie parallele», esclude la litispendenza tra giudizio ordinario e procedimento arbitrale e ammette lo svolgimento parallelo dell’uno e dell’altro. Più precisamente, «il principio secondo il quale arbitrato e giudizio ordinario possono scorrere su vie parallele [...], si completa con la regola, secondo la quale un lodo e una sentenza non possono essere annullati, qualora, rispettivamente, la precedente sentenza o il precedente lodo passati in giudicato (contrari, sullo stesso oggetto e fra le stesse parti) non siano stati allegati tempestivamente nel corso dei giudizi» (p. 1193). Di talché, è onere delle parti allegare la contrarietà del lodo a precedente sentenza statuata. Il rimedio ex art. 829, n. 8) c.p.c. sarebbe allora inteso a rimediare il mancato rilievo da parte degli arbitri della previa formazione del giudicato *de eadem re*.

²³ V. C. PETRILLO, *Revocazione del lodo e vizi di nullità*, Pisa, 2018, p. 172.

²⁴ L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Artt. 806-840, in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014, p. 944.

poteri di impugnazione delle parti, tale ipotesi appare particolarmente problematica²⁵ giacché l'art. 391-ter c.p.c. non contempla tra i motivi di revocazione la contrarietà della sentenza di merito pronunciata dalla Cassazione a precedente giudicato, sul calco dell'art. 395, n. 5) c.p.c.. Attesa l'idoneità della sentenza ex art. 384, comma 2, c.p.c. a produrre gli effetti di giudicato sostanziale, non può escludersi *in thesi* la possibilità che essa entri in contrasto pratico con una previa decisione passata in giudicato *de eadem re*. Secondo alcuni²⁶, la mancanza di mezzi di impugnazione per far valere la contrarietà ad un precedente giudicato assume un'importanza dirimente ai fini della risoluzione della questione in esame. Infatti, a tenore dell'art. 161, comma 1, c.p.c., qualora la nullità della sentenza (successiva) non possa essere fatta valere con l'appello o con il ricorso per Cassazione, il suo passaggio in giudicato formale non è idoneo a sanare tale nullità. Di talché, rispetto alle sentenze di merito rese dalla Corte di Cassazione, per le quali, come detto, non è ammesso né la revocazione ex art. 395, n. 5), c.p.c.²⁷, né altro mezzo di impugnazione, il contrasto con il precedente giudicato resterebbe insanato. Sarebbe, dunque, prospettabile un'*actio nullitatis sententiae* contro la decisione di merito della Cassazione contraria ad un precedente giudicato, al fine di accertare la nullità insanabile da cui è affetta.

²⁵ Sul punto v. C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, cit., p. 175 ss.; Id., *Sul «processo di cassazione in funzione di una decisione tendenzialmente sostitutiva pur se nomofilattica»*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, p. 297 ss.; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, II, p. 484. In giurisprudenza, sull'inammissibilità del rimedio revocatorio anche quando la Cassazione abbia deciso nel merito, v. Cass. 27 aprile 2004, n. 7998; più di recente, Cass., sez. un., 23 novembre 2015, n. 23833, secondo cui «[è] inammissibile il ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 5, c.p.c. nei confronti delle sentenze pronunziate dalla Corte di cassazione, trattandosi di motivo di revocazione non contemplato dalla disciplina positiva; né è possibile pervenire, in via interpretativa, ad una differente soluzione per le sentenze che abbiano deciso nel merito ai sensi dell'art. 384 c.p.c. giacché l'art. 391 ter c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2006, pur ampliando il novero dei mezzi di impugnazione esperibili avverso dette pronunce, non ha incluso tale ipotesi»; v. anche Corte cost., 24 febbraio 2006, n. 77 con nota di G. IMPAGNATIELLO, *Sulla revocazione per contrasto di giudicati delle sentenze di merito della Cassazione*, in *Giusto processo civ.*, 2006, 2, p. 143 ss., la quale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 391-bis c.p.c., censurato in riferimento all'art. 24 comma 2 cost., nella parte in cui non prevede la revocazione di sentenze rese dalla Corte di cassazione nel caso previsto dall'art. 395, n. 5) c.p.c. Invero, in presenza di una costante giurisprudenza di legittimità per la quale, in ipotesi di contrasto di giudicati, prevale il secondo giudicato, sempre che quest'ultimo non sia stato sottoposto a revocazione, il giudice *a quo* non avrebbe adempiuto all'onere di motivare, ai fini della rilevanza della questione proposta, in ordine all'interesse della parte ricorrente alla revocazione di una pronuncia di condanna di ammontare inferiore rispetto a quella contenuta nella sentenza che, secondo la regola giurisprudenziale, dovrebbe regolare i rapporti fra le parti in caso di accoglimento della domanda proposta, restando in tal modo esclusa la possibilità di controllo della rilevanza della questione stessa.

²⁶ Così M. GRADI, *op. cit.*, p. 235, il quale riprende il pensiero di A. CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dall'art. 101 c.p.c.*, in *Giusto processo civ.*, 2011, p. 68 ss. e, ancor prima, Id., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, p. 65, secondo cui l'inesperibilità della revocazione ex art. 395, n. 5) c.p.c., rendendo insanabile il vizio da cui è affetta la seconda sentenza, non impedisce di farne valere l'inefficacia con un'autonoma *actio nullitatis*.

²⁷ Cfr. sul punto l'ambigua Cass. 22 aprile 2015, n. 8255, la quale, nell'escludere l'ammissibilità del rimedio revocatorio di cui al n. 5) per le sole sentenze di mera legittimità, sembra ammettere, *a contrario*, la revocazione delle sentenze che pronunciano nel merito contrarie ad un precedente giudicato.

Tale soluzione poggerebbe sull'insegnamento del Calamandrei²⁸, secondo cui in un ordinamento processuale che non conosce mezzi di impugnazione della sentenza, i vizi di nullità, a differenza della generica ingiustizia della decisione, possono essere denunciati *sine die* mediante un'autonoma azione di accertamento, salva l'operatività delle norme materiali volte a stabilizzare la realtà sostanziale (usucapione, prescrizione, decadenza, prescrizione per non uso *etc*). A rigore, ne consegue che il conflitto fra un primo giudicato e una successiva sentenza della Cassazione deve essere risolto a favore della prima in ragione della nullità insanabile da cui è affetta la seconda.

In altri termini, alla formazione del primo giudicato seguirebbe l'esaurimento del potere giurisdizionale rispetto alla *res in iudicium deducta*, donde la possibilità di denunciare *sine die* il vizio di nullità insanabile da cui è affetta la sentenza pronunciata dalla Cassazione.

I sostenitori dell'impostazione in commento ritengono che la soluzione offerta sia generalizzabile e, dunque, applicabile a tutti quei casi in cui la seconda decisione non sia impugnabile per contrasto con il precedente giudicato, in ragione della natura del secondo provvedimento o di quello anteriore²⁹. Invero, in caso di contrasto pratico tra giudicati, bisognerebbe ammettere che accanto alla regola della prevalenza del secondo giudicato – la quale trova un solido referente normativo nell'art. 395, n. 5) c.p.c., nella misura in cui tratta la violazione del precedente giudicato come vizio della seconda sentenza che può essere fatto valere, a pena di decadenza, con la revocazione ordinaria³⁰ – conviva quella opposta della prevalenza del primo; non si tratta di un rapporto di regola ad eccezione bensì di due distinti criteri di risoluzione del conflitto, praticabili a seconda del caso concreto.

6. La tesi tradizionale della prevalenza del secondo giudicato

La dottrina tradizionale insegna che il contrasto pratico tra giudicati deve essere risolto a favore di quello formatosi per ultimo³¹. Trattasi di soluzione largamente accolta negli ordinamenti europei³² e anche oltreoceano; in particolare, è accolta nell'ordinamento

²⁸ P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1979, p. 249; nonché *Id.*, *La Cassazione civile*, in *Opere giuridiche*, VI, Napoli, 1976, pp. 24 ss. a proposito dell'ordinamento giuridico romano arcaico e repubblicano.

²⁹ V. *supra* § 1.

³⁰ A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 2021, p. 534.

³¹ V., per tutti, G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 920; v. anche E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 599; *Id.*, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, ristampa, Roma, 2021, p. 35.

³² Il sistema processuale tedesco prevede, al § 580, n. 7) Z.P.O., un autonomo motivo di revocazione che consente la riapertura del processo (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) conclusosi con il secondo giudicato, purché la parte dimostri di non aver potuto sollevare l'eccezione di cosa giudicata per aver saputo solo successivamente della previa formazione del giudicato *de eadem re*. L'azione è proponibile entro un mese dalla scoperta del giudicato anteriore e comunque entro il termine di decadenza di cinque anni dal passaggio in giudicato della seconda sentenza. L'ordinamento francese, invece, ammette, ai sensi dell'art. 618 *code de procédure civile*, uno speciale ricorso per Cassazione per denunciare il conflitto tra giudicati. La *Cour de cassation* ha il potere di dare prevalenza al primo o al secondo giudicato, oppure di annullarli entrambi. Trattasi di

processuale nordamericano ove la risoluzione del conflitto pratico tra giudicati è affidata alla «*last-in-time rule*»³³.

In disparte l'argomento comparatistico, non è superfluo osservare che, in termini di analisi economica del processo, la prevalenza del primo giudicato produce effetti deflativi del contenzioso siccome disincentiva la parte soccombente nel primo giudizio a reiterare l'esperimento giudiziale³⁴.

Tuttavia, contro la prevalenza del primo giudicato militano argomenti tanto di carattere normativo quanto di carattere sistematico, i quali orientano l'interprete a risolvere il contrasto pratico a favore del giudicato posteriore. Se, da un lato, è vero che tale soluzione incentiva la rinnovazione del giudizio, dall'altro, essa pare maggiormente in linea con il principio di autoreponsabilità delle parti e, più in generale, con il modello di tutela giurisdizionale dei diritti semi-dispositivo³⁵.

È stato efficacemente osservato che «*chi nel processo non agisce come deve, ha da sopportarne le conseguenze*»³⁶: è proprio la possibilità di impugnare la seconda sentenza prima del passaggio in giudicato, ai sensi dell'art. 395, n. 5) c.p.c., il fondamento normativo della prevalenza del giudicato posteriore³⁷; al contrario, i sostenitori della tesi qui criticata opinano che quando la legge non accorda tale rimedio il conflitto dovrebbe risolversi a favore del primo giudicato, con conseguente ammissibilità di un'*actio nullitatis sententiae* avverso la seconda sentenza. Senonché, l'argomento fondato sull'inammissibilità della revocazione per contrasto con precedente giudicato per sostenere la prevalenza del primo appare claudicante; dall'inammissibilità del rimedio revocatorio non è corretto trarre, sul piano logico ancor prima

soluzione ben più elastica rispetto a quella tedesca, il cui scopo è quello di realizzare l'armonia dei giudicati anche a costo di sostenere maggiori costi di attività correlati alla rinnovazione dell'esperimento giudiziale.

³³ Principio affermato a partire dalla sentenza della Corte Suprema *Treinies v. Sunshine Mining Co.*, 330 U.S. 66 (1939).

³⁴ In tal senso, R. B. GINSBURG, *Judgments in Search of Full Faith and Credit: The Last-in-Time Rule for Conflicting Judgment*, in *Harvard Law Review*, Feb., 1969, Vol. 82, No. 4, p. 798 ss, secondo cui «*A first-in-time rule would lessen the incentive of the party discontented with the first adjudication to relitigate*». Per la dottrina brasiliana, estremamente sensibile al tema del conflitto pratico tra giudicati, v. DE MORAIS SOARES, *Conflito de coisas julgadas: qual sentença deve prevalecer quando há duas manifestações de mérito sobre um mesmo objeto?*, in *Jus navigandi*, disponibile su: <https://jus.com.br/artigos/86566/conflito-de-coisas-julgadas-qual-sentenca-deve-prevalecer-quando-ha-duas>.

³⁵ Sul rapporto tra principio di autoreponsabilità e rinuncia all'impugnazione cfr. Cass., sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019, 4-5, 1355, nota di M. COMASTRI.

³⁶ Così G. MESSINA, *Contributo alla teoria della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 19.

³⁷ Sulla possibilità di esperire l'azione «*rescisória*» contro la sentenza posteriore fa leva la dottrina brasiliana, unitamente alla giurisprudenza, per sostenere la prevalenza del giudicato formatosi per ultimo. In tal senso, cfr. ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil*, Rio de Janeiro, 1992, p. 285. In particolare, la possibilità accordata, ai sensi dell'art. 966 del *código do processo civil*, alla parte soccombente nel secondo processo *de eadem re* di richiedere la rescissione del giudicato posteriore veicola il convincimento per cui, decorso il termine per impugnare, quest'ultimo debba prevalere; se finisse per trionfare sempre la prima sentenza non vi sarebbe ragione per prevedere l'azione per rescinderla. Ma v. in senso contrario, T. ARRUDA ALVIM, *Sul problema dell'esistenza di due giudicati contraddittori nel diritto brasiliano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2022, p. 99 ss., la quale sostiene altresì la prevalenza del primo giudicato, con sostanziale disapplicazione della disposizione sull'azione «*rescisória*», spendendo argomenti non dissimili da quelli illustrati al § 6.

che su quello giuridico, la prevalenza del primo giudicato sul secondo giacché l'esperibilità dell'*actio nullitatis sententiae* postula l'inesistenza di qualunque rimedio preventivo per denunciare la violazione. Invero, la revocazione della sentenza contraria a precedente giudicato *de eadem re* è solo uno dei mezzi di prevenzione del contrasto pratico, al pari dell'*exceptio rei iudicatae*. Tali strumenti di prevenzione del contrasto sono riconducibili al principio di autoresponsabilità delle parti: alla mancata attivazione dei mezzi di prevenzione segue l'accettazione, ancorché tacita, del secondo giudicato con conseguente rinuncia agli effetti del primo. La facoltà di denunciare il potenziale contrasto pratico, attraverso la sollevazione, il rilievo officioso dell'eccezione di cosa giudicata o l'impugnazione della sentenza nulla, fra la sentenza della Cassazione che pronunci nel merito e un giudicato anteriore, non lascia la parte vincitrice nel primo giudizio sprovvista di un rimedio preventivo. Di qui la seguente conclusione: la possibilità di prevenire il contrasto pratico tra giudicati – vuoi per mezzo dell'eccezione di cosa giudicata vuoi per mezzo del rimedio revocatorio – consente di affermare la prevalenza del secondo giudicato, siccome la parte che non ha attivato tutti i rimedi accordatigli dall'ordinamento accetta il secondo giudicato, il quale farà «*stato ad ogni effetto*». Peraltro, anche a voler considerare l'efficacia normativa della cosa giudicata si giunge alla medesima conclusione: si assegna prevalenza al giudicato formatosi per secondo in applicazione (analogica) del principio che regola la successione degli atti normativi nel tempo. Pertanto, si può affermare chiosando che «*iudicatum posterior derogat priori*³⁸».

Per converso, in un sistema che non contempla mezzi di prevenzione del contrasto pratico, quest'ultimo non può che risolversi a favore della prima decisione siccome la parte vincitrice nel primo giudizio non ha modo di prevenire il contrasto. Di talché, è sufficiente anche un solo strumento di prevenzione del conflitto, attivabile prima del passaggio in giudicato della seconda decisione, per ritenere, da un lato, operante il principio di autoresponsabilità e, dall'altro, la prevalenza del secondo giudicato sul primo, purché detto rimedio sia effettivo. Viene così a delinearsi un sistema di prevenzione del contrasto pratico tra giudicati sì asimmetrico ma coerente sul piano sistematico: asimmetrico perché il contrasto pratico tra sentenza della Cassazione che pronunci nel merito e il precedente giudicato *de eadem re* può essere prevenuto, in ragione della lacuna dell'art. 391-ter c.p.c., con il solo strumento dell'*exceptio rei iudicatae*; coerente perché, attesa la medesimezza del fenomeno giuridico (i.e.: il contrasto pratico tra giudicati), l'ordinamento appronta la stessa soluzione ovvero la prevalenza del secondo giudicato sul primo, ove alla parte vincitrice nel primo giudizio sia accordato un rimedio preventivo. Va da sé che la possibilità di sollevare o rilevare d'ufficio l'eccezione di cosa giudicata è sufficiente a ritenere operante, nel caso di contrasto tra la sentenza della Cassazione che pronunci nel merito con un precedente giudicato, il principio di

³⁸ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, p. 126.

autoresponsabilità, il quale consente di risolvere l'antinomia a favore della seconda decisione inimpugnabile.

Benché tale soluzione sia coerente sul piano logico-sistematico, la parte vittoriosa nel primo giudizio riceve una tutela *minoris generis*: l'inammissibilità della revocazione ex art. 395, n. 5) c.p.c. avverso le sentenze di Cassazione riduce, come detto, alla sola eccezione di cosa giudicata la tutela preventiva della parte vittoriosa. Tale esclusione, veicolata dal tenore letterale dell'art. 391-ter c.p.c., potrebbe essere foriera di una (nuova³⁹) questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.. Peraltro, l'incostituzionalità dell'esclusione del motivo di cui al n. 5) si acuisce allorquando il primo giudicato si sia formato dopo il decorso del termine ex art. 378 c.p.c. per il deposito delle memorie ovvero nella «zona grigia⁴⁰» fra l'udienza di discussione, ex art. 379 c.p.c., e il deposito della sentenza. Invero, se si ritiene che detto giudicato sia antecedente, non solo cronologicamente ma anche giuridicamente, rispetto a quello di Cassazione esso sarà *inutiliter datum*, attesa l'assenza di un rimedio per far valere la contrarietà del giudicato formatosi in Cassazione rispetto al primo. *Per converso*, ove si ipotizzi, in applicazione della teoria dell'efficacia della cosa giudicata nel tempo⁴¹, che il giudicato di merito sia successivo rispetto a quello di Cassazione (siccome formatosi successivamente al momento ultimo in cui è possibile dedurlo nel processo, *i.e.* la memoria ex art. 378 c.p.c.), allora la sentenza resa dalla Corte nascerebbe «già morta⁴²». Si tratterebbe di un inutile spreco di risorse siccome il criterio di risoluzione del contrasto pratico tra giudicati opererebbe a favore di quello non dedotto (e nemmeno deducibile) nel giudizio di Cassazione. In questa ipotesi, il patente contrasto con il diritto (costituzionale) alla difesa e il principio di ragionevolezza induce a ritenere incostituzionale l'art. 391-ter, nella misura in cui non prevede espressamente il motivo di revocazione della sentenza di cui all'art. 395, n. 5) c.p.c. contro le sentenze della Cassazione che hanno pronunciato nel merito, allorquando il

³⁹ Cfr. *supra* nota 25.

⁴⁰ C. CONSOLO, *ult. op. cit.*, p. 95.

⁴¹ R. CAPONI, *L'efficacia della cosa giudicata civile nel tempo*, Milano, 1991, p. 113 ss., spec. 118, secondo cui «in mancanza di una disposizione specifica [...] la determinazione del momento a cui si riferisce il giudicato nel nostro ordinamento, in relazione agli effetti giuridici prodotti dall'intervento di fatti rilevanti, deriva dunque da due considerazioni: la prima attiene alla natura dichiarativa del giudicato [...]; la seconda attiene all'economia dei giudizi che impone che si tenga conto del fatto sopravvenuto nel corso del giudizio. La soluzione è quella di riferire l'accertamento giudiziale all'ultimo momento in cui i fatti possono essere introdotti in quel grado di giudizio che si è concluso con la sentenza passata in giudicato», di talché tutti i fatti, tra cui la formazione della cosa giudicata, successivi al decorso del termine ex art. 378 c.p.c. sono successivi rispetto al giudicato formatosi in Cassazione.

⁴² Tale preoccupazione è avvertita da Cass., sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, In *Foro it.*, 2007, I, c. 493, secondo cui sarebbe «[...] contrario ai criteri di logicità ed economia cui deve essere costantemente orientata la vicenda processuale, imporre a un giudice di pronunciare una sentenza che egli, nel momento della decisione, già sa essere in contrasto con il principio del *ne bis in idem* e potenzialmente destinata a essere inutiliter data. Questa, e non altra, sarebbe la condizione nella quale si troverebbe la Corte di legittimità, qualora dovesse omettere – consapevolmente e (eventualmente) per effetto di una opzione esegetica (eccessivamente) formalista – di dare rilievo al giudicato esterno [...]».

giudicato si sia formato dopo lo spirare del termine *ex art.* 378 c.c. per il deposito di memorie ovvero dopo l'ultima parentesi utile per allegare fatti sopravvenuti⁴³.

Invero, fuori dall'ipotesi del giudicato formatosi dopo il termine di cui all'art. 378 c.p.c., ove il giudicato si sia formato prima del termine ultimo per l'allegazione dei fatti sopravvenuti, una soluzione pratica, in assenza dell'apposito rimedio revocatorio, potrebbe essere quella di "rafforzare" l'eccezione di precedente giudicato, attraverso la valorizzazione del «valore giuridico» rappresentato dalla cosa giudicata⁴⁴: formatasi quest'ultima il rapporto fra le parti non è più disciplinato dalla legge, ma dal giudicato materiale in ragione del meccanismo di sganciamento della fattispecie giuridica dalla sua fonte originaria. Pertanto, il rapporto è «a ogni effetto» retto dal diritto sostanziale previsto dal giudicato, con conseguente obbligo per il giudice di darvi applicazione, in ragione della regola *iura novit curia*, indipendentemente dall'impulso di parte.

7. La rilevabilità d'ufficio del giudicato formatosi in fase di merito come possibile rimedio preventivo del contrasto pratico

Battendo questa via, ciò che si vuole giungere a dimostrare è la soggezione del giudicato, quale *regula iuris* del caso concreto, al canone *iura novit curia*, indipendentemente dal fatto che si sia formato in sede di legittimità o nelle fasi di merito. L'implicazione pratica di tale assunto è la seguente: il giudicato esterno è rilevabile d'ufficio in sede di legittimità, sì da prevenire il contrasto pratico con la successiva sentenza della Cassazione, indipendentemente dall'allegazione dello stesso da parte dell'interessato, e ciò tanto nel caso di giudicato formatosi nelle fasi di merito quanto dinnanzi alla stessa Cassazione. Per fare ciò è necessario tracciare *breviter* l'evoluzione giurisprudenziale circa la rilevabilità d'ufficio del giudicato esterno.

⁴³ Cfr. sul punto A. GIUSSANI, *Sulla prova della formazione del giudicato esterno in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 459 ss., come nota a Cass. 6 settembre 2012, n. 14939, e poi in *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 293.

⁴⁴ Nel senso che il giudicato costituisce *lex specialis* del caso concreto e che, al pari delle norme di diritto, abbia il crisma della normatività, v. da ultimo Cass., sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5633, in *Riv. es. forz.*, con nota di F. Tizi, *Le Sezioni Unite ammettono il sindacato di legittimità in ordine al titolo esecutivo costituito dalla sentenza passata in giudicato*, p. 1051 ss., secondo cui «[A] conseguenze diverse dall'atto di autonomia privata deve pervenirsi con riferimento al giudicato. L'interpretazione di quest'ultimo, svolta mediante i canoni esegetici di cui all'art. 12 preleggi, ha quale termine di riferimento una norma di diritto sostanziale. La natura di "legge del caso concreto" che il giudicato possiede impedisce di ridurne la problematica nel processo civile al solo tema del contrasto fra giudicati e impone di valorizzare la natura di istituto di diritto sostanziale che la cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c. possiede. Ciò che distingue il giudicato dalla sentenza priva di tale carattere è la normatività dell'accertamento che vi è contenuto, e che è attestata dall'art. 2909 c.c., [...] ciò che "fa stato" non è la sentenza passata in giudicato ma "l'accertamento" ivi contenuto.»; v. anche da ult. V. DE CAROLIS, *Il vaglio in Cassazione dell'interpretazione del titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato*, in *Giur. it.*, 3, 2023, p. 574 ss, il quale mette in luce la irragionevole disparità di trattamento tra attività ermeneutica avente ad oggetto titoli esecutivi costituiti da sentenze passate in giudicato rispetto a quelle provvisoriamente esecutive.

Ancora nella prima metà degli anni '90 era consolidato l'orientamento in base al quale il giudicato esterno potesse essere rilevato solo su istanza di parte. A partire da Cass., 23 ottobre 1995, n. 11018, seguita da Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 226⁴⁵, la giurisprudenza ha riqualificato quella di giudicato esterno come eccezione rilevabile d'ufficio, purché la parte interessata all'effetto avesse provato il passaggio in giudicato attraverso l'attestazione di cui all'art. 124 disp. att. c.p.c.. Pertanto, all'epoca residuava ancora una differenza tra giudicato interno ed esterno: il primo era automaticamente acquisito agli atti, talché era rilevabile anche in assenza di specifiche produzioni documentali; il secondo, invece, siccome elemento di fatto extraprocessuale e non elemento di diritto *tout court* doveva essere specificamente allegato e provato. Da questa impostazione, discendeva la non trascurabile conseguenza per cui il giudicato esterno non potesse dedursi per la prima volta in sede di legittimità, neppure se formatosi successivamente al decorso dei termini per la proposizione del ricorso e tuttavia prima della pronuncia della Cassazione.

Tale limitazione è stata opportunamente superata da Cass., sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, la quale ha sviluppato l'idea del giudicato esterno come elemento di diritto, e non di fatto, riconoscendo al giudice di legittimità il potere di conoscerne pienamente, e di conseguenza la facoltà della parte interessata di dedurlo, quandanche formatosi in pendenza dei termini di impugnazione, ai sensi dell'art. 372 c. p.c., o al massimo sino all'udienza di discussione se sopravvenuto alla proposizione del ricorso. Conclusione, quest'ultima, tesa, per un verso, ad assicurare effetti deflativi del contenzioso generale, pur aggravando le attività cui sono tenuti i giudici di legittimità⁴⁶, per un altro, ad evitare che la Cassazione fosse costretta a pronunciare una sentenza *inutiliter data* siccome, il contrasto tra la sentenza precedentemente passata in giudicato, non deducibile in sede di legittimità, e quella di Cassazione si sarebbe risolto a favore della prima, in applicazione della teoria degli effetti del giudicato civile nel tempo.

La giurisprudenza successiva, continuando a valorizzare l'efficacia normativa del giudicato esterno, ha affermato che la Cassazione, in ragione del dovere istituzionale di conoscere i propri precedenti, veicolato dall'art. 65 ord. giud., dovesse farne applicazione indipendentemente dall'iniziativa di parte, senza che con ciò risultasse violato il divieto di scienza privata⁴⁷. Tale impostazione, il cui fine ultimo è quello di assicurare la composizione della lite attraverso l'imposizione di una nuova disciplina del rapporto oggetto del giudicato, in sostituzione del precedente regolamento di interessi caratterizzato dall'incertezza

⁴⁵ V. *supra* nota n. 20

⁴⁶ In tal senso, A. GIUSSANI, *ult. op. cit.*, p. 292.

⁴⁷ Cass., sez. un., 17 dicembre 2007, n. 26482, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 12, seguita da Cass., sez. trib., 30 dicembre 2011, n. 30780; più di recente v. Cass. 18 maggio 2022, n. 15911, ove si legge che nel giudizio di cassazione, in caso di giudicato esterno conseguente ad una sentenza della stessa Corte, la cognizione del giudice di legittimità può avvenire anche mediante attività di ricerca (relazioni, massime ufficiali e consultazione del CED) in adempimento, da un lato, della funzione nomofilattica di cui all'art. 65 ord. giud. e, dall'altro, del dovere di prevenire contrasti tra giudicati, in coerenza con il divieto del *ne bis in idem*.

soggettiva⁴⁸, strizza l'occhio alla teoria sostanziale del giudicato⁴⁹ siccome assegna alla sentenza un valore normativo «*quale regola ormai indiscutibile per le parti nei rapporti fra loro e quale criterio obbligatorio per il giudice in qualunque giudizio futuro sul medesimo oggetto*⁵⁰».

È stato notato che la piena equiparazione dei giudicati esterni alle norme di diritto è inconciliabile con il disposto dell'art. 395, n. 5) c.p.c., il quale presuppone che il giudice non abbia pronunciato sull'eccezione di giudicato; di talché, se il giudicato esterno è norma di diritto soggetta al canone *iura novit curia*, allora su di esso deve ritenersi che il giudice pronunci sempre, ancorché implicitamente. Sarebbe, dunque, impossibile coerenzializzare la rilevanza *omnimodo* del giudicato esterno con il motivo revocatorio di cui al n. 5): si giunge alla conclusione, invero paradossale, secondo cui alcuna sentenza risulterebbe mai soggetta a tale motivo di revocazione siccome il giudice pronunzierebbe implicitamente sull'eccezione di cosa giudicata. Si tratterebbe allora di un vizio di attività del giudice censurabile in sede di legittimità, con conseguente *interpretatio abrogans* dell'art. 395, n. 5) c.p.c..

A ben vedere, l'art. 395, n. 5) c.p.c., almeno nell'intenzione del legislatore del 1940, urta contro la rilevanza d'ufficio del giudicato esterno siccome il rimedio avrebbe avuto proprio la funzione di supplire all'impossibilità per il giudice di rilevare d'ufficio l'eccezione di precedente giudicato, sì da prevenire il contrasto. Tuttavia, ad oggi, atteso il riconoscimento giurisprudenziale della rilevanza officiosa del giudicato esterno e della più generale efficacia normativa dello stesso, il motivo di revocazione in esame potrebbe esser considerato esperibile purché il giudice non abbia *esplicitamente* pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata, mentre in caso di pronuncia esplicita il rimedio resta il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 4) c.p.c.⁵¹.

Superato il pericolo di addivenire ad una tacita abrogazione dell'art. 395, n. 5) c.p.c., bisogna verificare se il *discrimen* tra rilevanza d'ufficio del giudicato formatosi in sede di legittimità a

⁴⁸ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale*, 1930, IV, n. 381; Id, *Teoria generale del diritto*, Napoli, ristampa 1998, p. 20 e p. 59; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, ristampa 1992, p. 23; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della sentenza*, Milano, 1958, p. 91.

⁴⁹ Secondo G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile* (dir. vig.), in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1968, p. 818 ss., spec. p. 813 (nt. 124) l'idea della sentenza intesa come *lex specialis* del caso concreto, oltre ad affondare le proprie radici nel diritto romano, deve la sua teorizzazione a O. BULOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1885, 6 e ss.. Nella dottrina italiana, per l'inquadramento della sentenza passata in giudicato in termini di *lex specialis*, cfr., tra tutti, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 268 ove si legge: «*proprio e solo perché la decisione è un fatto giuridico essa produce quel tipico mutamento del mondo, che consiste nel trasformare una lex generalis, la quale riguarda una categoria, in una lex specialis, la quale riguarda una specie*».

⁵⁰ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 584.

⁵¹ Cfr. Cass, civ., sez. trib., 04 ottobre 2022, n. 28733, secondo cui qualora l'esistenza del giudicato esterno non sia fatta oggetto di specifica pronuncia da parte del giudice, la sentenza d'appello pronunciata in difformità dallo stesso è impugnabile con il ricorso per revocazione ex art. 395, n. 5, c.p.c., mentre, nelle ipotesi in cui l'esistenza di tale giudicato abbia costituito oggetto di eccezione ritualmente sollevata in giudizio, la sentenza d'appello difforme non è impugnabile con il ricorso per revocazione ma solo con il ricorso per cassazione.

prescindere da qualsiasi iniziativa della parte interessata e la subordinazione della rilevanza del giudicato esterno formatosi nel giudizio di merito all'allegazione e alla prova dello stesso da parte dell'interessato sia giustificabile.

8. La rilevanza d'ufficio del giudicato formatosi in fase di merito a prescindere dall'assolvimento dell'onere dell'allegazione: riaffermazione della regola *iura novit curia*.

Come detto, la rilevanza d'ufficio del giudicato esterno formatosi in sede di legittimità poggia sull'obbligo istituzionale della Corte di conoscere i propri precedenti. Talché, rispetto alle sentenze di merito passate in giudicato, il giudice di legittimità non avrebbe il medesimo obbligo di rilievo officioso. Senonché, tale conclusione porta all'indebita sovrapposizione tra l'efficacia del precedente e quella del giudicato, concetti invero assai diversi. Dietro tale equiparazione si annida una ragione di ordine pratico: le sentenze di Cassazione sono più facilmente reperibili da parte del giudice, a dispetto di quelle di merito. Ciò non toglie che il giudice di legittimità potrebbe *aliunde* venire a conoscenza della previa formazione del giudicato *de eadem re* in fase di merito, con il rischio, ove non si ammettesse la rilevanza d'ufficio a prescindere dall'iniziativa di parte, di addivenire al contrasto pratico tra giudicati, rimediabile solo *a posteriori*.

Tra la sentenza di Cassazione e quella di merito passate in giudicato non c'è alcuna differenza ontologica. Pertanto, ad entrambe andrebbe applicato il canone *iura novit curia*⁵². Possono, dunque, distinguersi due ipotesi: nella prima la parte interessata allega l'esistenza di un giudicato *de eadem re* formatosi in fase di merito ma non produce l'attestazione ex art. 124 disp. att. c.p.c.; nella seconda, invece, manca qualunque allegazione di parte intorno al precedente giudicato; tuttavia, il giudice ne ha avuto conoscenza *aliunde* (ad esempio perché negli atti si fa menzione del relativo procedimento e il giudice, con l'ausilio delle banche dati, ha avuto cura di verificare). Nel primo caso, nulla osta al rilievo del giudicato esterno⁵³ siccome

⁵² Come efficacemente sostenuto da A. GIUSSANI, *ult. op. cit.*, p. 295, il *discrimen* tra la rilevanza del giudicato formatosi di legittimità e quello di merito «rende non manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale: se il giudicato esterno proveniente dal giudice di merito è un elemento di cui oggi il giudice di legittimità può conoscere pienamente, ma solo se tempestivamente acquisito agli atti, e se la parte soccombente può proporre revocazione avverso la sentenza del giudice di merito quando tale acquisizione non sia avvenuta, allora il rimedio della revocazione ordinaria deve essere esperibile quando non sia stato tempestivamente acquisito il giudicato esterno proveniente dal giudice di merito anche nei confronti delle pronunce rese sul merito in sede di legittimità, dato che [...] non è a sua volta considerato compatibile con le esigenze di contenimento dei tempi della giustizia civile costringere il S.C. a rendere una pronuncia inutile [...]. In altri termini, l'alternativa formulata [...] si scioglie nel senso che la lacuna del combinato disposto degli artt. 391 ter e 395 c.p.c. debba essere colmata, per evitare disparità di trattamento a seconda dell'epoca di formazione della cosa giudicata».

⁵³ Cfr. Cass. 11 giugno 2021, n.16589, secondo cui il giudicato esterno formatosi nel giudizio di merito è rilevabile d'ufficio in sede di legittimità anche nell'ipotesi in cui la sentenza non sia stata versata in atti con la rituale certificazione di cui all'art. 124 disp. att. c.p.c.; l'accertamento del giudicato esterno non costituisce, infatti, patrimonio esclusivo delle parti, ma corrisponde ad un preciso interesse pubblico, volto ad evitare la formazione di giudicati contrastanti, in ossequio al principio del *ne bis in idem* (Nella specie, la Corte, in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento di oneri condominiali, ha dato rilievo, nonostante la sua mancata produzione in appello, ad una sentenza passata in giudicato,

«è il decorso dei termini per l'impugnazione ordinaria a rappresentare un elemento costitutivo della fattispecie produttiva degli effetti vincolanti del giudicato esterno proveniente dal giudice di merito, e l'attestato di cui all'art. 124 disp. att. ne è la prova⁵⁴», ancorché privilegiata. Sicché l'applicazione del canone *iura novit curia* può dirsi temperata dall'allegazione, ancorché lacunosa, della parte interessata, purché supportata da evidenze probatorie che consentano di inferire il passaggio in giudicato della sentenza resa in grado di merito.

Nel secondo caso, invece, v'è assoluta carenza di allegazione di parte: tanto della sentenza quanto dell'attestazione ex art. 124 disp. att.. Tuttavia, una rigorosa applicazione del canone *iura novit curia* induce a ritenere risolvibile la questione in modo non differente da come fatto in precedenza. Così, in ipotesi, pur in assenza di allegazione della parte interessata, il giudice potrebbe rilevare d'ufficio il giudicato di merito *de eadem re*, formatosi in ragione della rinuncia al ricorso ex art. 390 c.p.c., allorché egli sia stato membro del collegio che ebbe a pronunciare sulla rinuncia⁵⁵ e abbia, dunque, conoscenza effettiva del precedente giudizio⁵⁶. In questo modo, rilevata d'ufficio l'eccezione di cosa giudicata formatasi nei gradi di merito, il giudice deve assegnare termine alle parti per dedurre in merito, consentendo alla parte interessata di produrre il certificato di cui all'art. 124 disp. att. c.p.c. o, più in generale, di dare la prova del passaggio in giudicato.

La rilevabilità d'ufficio del giudicato di merito *de eadem re*, ancorché la relativa conoscenza sia stata ottenuta *aliunde* e non attraverso l'allegazione della parte interessata (ad esempio attraverso l'utilizzo di banche dati), attesa l'impossibilità di estendere analogicamente, benché la lacuna sia involontaria, la revocazione ex art. 395, n. 5) c.p.c. alle sentenze di Cassazione, pare soluzione ragionevole nell'attesa di un intervento correttivo del legislatore sul testo dell'art. 391-ter c.p.c.: non resta, dunque, che tentare nella perdurante inerzia del *conditor legum* una "virata di prua" verso l'eccezione di cosa giudicata per prevenire, nei limiti del possibile, il contrasto pratico tra giudicati in sede di legittimità.

Guidomaria De Cesare
Dottorando

intervenuta anteriormente tra le stesse parti, che aveva accertato l'insussistenza di una situazione di contitolarità tra le stesse delle aree pertinenziali).

⁵⁴ V. ancora A. GIUSSANI, *ult. op. cit.*, p. 297.

⁵⁵ Sulla formazione del giudicato di merito in caso di rinuncia V. Cass. 28 maggio 2020, n. 10140, ord., secondo cui la rinuncia al ricorso per Cassazione produce l'estinzione del processo anche in assenza di accettazione, così determinando il passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

⁵⁶ Secondo la giurisprudenza, non vi è obbligo di astensione ex art. 51 n. 4) qualora il giudice abbia già conosciuto della causa in un distinto processo tra le stesse parti (cfr. Cass. 05 giugno 2019, n. 15268; Cass. 29 settembre 2017, n. 22930; per una rassegna completa della giurisprudenza sul punto, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub* art. 51, in Carpi-Taruffo (a cura di), *Commentario breve al Codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 245.



FRANCESCO RINALDI

«Grandi utenti pubblici» e gestione convenzionale del processo, tra *soft law*, *best practices* e *case management*: tentativo di un dialogo oltre la legalità

Il lavoro tenta un'indagine, non esclusivamente empirica, su alcuni «Grandi utenti pubblici», stabilmente presenti nel processo civile, e su alcune questioni, selezionate in ragione di possibili effetti acceleratori del processo, in particolare: rilevabilità d'ufficio della prescrizione, rilevabilità ed estensione degli effetti del giudicato, utilizzazione del criterio della «ragione più liquida», possibilità di adottare protocolli d'intesa. Il lavoro è condotto su due principali dimensioni ordinanti: atti di *soft law* (protocolli/accordi) e *best practices* relative ad alcune questioni ed alcuni contenziosi, nella logica del *case management*. Ci si chiede se possano trovare ingresso regole convenzionali di gestione del processo civile, che non aggravino la relazione processuale e che rispondano ad esigenze di efficienza, attraverso la rapidità di definizione e la possibilità di deflazione di almeno alcuni giudizi, senza necessariamente pregiudicare la qualità della tutela dei diritti, nella prospettiva della funzione «promozionale» del diritto.

The work try to investigate, in a way not only empirical, on some «*Large public users*», permanently present in the civil process, and on some questions, selected due to possible accelerating effects of the process, in particular: detectability *ex officio* of the *limitation of actions*, detectability and extension of the effects of the judgment, use of the «*most liquid reason*» criterion, possibility of adopting *agreements*. The work is conducted on two main ordering dimensions: *soft law acts* (protocols/agreements) and *best practices* relating to some questions and some disputes, in the logic of *case management*. The question arises whether conventional rules for the *management* of civil process can be introduced, which do not aggravate the process relationship and which respond to efficiency needs, through the speed of definition and the possibility of deflation of at least some processes, without necessarily compromising the quality of the protection of rights, in the perspective of the «promotional» function of the law.

Sommario: 1. Attività e struttura programmatica del lavoro – 2. «Grandi Utenti» del Tribunale di Napoli – 3. Tipologia dei contenziosi – 4. Protocolli/accordi – 5. Alcuni spunti di riflessione sulla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di giudicato esterno – 6. *Segue*: il danno da occupazione *sine titulo* per assenza del titolo concessorio e alcuni rilievi su consulenze tecniche e spese di lite – 7. *Segue*: estensione volontaria del giudicato, obbligazioni naturali e pubblica amministrazione – 8. La problematica rilevabilità d'ufficio della prescrizione in materia di sanzioni amministrative e crediti tributari – 9. Lo strumento della *ragione più liquida*, a proposito di Cass., 6 settembre 2022, n. 26214 e della vicenda del decreto ingiuntivo non opposto e privo di motivazione ai danni del consumatore: sulla necessità di un approccio

polifonico alla questione e verso la *sentenza in forma semplificata* anche nel processo civile?
– 10. Qualche punto fermo e qualche proposito per il futuro.

1. Attività e struttura programmatica del lavoro

Il titolo del lavoro è evocativo della complessità dei profili d'indagine, che riguarda la non scontata possibilità di un'«amministrazione convenzionale» del processo civile in determinati contenziosi territoriali standardizzati o seriali, così da evocare, sotto alcuni profili, pure la categoria, di difficile inquadramento, degli accordi con pubbliche amministrazioni, nel caso specifico con l'«Amministrazione Giustizia».

Un «servizio», questo della giustizia, che non sembra equiparabile né al servizio offerto da una comune azienda, in quanto non assimilabile – in metafora, sul giudicato, di Canelutti – ad un «prodotto industriale», né tantomeno ad un comune «pubblico servizio» offerto da una p.a., quali servizi balneari, trasporti pubblici, pubbliche mense. La ragione, e così il bisogno di tutela giurisdizionale, non è sempre uguale per tutti i *cives*.

Ciò, in considerazione del fatto che il Giudice non impersona solo una Pubblica Amministrazione, in quanto organizzazione, ma esercita l'alta funzione giurisdizionale, che ha copertura costituzionale. La funzione giurisdizionale è qui intesa come processo giurisdizionale, come servizio di pubblico interesse, come procedimento nel contraddittorio tra le giuste parti, funzionalmente destinato a statuire la *regula iuris* del caso concreto. In quanto procedimento amministrato dalla giurisdizione statale, anche il processo civile non può non tendere, tra l'altro, all'efficienza e all'economicità, regole valide per tutte le «attività pubbliche».

La riflessione prosegue sulla possibilità di adottare congrue regole convenzionali, in grado di assicurare l'efficienza almeno di alcuni processi civili dei quali siano parti i c.d. «Grandi utenti»¹.

Contenziosi che, per la loro natura seriale e per specifiche caratteristiche, possano adattarsi alla previsione di «protocolli» o «schede processuali», tali da poter standardizzare le relative condotte processuali. Standardizzazioni che potrebbero rivelarsi utili al fine di assecondare esigenze di rapidità e certezza dei relativi processi.

Ci si chiede, dunque, attraverso quali modalità e con quali effetti, si possano prevedere condotte standardizzate ed oneri di cooperazione a tal fine; come possano, cioè, tradursi in *attività materiale* all'interno di alcuni processi civili e a carico delle parti processuali.

Il c.p.c. del 1940 e anche il c.c. del 1942 già conoscono vari accordi processuali, ad esempio: sulla scelta del foro, sulla competenza arbitrale, sul ricorso per cassazione *per saltum*, sulla prova, e così via. Sempre bilaterali, valevoli tra singole coppie di contraenti.

¹ Per tali s'intendono i soggetti definiti *infra* nel successivo § 2.

Si tratta di vedere ora se per via convenzionale i Grandi utenti possano obbligarsi a certe condotte processuali con effetto *erga omnes*.

L'estensione o l'aggravamento di doveri di cooperazione a carico delle parti processuali, tradotti e concretizzati in eventuali protocolli o schede processuali, è destinato a sollevare numerose questioni circa i limiti di esigibilità delle condotte, in quanto può entrare in tensione con gli irrinunciabili obblighi di fedeltà sostanziali alla difesa processuale, nella difficile conciliazione con gli obblighi di verità. Senza neppure omettere di considerare che la *parte pubblica* agisce, o almeno dovrebbe agire, pur sempre nell'interesse pubblico e generale, anche nella sede processuale.

Nel declinare un argomento così complesso, ci si chiede, dunque, se possano effettivamente trovare ingresso regole convenzionali di gestione del processo civile, entro quali limiti e, non ultimo, che non aggravino eccessivamente la relazione processuale, a detrimento dell'Ufficio giudiziario e degli Uffici per il Processo.

L'indagine non nasconde, dunque, condivisibili perplessità circa la sua stessa utilità, nella prospettiva, non solo della *legittimazione* ad intervenire convenzionalmente, ma pure per la concreta efficacia di simili tentativi.

Senza anticipare quanto si dirà oltre, consapevoli delle considerevoli difficoltà nel conseguire l'obiettivo ultimo, che è il mantra dell'efficienza della giustizia civile, attraverso l'integrazione tra esigenze di rapidità di definizione dei giudizi e qualità della tutela dei diritti², tuttavia è da osservare che le categorie giuridiche, pure quelle processuali, da sole, non sono sempre sufficienti a spiegare i fenomeni della realtà, onde è necessario il dialogo con le categorie sociali, economiche e politiche.

La prudenza, in argomento, è dovuta, atteso che le ibridazioni, *gestione convenzionale del processo civile*, come l'uso dell'aggettivo paritario, sono suggestive, ma spesso travianti³. Senza, però, avere paura di attraversare i confini nel diritto e del diritto⁴.

In quest'ottica, è da considerare anche la funzione «promozionale», che il «diritto» è chiamato a svolgere, attraverso i suoi principi e le sue disposizioni normative: il «diritto» persegue la realizzazione di «valori», non si limita a fotografare la società, a «garantire la situazione di fatto», ma impone e contribuisce alla sua trasformazione, al suo mutamento⁵.

² Mutuando dal titolo di un Convegno, in data 25 ottobre 2022, presso la Corte di Cassazione, sul tema dell'*Efficienza della giustizia civile tra rapidità di definizione dei giudizi e qualità della tutela dei diritti*.

³ Così, pressoché letteralmente, M. MAZZAMUTO, *L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo (nota a Cons. St., sez. II, n. 8546/2020)*, in G. CORSO, F.G. SCOCA, A. RUGGIERI (a cura di), *Studi in onore di Maria Immordino*, III, Napoli, 2022, p. 2227 ss., ma v. p. 2248.

⁴ Suggestive le riflessioni di M.R. FERRARESE, *I confini e la voglia di attraversarli*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, p. 55 ss.

⁵ Cfr. N. BOBBIO, *Le sanzioni positive*, in ID., *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 33 ss.; A. CATANIA, *Lezioni di filosofia del diritto*, Salerno, 1992, p. 374 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., 2020, p. 22 ss.

Il lavoro è il frutto di diverse attività svolte sul tema e di un proficuo rapporto con l'Università, con il Settore Civile del Tribunale di Napoli e con il Comune di Napoli, nel cui contesto si è potuto esaminare materiale composto da documenti, decisioni giurisprudenziali e indirizzi della dottrina.

Oggetto di approfondimento è il tema dei «Grandi utenti» nell'ambito del processo civile, con particolare attenzione agli Utenti pubblici e ad alcune questioni, selezionate in ragione dei possibili effetti acceleratori sul processo civile attraverso le attività istruttorie dell'Ufficio per il processo: si tratta delle questioni relative alla rilevabilità d'ufficio della prescrizione, alla rilevabilità ed estensione degli effetti del giudicato, all'utilizzazione del criterio della «ragione più liquida», alla possibilità di adottare protocolli d'intesa.

Quanto alla struttura programmatica, in una prospettiva legislativa e non legislativa (*soft law*), il lavoro tenta una riflessione su possibili scenari e strumenti di supporto per la riduzione dell'arretrato, dei tempi dei procedimenti e per la deflazione almeno di alcuni contenziosi, di seguito precisati. Si è proceduto attraverso un'indagine, non esclusivamente empirica, sui «Grandi utenti», condotta su due principali dimensioni ordinanti: atti di *soft law* (protocolli/accordi) e *best practices* relative ad alcune questioni ed alcuni contenziosi, nella logica del *case management*.

2. «Grandi Utenti» del Tribunale di Napoli

Chi sono i «Grandi Utenti»? Coloro che abitualmente frequentano ed utilizzano il «processo». E per cui il contenzioso è dunque evenienza non occasionale ma consustanziale alla attività di impresa, rientrando nella *mission* aziendale. Pubblicitica o privata che sia.

La prima distinzione da porre – per le conseguenze che comporta sul piano strutturale – è tra «grandi utenti pubblici» e «grandi utenti privati».

«Grandi utenti pubblici» sono: Enti previdenziali (Inps, Inail); Amministrazioni centrali o decentrate; Enti privati concessionari di pubblici servizi.

In riferimento alla Regione Campania e con specifico riguardo al circondario del Tribunale di Napoli, in particolare, questi possono essere individuati in particolare: nelle Agenzie delle Entrate, nel Comune di Napoli, nella Regione Campania, nell'Amministrazione Sanitaria (Asl). Nel processo, questi Enti sono rappresentati, in percentuali variabili e a seconda dell'Ufficio giudiziario (Tribunale Civile, Tar Campania, Commissione Tributaria): dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, specialmente le Amministrazioni Centrali; da Uffici interni all'Ente stesso, ad esempio il Comune di Napoli e la Regione Campania dispongono di Avvocature interne, l'Agenzia delle Entrate, di personale ed uffici preposti; o da Avvocati del *libero foro* a tal uopo incaricati in considerazione non solo della quantità dei contenziosi, che spesso sovrasta le capacità dell'ufficio, ma pure della specificità dei contenziosi⁶. In alcuni casi, ad

⁶ Ad esempio, in materia di demanio marittimo

esempio, i contenziosi presso le Corti di Giustizia tributaria ed inerenti all'Agenzia delle Entrate, si registra, nei primi due gradi di giudizio, una difesa dell'Ente affidata quasi esclusivamente agli Uffici preposti. Salvo che in Cassazione, dove vi è la riserva di difesa erariale dell'Avvocatura dello Stato, giusta il protocollo del 24 maggio 2017⁷ e Cass., Sez. Un., n. 30008 del 2019⁸.

Ciò che caratterizza un «Grande utente» è la stabile presenza in giudizio, intesa come assunzione della qualità di parte, più spesso convenuta/resistente, talora come ricorrente in via monitoria, indi creditore opposto. Ne deriva una definizione pragmatica, per certi versi analoga alla nozione di «consumatore-utente», che è da considerare tale solo «se consuma». Ci si chiede se questa *stabile presenza* sia destinata a produrre effetti sul processo, e quali? L'indagine è stata condotta, sul piano empirico, attraverso l'acquisizione di dati statistici relativi al contenzioso del Settore Civile del Tribunale di Napoli⁹, nonché direttamente presso alcune Amministrazioni¹⁰.

3. Tipologia dei contenziosi

Nella logica del *case management*¹¹, sono stati esaminati alcuni contenziosi seriali, in particolare opposizioni ad ingiunzioni fiscali e opposizioni a sanzioni amministrative e tributarie in materia di: cancellazione dei ruoli esattoriali¹²; canoni di depurazione e fognature; in materia sanitaria, di igiene¹³ e antiriciclaggio; gestione di servizi idrici¹⁴; contenziosi in

⁷ Consultabile sul sito dell'Avvocatura dello Stato.

⁸ Precisamente, Cass., Sez. Un., 19 novembre 2019, n. 30008, in riferimento all'Agenzia delle Entrate – Riscossione (Ader) e ai limiti del patrocinio facoltativo ed obbligatorio dell'Avvocatura di Stato.

⁹ Attraverso l'accesso ai registri «pacchetto ispettori» e «Sicid» e con particolare riferimento all'Area Civile *controversie con la pubblica amministrazione contenzioso p.a. - Decima Sezione*, nonché Area Esecuzioni.

¹⁰ Si è, in particolare, grati alla collaborazione concessa dal Comune di Napoli, Ufficio Avvocatura.

¹¹ In proposito, v. A. TEDOLDI, *Processo civile e giudicato «alla deriva»*, in Res iudicata *Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova, 2013, p. 273 ss., ma v. p. 285 ss. Una logica, questa, «antica», fondamentali le riflessioni di: P. CALAMANDREI, *Funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, p. 277 ss.; S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in Riv. it. scienze giur., 1950, p. 58 ss.; ora in *Scritti giuridici*, III, 1947-1957, Milano, 2011, p. 71 ss.; G. GORLA, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia. Introduzione*, cit. p. 5 ss.; C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di Diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, II, 1969, p. 59 ss.

¹² Che deriva dal d.l. n. 119 del 2018, conv. con modif. in legge n. 136 del 2018, circa la *cancellazione automatica cartelle esattoriali fino a 1000 euro*, senza la necessità di impugnative o altri adempimenti (v. art. 4, comma 1). Si osserva, contravvenzioni, bolli auto, tributi locali (Imu, Tasi e Tari) relativi a carichi iscritti a ruolo fra il 1/01/2000 ed il 31/12/2010, il cui importo risulti inferiore ai 1000,00 euro, dovrebbero essere automaticamente cancellati dall'Agenzia delle Entrate riscossione. Sorgono questioni sulla quantificazione dell'importo complessivo in cartella e vi sono alcune esclusioni. In argomento, v. Cass., 16 settembre 2019, n. 692; Cass., 18 giugno 2020, n. 11817; Cass., 18 giugno 2020, n. 11817; Cass., 13 ottobre 2020, n. 22018.

¹³ Cfr. Tribunale di Napoli, Sezione, X, sentenza n. 10320/2017, secondo cui, con orientamento costante, l'opposizione alle relative ingiunzioni è proponibile esclusivamente avverso l'ingiunzione di pagamento.

¹⁴ Cfr. Tribunale Napoli, Sez. II, sentenza n. 2463/2012, confermata da Corte di Appello Napoli, sentenza n. 4107/2018.

merito alla legge 17 dicembre 2021, n. 215, recante *misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili*; contenziosi in merito alla *fatturazione elettronica*; contenziosi in materia di *insidie e trabocchetti*¹⁵; contenziosi su oneri concessori inerenti ad attività estrattiva ed edilizia; contenzioso «Sapna», che svolge attività di riscossione per conto del Comune di Napoli, in qualità di concessionaria. Si tratta di contenziosi concernenti *sanzioni amministrative*, diffusamente e con maggiore frequenza, decisi attraverso sentenze pronunciate all'esito di discussione orali secondo il modello decisorio di cui all'art. 281 *sexies* c.p.c.¹⁶. Particolare attenzione è stata dedicata al contenzioso in materia di occupazioni abusive di suolo pubblico (Cosap)¹⁷.

La *standardizzazione* dei modelli o *format* precompilati dei verbali di accertamento e sanzioni, rende comuni alcuni motivi di controversia: irregolarità formali; decadenze per le emissioni delle sanzioni; nel caso della Scia, questioni sul *silenzio-assenso*, con alcune incertezze sulla giurisdizione.

Dall'esame di simili contenziosi e dall'attività di creazione e redazione delle *schede processuali* posta in essere, in particolare, dai *borsisti* dell'UPP presso i Tribunali campani, al fine dell'esemplificazione delle fasi processuali (dall'*ingresso* dei contenziosi alle successive fasi della trattazione, istruttoria e decisoria dei giudizi), pare emergere un utile suggerimento: l'opportunità di raccordare i *format* preconfezionati dei verbali e provvedimenti sanzionatori della p.a. con le corrispondenti *schede processuali* di *ingresso* dei contenziosi, nonché con quelle relative alle successive fasi della trattazione della controversia, *istruttorie* e *decisorie*. Col vantaggio pratico di snellire e semplificare le necessarie e propedeutiche attività istruttorie; di accelerare i procedimenti giurisdizionali, pure nella prospettiva della scelta del modello di decisione (ad esempio, la decisione orale); e di consentire, ove ne ricorrano presupposti di immediata e manifesta evidenza di fondatezza o infondatezza del contenzioso, di valutare soluzioni alternative in esercizio anche di poteri di autotutela della parti (ad esempio, la revoca della sanzione amministrativa o il pagamento della sanzione), in funzione deflattiva dei contenziosi.

¹⁵ Che espone alcuni Comuni, tra i quali il Comune di Napoli, a gravi posizioni debitorie, a causa dello stato della manutenzione stradale (v. Trib. Napoli, Sez. V, 22 marzo 2019, Dr. Di Lonardo).

¹⁶ In materia di occupazione suolo pubblico (Cosap), v.: Trib. Napoli, Sez. X, Dr. Forziati, 25 novembre 2019, n. 10540, e 15 luglio 2019, n. 7202; Trib. Napoli, Sez. X, Dr. Amura, 29 giugno 2022, n. 8596; Trib. Napoli, Sez. X, Dr.ssa Ascione, 28 novembre 2019, n. 10672. In materia di sanzioni del codice della strada e con parte il Comune di Napoli, v.: Trib. Napoli, Sez. X, Dr. Amura, sentenza 13 gennaio 2022, n. 439; Trib. Napoli, Sez. X, Dr.ssa Ascione, sentenza 1° aprile 2019, n. 3511; Trib. Napoli, Sez. X, Dr.ssa Sorrentini, sentenza 6 giugno 2019, n. 5901. Cfr. anche la decisione di Trib. Napoli, Sez. X, Dr. Forziati, 25 ottobre 2021, n. 8765, in merito ad una sanzione amministrativa pecuniaria per violazione del *Piano di zonizzazione acustica* del Comune di Napoli; nonché l'ordinanza emessa ex art. 702 bis e ss. c.p.c. da Trib. Napoli, Sez. X, Dr. Forziati, 28 febbraio 2018, in merito a sanzioni amministrativa pecuniaria inerenti ad occupazione di suolo cimiteriale, derivante da sub concessione.

¹⁷ Si tratta di attività spesso soggette ad autorizzazioni con limitazioni temporali, in genere Scie quadrimestrali (v., ad esempio, Tribunale di Napoli, Sezione X, sentenza del 17 dicembre 2020).

Il contenzioso relativo alle ingiunzioni Cosap appare, in tal senso, significativo e complesso, a cominciare dalla natura del Cosap, che non è, diffusamente, considerato tributo¹⁸, in quanto si procede in *autoliquidazione*. Inoltre, come affermato anche da più recenti orientamenti della Suprema Corte¹⁹, non è possibile procedere al recupero attraverso *iscrizioni a ruolo*, in quanto è necessario munirsi di un *titolo*²⁰: decreto ingiuntivo o, più di frequente, un'ordinanza ingiunzione²¹.

Interessante è, poi, il profilo della rilevanza dell'elemento soggettivo della «buona fede» nell'ambito dei comportamenti oggetto di sanzione amministrativa, con riferimento al possibile configurarsi di elementi tali da ingenerare, nel «trasgressore», un legittimo affidamento sulla liceità della condotta²².

Nella prospettiva della ricerca di strumenti di economia processuale, del giusto processo e della sua ragionevole durata, sono state esaminate, come dianzi accennato, le seguenti questioni: la rilevabilità d'ufficio della prescrizione dei crediti tributari; il c.d. «principio della ragione più liquida»; e la portata dell'eccezione di giudicato, con particolare riferimento alla sua rilevabilità d'ufficio.

4. Protocolli/accordi

La speculazione circa una possibile «gestione convenzionale» del processo, attraverso la possibilità di protocolli/accordi, costituisce, non una novità, il tentativo di ricercare possibili soluzioni delle controversie al di «fuori del processo»²³, che siano rispettose degli interessi individuali delle parti e degli interessi pubblici e sovraordinati del «sistema-giustizia».

¹⁸ Nota la disputa sulla natura della Cosap e sulla giurisdizione, in concorrenza con la Corte di Giustizia tributaria.

¹⁹ Cfr. Cass., 4 marzo 2022, n. 7188.

²⁰ A differenza delle entrate previdenziali oggetto di «autoaccertamento esecutivo».

²¹ Sorgono diverse questioni, ad esempio: l'omessa notifica del verbale di accertamento dell'occupazione abusiva; l'impugnazione del verbale nel merito e sulla quantità di mq oggetto di occupazione abusiva (al cui accertamento si procede, in genere, con ctu). In materia di Cosap, Trib. Napoli, Sez. X, 15 luglio 2014, n. 10674, Pres. Magliulo, ha chiarito la relazione tra verbale di accertamento e ordinanza ingiunzione: il primo è mero atto presupposto, valevole solo al fine dell'irrogazione della sanzione; l'ordinanza ingiunzione (v. artt. 19 e 20 l. 681) costituisce titolo per il pagamento del canone di occupazione abusiva, a prescindere dal verbale di accertamento, che può dunque anche mancare. Il verbale costituisce titolo soltanto per le sanzioni (si procede, in genere, attraverso un doppio verbale con numeri di protocollo differenti: accertamento occupazione abusiva; accertamento sanzioni), e «non è direttamente impugnabile dinanzi al Prefetto ai diversi fini della contestazione del canone Cosap»; la «mancata adozione del provvedimento prefettizio non ha alcun effetto sul procedimento finalizzato al recupero di detto canone» (si muove riferimento al regolamento comunale in materia Cosap del Comune di Napoli, art. 32; la decisione respinge le richieste istruttorie). In argomento, in materia di Cosap, v. pure Trib. Napoli, dr. Pappalardo, n. 9111 del 2018 e n. 6477 del 2021. Altra dibattuta fattispecie concerne l'*area privata aperta al pubblico* (es. ristoranti edificati su proprietà privata), v. Trib. Napoli, Sez. X., dr. Pappalardo, 13 luglio 2021, n. 6477; App. Napoli, sez. I bis, 23 maggio 2016, n. 2087, Pres. Celentano che, in materia di Cosap, ha posto l'attenzione sulla distinzione tra somme dovute a titolo di indennità per l'occupazione e somme dovute a titolo di sanzione.

²² In argomento, v. Trib. Napoli, Sez. X, Pres. Magliulo, 21 luglio 2020, n. 5164.

²³ In proposito, si osservi, in linea generale, che l'«applicazione del diritto» è pure «quella che avviene fuori del processo in via preventiva e fisiologica. Si pensi all'interpretazione notarile che, nel qualificare il caso oggetto dell'atto, sia pure in una

Si tratterebbe di «protocollare» *best practices* di *governance* della Giustizia civile²⁴, che non può prescindere, però, da un'indagine sulla realtà sociale che, nel caso in esame, com'è stato efficacemente osservato, è destinata ad assumere il contenuto di un'«indagine etnografica» sulla «Giustizia». Indagine dalla quale emergono «rilevanti difformità comportamentali» caratterizzanti l'attività dei giudici e degli altri operatori del sistema²⁵, con la conseguente «necessità di una forte condivisione delle prassi organizzative»²⁶, che «dovrebbero insegnare a giocare meglio», pur senza dover necessariamente diventare regole²⁷, e la cui violazione dovrebbe incidere sull'ammissibilità o sulla validità degli atti e dei provvedimenti.

Si tratta di atti di *normazione secondaria*, che raccolgono prassi o consuetudini, il cui apporto, nella teoria delle fonti, è spesso rilevante, come accade proprio nel caso delle prassi giudiziarie, seppure nei limiti della «rispondenza ai principi giuridico-formali», con il rischio, diversamente, del sorgere di contestazioni²⁸. Non senza esimersi pure dal ricordare quell'invito a rifuggire da una eccessiva valorizzazione della «prassi» e, in generale, del «diritto vivente»²⁹.

Si tratta di una normazione atipica, *extra-ordinem*: «buone prassi come declinazioni dei principi e dei valori costituzionali», al fine di assicurare, attraverso l'organizzazione degli uffici giudiziari, la «migliore efficienza ed efficacia dell'azione giudiziaria», in attuazione del principio di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.³⁰.

modalità temporale invertita, svolge la sua interpretazione nel rispetto della legalità, suscettibile di controlli e di responsabilità» (così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Napoli, 2020, p. 379).

²⁴ Si usa discorrere anche di *Court management* e *case management*.

²⁵ Cfr. A. COSENTINO, *Misure organizzative e buone prassi nella gestione del contenzioso*, cit., p. 6 ss.

²⁶ Così, A. COSENTINO, *Misure organizzative e buone prassi nella gestione del contenzioso*, p. 7.

²⁷ Rilievo del Pres. Sez. Cass. Francesco Antonio Genovese, in occasione del citato Convegno del 25 ottobre 2022.

²⁸ E anche nel caso delle prassi notarili, v.: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, *Fonti e interpretazione*, cit., p. 11 ss., per il quale sarebbe utile approfondire il fenomeno della prassi come consuetudine e sostanziale fonte normativa, benché si tenda ad escluderne l'obbligatorietà; N. LIPARI, *La crisi delle fonti*, Milano, 2008, p. 199 ss.; Id., *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, p. 80 ss.

²⁹ Così, G. PERLINGIERI, *Legge, giudizio e diritto civile*, in *Annali Sisdic*, 2018, p. 84 ss.

³⁰ Cfr. gli atti e delibere di *autodisciplina* sull'UPP del CSM e di singoli Uffici giudiziari, in particolare la *Delibera* del CSM del 7 luglio 2016, *Dalle buone prassi ai "modelli" una prima manualistica ricognitiva delle pratiche di organizzazione più diffuse negli uffici giudiziari italiani*, che segue le precedenti delibere del 27 luglio 2010 *Definizione, Rilevazione, Classificazione, Valutazione e Diffusione - Note metodologiche* e del 16 marzo 2011 *Istituzione della Banca Dati Nazionale delle Buone Prassi*, nonché la delibera del 17 giugno 2015 *Aggiornamento delle Buone Prassi presso gli Uffici giudiziari*.

Tra questi tentativi s’inseriscono i protocolli/accordi tra Grandi Utenti e Consigli dell’Ordine o altre Associazioni rappresentative³¹, non sempre andati a buon fine, onde indurre, in alcuni casi, a porsi pure la domanda circa l’effettiva volontà di simili protocolli³².

Nel vasto e frastagliato mondo delle esecuzioni³³, il tema dell’abuso del processo (esecutivo) e dei plurimi interventi endoesecutivi assume un rilievo particolare, in considerazione di una sostanziale «oggettivizzazione» dell’azione esecutiva; ed avuto riguardo anche ad alcune significative questioni sulla validità degli atti esecutivi³⁴, nella prospettiva sia del contenimento del dispendio di risorse ad esso collegate³⁵, sia della *valorizzazione* degli atti introduttivi di impulso del processo esecutivo.

Si aggiunga, inoltre, almeno un cenno pure alle Convenzioni o Protocolli³⁶ tra l’Avvocatura dello Stato e gli Enti pubblici, quali ad esempio l’Agenzia delle Entrate-Riscossione (ADER), in merito alla spartizione delle liti rispetto alle quali gli enti si avvalgono del patrocinio erariale³⁷ e delle liti rispetto alle quali gli enti pubblici hanno, invece, facoltà di conferire incarico ad avvocati del libero foro, nonché rispetto alle liti affidare a personale interno all’Ufficio³⁸. Si tratta di protocolli che muovo da ragioni organizzative derivanti sia dal significativo volume dei contenziosi, sia dalla peculiarità di alcuni contenziosi, che riguardano gli Enti pubblici, Grandi utenti del processo; sia le *performances* delle attività. In quest’ultimo caso, anche in una prospettiva premiale.

³¹ Atti, delibere, protocolli d’intesa, decreti della Magistratura e delle Avvocature (CSM, Corti Superiori, Tribunali, Consigli giudiziari, Consigli dell’Ordine, CNF), sulle «buone prassi», adottati: sia durante il periodo di emergenza sanitaria, sia successivamente sino ad oggi, tesi a responsabilizzare le parti nella leale gestione e collaborazione nei processi; sia per la fase di superamento dello stato di emergenza; sia sulla sinteticità e chiarezza degli atti processuali di parte e dei provvedimenti giurisdizionali.

³² Si è appreso di un tentativo di protocollo del Comune di Napoli in merito al grave problema degli interventi nel processo esecutivo, dato il loro elevato numero e le conseguenti difficoltà di verifica (il rischio è quello della duplicazione dei pagamenti, v. ora l’art. 488 c.p.c.). Utile, al riguardo, potrebbe essere il ruolo dell’UPP nella realizzazione di una *banca dati dei titoli*, onde assicurare adeguati controlli, e nella redazione di *piani di distribuzione*. La problematica è destinata ad intrecciarsi con quella del *frazionamento del credito*, si ricordi, in proposito, l’art. 66, *pluralità di azioni nei confronti della controparte*, del *Nuovo codice deontologico forense*, che, al comma 1, vieta all’avvocato di «aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria».

³³ Cfr., ad esempio, Cass., 10 ottobre 2017, n. 23651.

³⁴ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 7 gennaio 2014, n. 61, che risolvono il contrasto giurisprudenziale sorto circa le conseguenze dell’inefficacia del titolo esecutivo sul processo esecutivo nel quale sono intervenuti altri creditori; v. pure Cass., 30 settembre 2016, n. 19396.

³⁵ Si ricordi la non eseguibilità dei crediti di importo esiguo (v. Cass. n. 25224 del 2015).

³⁶ *Protocolli d’intesa*, questi, agevolmente consultabili sul sito dell’Avvocatura dello Stato.

³⁷ Che si articola in patrocinio autorizzato, patrocinio obbligatorio e patrocinio Regioni.

³⁸ Si rinvia pure a quanto indicato nel precedente § 2, al protocollo tra Ader e Avvocatura dello Stato del 24 maggio 2017 e alla decisione di Cass., Sez. Un., 19 novembre 2019, n. 3008, cit. Vi sono numerosi altri protocolli con altri enti, per la regolamentazione del patrocinio erariale, ad esempio: Consip, Cassa Depositi e Prestiti, Banca Italia, Agenzia del Demanio e Agenzia del Territorio, nonché numerosi enti lirici e artistici (ad es., Fondazione Arena di Verona).

In simili ipotesi, la misurazione statistica, specie delle rispettive *performances* (tasso di soccombenza in relazione ai giudizi patrocinati dall'Avvocatura dello Stato³⁹, da Avvocati del libero foro⁴⁰ o da personale interno all'Ufficio) è, in effetti, destinata ad assumere un valore significativo, nella direzione di una efficiente gestione del processo.

Alcune difficoltà operative, anche in relazione alla raccolta di dati statistici (tassi di soccombenza) possono derivare dalla circostanza che per numerosi enti pubblici il patrocinio ad opera della difesa erariale è soltanto facoltativo, rimesso, dunque, alla scelta discrezionale dell'ente, in disparte opportune valutazioni circa la convenienza della scelta. Diventa, dunque, necessaria la ricerca dei dati presso i singoli enti che si avvalgono della difesa erariale nonché l'esame dei singoli contenziosi. Ad esempio, nel caso dell'ADER, generalmente, si distinguono contenziosi seriali su cartelle esattoriali presso le giurisdizioni di primo e secondo grado, diffusamente patrocinate da personale dell'Ufficio, rispetto ad altri contenziosi e ai giudizi presso la Suprema Corte, ove subentra l'Avvocatura dello Stato. Si aggiunga anche il riferimento alle attività consultive (pareri) svolte dall'Avvocatura di Stato, in funzione 'precontenziosa'.

Sarebbe, dunque, forse utile rimeditare una gestione convenzionale del patrocinio erariale facoltativo, appunto convenzionato, in una prospettiva di uniformità delle scelte circa il ricorso al patrocinio erariale, onde evitare situazioni non uniformi dal punto di vista della gestione processuale degli Enti, Grandi utenti pubblici del processo.

I «protocolli» di cui si discute costituiscono strumenti di *soft law* che, in alcuni casi, hanno determinato utili riforme processuali⁴¹.

Un diritto di fonte contrattuale egualmente coercibile, seppure non in senso tradizionale⁴².

³⁹ Cfr. l'elenco degli enti difesi dall'Avvocatura dello Stato, riportato nel sito ufficiale, dal quale è possibile trarre alcuni utili dati statistici generali relativi agli ultimi cinque anni, con riferimento all'anno 2022 risulta quanto segue: contenziosi n. 109.425, attività consultiva 21.606, altro 9.010, per un totale complessivo di «attività» pari a n. 140.041 (v., in particolare, la sezione *Attività contenziosa e consultiva*, aggiornata al 25 gennaio 2023).

⁴⁰ Con riferimento alla difesa in giudizio dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione da parte di avvocati del Libero Foro, si ricordi la significativa decisione della Comm. Trib. Reg. per la Calabria, sentenza del 14 marzo 2019, n. 730/1.

⁴¹ Ci si riferisce all'uso della trattazione scritta per le udienze per le quali non è necessaria la presenza delle parti, codificata dall'art. 127 *ter* c.p.c. Com'è noto, la riforma è conseguenza dei drammatici eventi pandemici da Covid-19.

⁴² Si consideri l'esempio di alcune collaudate *linee guida*, quali quelle ANAC e ABF. Fondamentali, in argomento, le riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 3 ss., ma v. p. 123 ss. Sembra manifestarsi una scollatura fra il diritto nazionale, nel quale simili atti di disciplina di fonte convenzionale sembrano avere minore valenza, e il diritto unionale, nel quale sembrano, invece, avere natura di fonte di produzione normativa: in «epoca di crisi di sovranità e, dunque, della legge», l'«autonomia negoziale» è «chiamata a svolgere un ruolo organizzativo di sottosistemi sociali», c.d. *autodisciplina* o *autoregolamentazione*, verso una «nuova teoria delle fonti» che «consideri l'autoregolamentazione di categoria come strumento strutturale di produzione di regole efficaci anche al di là dal determinato ambito di soggetti che le pongono» (così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 296 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Napoli, 2020, p. 9 ss. Esempio paradigmatico, in tal senso, può essere considerato il *sistema* dei *social networks* (v. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 18 ss.).

Spunti di riflessione significativi possono essere tratti dalla materia del «diritto di famiglia», oltre il suo carattere di specialità, di «micro-settore», diffusamente sostenuto. Si considerino, i numerosi protocolli adottati in molti Tribunali circa i trasferimenti immobiliari e le condizioni patrimoniali degli accordi tra coniugi in sede di separazione e divorzio, e le considerevoli prospettive arbitrali (artt. 806 c.p.c. ss.), entro i limiti della disponibilità dei diritti dei componenti il modello familiare, ma in tendenziale allargamento dei confini dell'autonomia privata in materia, ad esempio i contenziosi: sull'assegnazione della casa familiare; sull'attribuzione del TFR in caso di divorzio; sulla pubblicità, attraverso l'annotazione e la trascrizione, degli «atti di famiglia»; nelle imprese familiari e nelle società coniugali; sulle questioni concernenti i regimi patrimoniali della famiglia. Naturalmente, s'impone dovuta cautela, da osservare sempre allorché si cerchino «modelli» sostitutivi al controllo del giudice attraverso il processo.

In materia arbitrale, non può omettersi almeno un cenno alle aperture della giurisprudenza della Corte EDU⁴³, che, nel distinguere tra *arbitrato volontario* e *arbitrato obbligatorio*⁴⁴, favorisce ampio ricorso alla *giustizia arbitrale*, in alcuni casi, *istituzionalizzata*⁴⁵. Senza dimenticare che l'arbitrato fonda nell'autonomia *negoziale*, pubblica e privata, delle parti di utilizzare strumenti alternativi di risoluzione delle controversie⁴⁶. La Corte EDU muove, in particolare, dall'art. 6, § 1, della Convenzione EDU, laddove assicura a ogni persona il diritto di adire «un tribunale», non necessariamente inteso quale accesso a un «tribunale di tipo classico, integrato nel normale apparato giudiziario del Paese», bensì ad un qualsiasi «organo istituito per determinare un limitato numero di questioni specifiche, sempre purché offra le appropriate garanzie». L'art. 6, dunque, non preclude l'istituzione di «tribunali arbitrali» al fine di dirimere controversie economiche tra privati e tra privati ed enti pubblici⁴⁷.

⁴³ Cfr., più di recente, Corte EDU, 20 agosto 2021, C-5312/11, *BEG spa c. Italia*.

⁴⁴ Osserva, al riguardo, Corte EDU, 20 agosto 2021, C-5312/11, *BEG spa c. Italia*, cit., che: «in caso di arbitrato volontario, al quale è stato prestato liberamente il consenso, non sorge alcuna reale questione ai sensi dell'articolo 6. Le parti di una controversia sono libere di investire un organo diverso da un tribunale ordinario di alcune controversie derivanti da un contratto. Firmando una clausola compromissoria le parti rinunciano volontariamente ad alcuni diritti garantiti dalla Convenzione. Tale rinuncia non è incompatibile con la Convenzione, purché essa sia stabilita in modo libero, legittimo e inequivocabile. Inoltre, per quanto riguarda alcuni diritti previsti dalla Convenzione, la rinuncia, per essere efficace ai fini della Convenzione, esige garanzie minime commisurate alla sua importanza».

⁴⁵ Ci si riferisce, in particolare, alle liti tra Stati e investitori, cfr. i *Trattati Bilaterali sugli Investimenti* (o TBI). In argomento, v. A. SARDU, *La strategia di opposizione dell'Unione Europea all'arbitrato internazionale degli investimenti derivante da TBI intraunionali*, in *DPCE online*, 2019, 4, p. 2581 ss.

⁴⁶ Che, comunemente, si esplica attraverso la previsione di clausole compromissorie. In argomento, v.: N. JAEGER, *Arbitrati obbligatori e sollecitudine nei giudizi*, in *Foro it.*, 1933, p. 11 ss.; P. PERLINGIERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, 2010, p. 19 ss.; G. ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, I e II, Modena 2017; P. GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di G. Alpa e V. Vigoriti, Torino 2013, p. 36 ss.; T.E. FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *Dialoghi con Guido Alpa*, a cura di G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich, Roma, 2018, p. 197 ss.

⁴⁷ Cfr. Corte EDU, 20 agosto 2021, C-5312/11, *BEG spa c. Italia*, cit.

L'UPP potrebbe svolgere un ruolo determinante nella predisposizione di simili *protocolli*⁴⁸ e rivelarsi utile, non solo come «ufficio di assistenza interno», ma come un *Ufficio esterno di relazioni e orientamento* degli utenti del processo⁴⁹, nel rispetto delle funzioni e delle finalità individuate dal legislatore nella «ragionevole durata del processo attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi e un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione»⁵⁰, cui segue l'indicazione di compiti specifici, solo in parte diversificati a seconda dell'ufficio di afferenza⁵¹.

Non è da sottovalutare neppure la funzione *informativa e conformativa* svolta dai *protocolli* a vantaggio degli utenti e circa le buone prassi interpretative, la cui raccolta assicurerebbe l'efficienza del processo attraverso la *prevedibilità* delle decisioni⁵² e, con essa, la *certezza del diritto*, che, al di là di ogni discussione, è, certamente in tempi recenti, un valore da perseguire⁵³.

Entro quali limiti e con quale efficacia, poi, opererebbero simili regole convenzionali, è un altro discorso. Tuttavia, come per la c.d. «medicina predittiva», potrebbero assumere valore in termini di «cura» processuale anticipata, in prospettiva deflattiva dei contenziosi.

⁴⁸ Ad esempio, alcuni orientamenti (v. Cass., 7 gennaio 2008, n. 34) hanno affermato la non indispensabilità di tentativi di conciliazione ogni qual volta non se ne ravvisi la necessità, i difensori potrebbero, entro cinque giorni liberi prima dell'udienza di discussione o trattazione, chiedere la decisione sulla base degli atti, preferibilmente con istanza congiunta o dopo aver comunque scambiato dichiarazioni al fine di acquisire il reciproco consenso. Dichiarazioni che potrebbero essere predisposte dall'Ufficio del Processo, secondo modelli prestabiliti.

⁴⁹ Istituito presso tutti gli Uffici giudiziari, secondo la ripartizione di un «ufficio per il processo civile» ed un «ufficio per il processo penale», cui si aggiunge un «Ufficio Spoglio Analisi e Documentazione», dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151, in *G.U., suppl. ord.*, 17 ottobre 2022, n. 38/L, in vigore dal 1° novembre 2022, v. art. 1. Al riguardo, v. pure la delibera del CSM del 7 luglio 2016, «dalle buone prassi ai “modelli” una prima manualistica ricognitiva delle pratiche di organizzazione più diffuse negli uffici giudiziari italiani», cit., p. 33 ss., circa l'«organizzazione dell'ufficio per l'assistenza al cittadino», sulla scorta dell'esperienza dell'Urp, dei nuovi modelli di *front office* degli uffici giudiziari, degli sportelli di prossimità. Questi ultimi possono svolgere due funzioni complementari tra loro: una di offerta di consulenza e ausilio ai cittadini; l'altra di punto di accesso per il deposito di atti.

⁵⁰ Così, l'art. 2 del d.lgs. n. 151 del 2022.

⁵¹ Cfr. gli artt. 5 ss. del d.lgs. n. 151 del 2022, a seconda se tribunali civili, penali, cassazione, procura generale: attività preparatorie, di supporto ai magistrati, quali studio del fascicolo, compilazione, schede riassuntive, preparazione udienze, selezione presupposti mediabilità della lite, ricerche di dottrina e giurisprudenza, predisposizione bozze provvedimenti, assistenza alla verbalizzazione. In Cassazione assume rilievo (art. 7) l'assistenza per l'analisi delle pendenze e dei flussi delle sopravvenienze, l'attività di supporto al Presidente e ai magistrati. Scompare il riferimento alla «predisposizione bozza provvedimenti», forse, nel dubbio che il provvedimento possa essere stato scritto da altri.

⁵² In argomento, v. A. COSENTINO, *Misure organizzative e buone prassi nella gestione del contenzioso*, in *Questione Giustizia*, 17.3.2017, p. 1 ss., in riferimento alla gestione delle «interdipendenze».

⁵³ Fondamentali, in argomento, le riflessioni di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), rist. pubbl. nella collana *Civiltà del diritto*, Milano, 1968, p. 38 ss. Il saggio del Lopez diede luogo ad un profondo dibattito in materia di certezza del diritto, sollecitando autorevoli ed opposte reazioni, tra le quali, in particolare: *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* di P. Calamandrei; *La certezza del diritto* di F. Carnelutti; *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico* di P. Fedele; *Considerazioni conclusive* di G. Capograssi; *Il problema della certezza del diritto*.

Una concreta ricaduta di questi doveri di cooperazione può essere individuata nell'imposizione di oneri di redazione di atti e documenti, attraverso la previsione di obblighi di sinteticità e chiarezza⁵⁴ o attraverso l'esternalizzazione degli oneri di informazione a carico delle parti⁵⁵. Doveri già presenti nell'ordinamento, oggi accentuati dalla riforma processuale. Quanto alle conseguenze, in ipotesi di mancato rispetto delle regole poste nei protocolli, eccessiva appare la sanzione dell'invalidità degli atti processuali, si potrebbe, invece, valutare il comportamento al fine della decisione sulla condanna alle spese del giudizio⁵⁶.

5. Alcuni spunti di riflessione sulla rilevanza d'ufficio dell'eccezione di giudicato esterno

Nell'approfondire il contenzioso in materia di canone per l'occupazione abusiva di spazi e aree pubbliche (Cosap), ci si è interrogati se, in analogia con il giudicato tributario su questioni suscettibili di riproporsi identiche per ciascun periodo di imposta, anche in caso di omesso pagamento del canone osap potrebbe essere attribuito valore di «giudicato esterno» a decisioni intervenute tra le stesse parti e ad omessi pagamenti riferiti a periodi diversi. Insomma, una sorta di «ultrattività» del giudicato.

La questione fornisce l'occasione per approfondire, data pure la complessa natura del canone osap⁵⁷, la problematicità del giudicato⁵⁸ nel contesto di simili contenziosi.

Se è vero che l'«interpretazione giudiziale, quale attività giurisdizionale statale o privata», «non vincola gli altri giudici, in quanto ogni giudice ha autonomia interpretativa» ed «ogni fatto è per certi aspetti irripetibile»⁵⁹; tuttavia, è pur vero che, in un sistema giuridico contemporaneo plurale sotto il profilo dell'esperienza, delle fonti e degli ordinamenti, la

⁵⁴ Cfr., ad esempio, nei testi *post riforma*: art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c.; art. 167, comma 1, c.p.c.; art. 366, comma 1, nn. 3, 4 e 6, c.p.c. Sulla *sinteticità* degli atti, a partire dall'anno 2016 è attivo presso il Ministero della Giustizia un apposito Gruppo di lavoro, nonché la presenza di *Osservatori* sulla giustizia civile presso diversi Consigli degli Ordini. Per quanto riguarda la redazione e i contenuti dei provvedimenti, v.: gli artt. 163, 167 c.p.c.; art. 125 disp. att. c.p.c.; artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.; nonché il c.d. «decreto Canzio» del 14 settembre 2016 su *La motivazione dei provvedimenti civili*.

⁵⁵ Ad esempio, l'imposizione di *foliari* che rechino una sintetica e concisa esposizione circa il loro contenuto. In tal caso, l'onere informativo dovrebbe andare oltre la mera elencazione e l'onere di redigere il *foliaro*.

⁵⁶ Cfr. l'art. 96, commi 3 e 4, c.p.c., *post riforma*. Ciò che già accade in sede di appello e di istanze inibitorie palesemente infondate, come nel caso di condanne esigue in primo grado.

⁵⁷ Che ha natura di corrispettivo per le prestazioni oggetto di concessione relativa all'occupazione di spazi pubblici.

⁵⁸ Nel tentativo di tracciare un quadro normativo, per quanto approssimativo, oltre al riferimento all'art. 2909 c.c., in materia di «cosa giudicata» (cui fa eco l'art. 2908 c.c.), e all'art. 649 c.p.p., sul «divieto di un secondo giudizio», sono da ricordare: l'articolo 360-bis, n. 1, c.p.c., per il quale è inammissibile il ricorso in Cassazione «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa»; e l'art. 348-bis c.p.c., ossia *inammissibilità o manifesta infondatezza dell'appello*; l'art. 118, comma 1, delle disp. att. c.p.c. che, tra l'altro, invita a motivare «anche con riferimento a precedenti conformi»; l'art. 65, comma 1, dell'Ordinamento giudiziario che, tra le attribuzioni della Suprema Corte, annovera il compito di assicurare l'«esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», nonché «l'unità del diritto oggettivo nazionale» (c.d. funzione nomofilattica).

⁵⁹ Cfr. l'art. 101 cost., v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Napoli, 2020, p. 303.

decisione del Giudice, in particolare se proveniente da una Suprema Corte, tende a sostituirsi al potere legislativo – che pare abdicare spesso alla sua funzione – per mostrarsi quale «momento di positivizzazione normativa»⁶⁰. Di conseguenza, pure in ordinamenti di *civil law* come il nostro, è destinato ad assumere valore vincolante il precedente giudiziario⁶¹, nel suo significato di uso comune quale decisione su questioni specifiche e concrete tali da influenzare successive decisioni su analoghe questioni e, dunque, quale momento di formazione del diritto positivo⁶².

In quest’ottica, meglio si comprende il valore dell’indicazione del «principio di diritto» da parte della Suprema Corte⁶³.

Una nota decisione delle Sezioni Unite, in materia di giudicato tributario (esterno), concernente una fattispecie che si snoda su diversi periodi di imposta, dalla quale pare utile muovere, ha osservato che: «in una fattispecie di esenzione fiscale pluriennale, accertato con sentenza passata in giudicato che al contribuente spetta l’estensione dell’esenzione medesima, tale sentenza ha efficacia di giudicato esterno in un diverso giudizio nel quale si discute della spettanza dell’esenzione per un altro segmento di quell’arco temporale». La decisione afferma la rilevanza d’ufficio dell’eccezione di giudicato esterno nel giudizio di cassazione, «quando si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata»⁶⁴. La decisione muove nell’orbita della ricerca di strumenti di economia processuale, tra i quali la rilevanza d’ufficio del giudicato; e si uniforma ai principi affermati in materia, da altra precedente decisione delle Sezioni Unite, nella considerazione del giudicato come «*lex specialis*», come norma del caso concreto⁶⁵; e nella prospettiva di evitare

⁶⁰ Cfr. C. SARRA, V. DALBRENTA, *Introduzione*, in Res iudicata *Figure della positività giuridica nell’esperienza contemporanea*, Padova, 2013, p. 9 ss.

⁶¹ Restano fondamentali, in argomento, le riflessioni di G. GORLA, *Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia. Introduzione*, in *Quad. Foro it.*, 1966, p. 5 ss.

⁶² In argomento, v.: G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1969, p. 812 ss.; G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma 1990, XXIII, p. 4 ss.; U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino 1996, XIV, p. 148 ss.; P. RICOEUR, *L’atto del giudicare*, in *Id.*, *Il Giusto*, Torino 1998, p. 164 ss.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.; D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *federalismi.it*, n. 19, 11 ottobre 2017, p. 1 ss.; R. RORDORF, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 277 ss.; A. PROTO PISANI, *Tre note sui «precedenti» nella evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, nella giurisprudenza di una Corte di cassazione necessariamente ristrutturata e nella interpretazione delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 286 ss.; P. MORO, *Sul valore topico del precedente giudiziale*, in Res iudicata *Figure della positività giuridica nell’esperienza contemporanea*, cit., pp. 177 e 193 ss.

⁶³ Cfr. l’art. 384 c.p.c.

⁶⁴ Si tratta di Cass., Sez. Un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.*, 2007, I, p. 493 ss., con commento di R. CAPONI. Nel caso specifico si trattava dell’esenzione triennale Iva di cui all’art. 66, comma 14, del d.l. n. 331 del 1993, conv. in l. n. 427 del 1993. Precisamente, una società di gestione dei rifiuti del Comune di Verona (l’AMIA) presentava istanza di rimborso dell’Iva ingiustamente versata ed alla quale erano state assoggettate le operazioni di raccolta.

⁶⁵ Si tratta di Cass., Sez. Un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2810 ss.

il moltiplicarsi di controversie, che espongono al rischio, seppure potenziale, di giudicati contrastanti⁶⁶.

La decisione delle Sezioni Unite sugli effetti del giudicato esterno assume valore oltre la materia tributaria⁶⁷. Tuttavia, nel caso del Cosap ci si chiede se sia davvero possibile che si formi un giudicato su questioni di mero fatto, ossia sull'occupazione pluriennale del suolo pubblico. Ci si chiede, cioè, se i diversi ed autonomi periodi di occupazione, ai fini «Cosap» e della rilevanza d'ufficio del giudicato, possano essere considerati e trattati alla stessa stregua di autonomi periodi di imposta, nei termini dianzi precisati alla luce della su riportata decisione delle Sezioni Unite. Insomma, ci si chiede se il «fatto» sia o meno replicabile.

Assume valore, al riguardo, la statuizione, contenuta nella parte motiva della decisione delle Sezioni Unite, secondo cui: il giudicato, interno o esterno, «non deve essere incluso nel fatto» ma, in quanto destinato ad essere norma del caso concreto, è da assimilare, «pur non identificandosene», agli «elementi normativi», con la conseguenza che l'«interpretazione del giudicato» è da trattare «piuttosto alla stregua dell'interpretazione delle norme che non alla stregua dell'interpretazione dei negozi o degli atti giuridici».

Prima di incedere oltre, si rendono opportune almeno cinque considerazioni: la prima, riguarda la relazione tra fatto e giudicato, nei termini posti dalla pronuncia; la seconda, la relazione tra giudicato e interpretazione⁶⁸; la terza, la necessità di scelte metodologiche sul modo di concepire il processo che, osservano le Sezioni unite, non è «patrimonio esclusivo delle parti, ma risponde ad un preciso interesse pubblico»⁶⁹ ed è «regola del caso concreto». La «funzione primaria» del processo è il giudicato, potendosi, poi, discutere a quale fine: certezza del diritto? sicurezza sociale?⁷⁰ Ma pur sempre nell'orbita dei principi costituzionali della ragionevolezza e del giusto processo.

In quarto luogo, ci si chiede se esista un'unica nozione di giudicato o, invece, no, come sembra accadere ad un esame comparativo di altri settori processuali, quali, in particolare, quello

⁶⁶ In tal senso, pure la successiva decisione di Cass., Sez. Un., n. 1952 del 2007, in materia di litisconsorzio necessario.

⁶⁷ Cfr. R. CAPONI, *o.c.*, p. 494, per il quale il significato della massima è il seguente: «l'accertamento giudiziale su un elemento fondamentale di un rapporto proietta il proprio vincolo, a situazione normativa e fattuale immutata, anche in successivi giudizi relativi a diversi rapporti, ma legati da un nesso di identità contenutistica e funzionale con quello accertato e destinati a sorgere tra le stesse parti sulla base di fatti costitutivi che si ripetono nel corso del tempo». Per un caso analogo ed «esemplare», l'a. fa riferimento all'accertamento dell'obbligo agli alimenti.

⁶⁸ Su questo profilo, ancora R. CAPONI, *o.l.u.c.*, per il quale un simile rischio, nel caso delle Sez. Un. 13916/2006, è da escludere, in quanto la sentenza: «nella parte in cui riconosce ad es. una controversa agevolazione contributiva, ricava dalla normativa generale ed astratta un precetto che qualifica un comportamento rilevante (e controverso) nel concreto rapporto dedotto in giudizio, oltre che in tutti i rapporti contenutisticamente e funzionalmente identici a questo, sorgenti tra le stesse parti sulla base di fatti costitutivi che si ripetono nel corso del tempo».

⁶⁹ Al riguardo, si consideri anche la questione circa la possibilità di «rinunciare» agli effetti del giudicato.

⁷⁰ In argomento, v. M. FRANCESCA, *Sicurezza, fiducia e razionalità nei rapporti patrimoniali*, Napoli, 2022, p. 3 ss., la quale si interroga sulla portata della «sicurezza» nell'ordinamento: principio, esigenza o superstizione?

contabile e quello amministrativo. Quest'ultimo, piuttosto un giudicato sul provvedimento⁷¹, dunque sull'atto più che sul rapporto, ma con ogni dovuta precisazione in considerazione dei nuovi confini del processo amministrativo, dati i poteri di accertamento e di decisione del GA, sempre più rivolti al sindacato di merito e sulla discrezionalità dell'azione amministrativa, in disparte giudizi risarcitori e alcune problematiche circa gli effetti di conformazione e estensione del giudicato amministrativo⁷².

Ci si chiede, allora, cosa determini effettivamente, oggi, il giudicato, nelle sue diverse declinazioni ed angolazioni, alla luce pure dell'incidenza del diritto europeo⁷³. Non è, forse, erroneo considerare, ancora oggi, «sconosciuti» gli effetti del giudicato.

⁷¹ E', al riguardo, da richiamare l'attenzione sulle diverse possibilità di decisione del GA, in rito, nel merito, interlocutorie ed *in forma semplificata* (v. artt. da 33 a 37 e 74 c.p.a., d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

⁷² Nella prospettiva del *case management*, alcuni esempi possono essere utili. In materia di concessioni marittime e di rapporto tra giurisdizione civile e amministrativa, sotto il profilo del «precedente» e del giudicato, v. il caso «Portorosa», oggetto di decisioni del Giudice Ordinario e del Giudice Amministrativo: Trib. Messina, 3 marzo 1996 n. 1453, che aveva statuito la demanialità dello specchio acqueo; App. Messina, 23 gennaio 2017, n. 39 che, invece, statuiva la natura privata della proprietà delle aree, richiamando, al riguardo, quale specifico precedente la sentenza del CGARS, 5 maggio 2009, n. 346, divenuta definitiva in seguito alla declaratoria della Suprema Corte (Cass., n. 12340 del 2010) di inammissibilità del ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza del CGARS. Quest'ultima aveva statuito la natura privata e non demaniale delle aree del porto turistico di «Portorosa» con conseguente invalidità della concessione. Un'altra fattispecie concerne la possibilità di estensione degli effetti del giudicato in materia di *Abilitazione scientifica nazionale* alle funzioni di professore universitario, nel caso proposto si tratta della procedura di «disabilitazione» del 2012 nella materia del diritto privato, in merito alla quale Cons. St., 4 marzo 2015, n. 1071, aveva accolto un ricorso nell'ambito del quale era stato dedotto un vizio genetico di composizione della commissione di valutazione e, di conseguenza, aveva annullato i provvedimenti contrari all'abilitazione scientifica del ricorrente. Altri ricorrenti, appreso della decisione, adivano il G.A. al fine di ottenere l'estensione soggettiva degli effetti del giudicato della suindicata sentenza, stante gli effetti caducatori sulla procedura di valutazione, data la natura genetica del vizio di composizione dell'organo valutatore. Sull'estensione degli effetti del giudicato amministrativo è, tuttavia, da segnalare una tendenza che pare restrittiva, come accade in altra significativa decisione, Cons. St., Ad. plen., n. 5 del 2019, in materia scolastica. I casi di giudicato amministrativo con effetti *ultra partes* sono eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto. L'interessante decisione suscita numerose riflessioni, tra le quali, come molti autorevoli commentatori hanno osservato, il riferimento all'istituto del c.d. *prospective overruling* (v. Ad. plen. n. 17 del 2011 e n. 13 del 2017).

⁷³ In proposito, si ricordi l'epopea dei coniugi e cittadini francesi *Sylvie e Dominique Mennesson*, una coppia eterosessuale che, nel lontano anno 2000, divenne genitrice di due gemelle, nate da *maternità surrogata*. La complessa vicenda si è conclusa solo di recente, a circa vent'anni dalla nascita delle gemelle (oggi maggiorenni), con la decisione della *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, n. 648 del 4 ottobre 2019, che ha accolto la richiesta di trascrizione nei registri dello Stato Civile dell'atto di nascita formatosi all'estero. La decisione costituisce eccezionale ipotesi di *riesame* della precedente decisione, resa nel medesimo caso dalla Sezione I della Cassazione francese, il 6 aprile 2011, n. 3709, che, invece, aveva negato la trascrizione dell'atto di nascita, dato il divieto di *gestation pour autrui*, analogo a quello esistente in Italia (v. art. 16-7 *code civil*). La *revisione* di una decisione interna passata in giudicato è stata possibile dalla ratifica, in Francia, del *Protocollo 16* della Convenzione E.D.U., che prevede uno strumento, analogo al *rinvio pregiudiziale* previsto dall'art. 267 TFUE alla Corte di G.U.E., attraverso il quale la Corte Suprema di uno Stato, che sia parte della Convenzione Europea, può chiedere alla *Grand Chambre* un *parere consultivo* su questioni di principio sull'interpretazione di norme convenzionali e protocolli addizionali, nei casi in cui una decisione interna possa essere contraria alla Convenzione.

V'è un'altra fattispecie in materia di *ingiunzioni fiscali*⁷⁴ e riguardante il Comune di Napoli, nel noto caso del crollo del Costone tufaceo di Coroglio, dalla quale pure possono essere tratti alcuni spunti significativi di riflessione sul tema del giudicato in indagine. Il Comune, in passato, aveva emesso ordinanze contingibili e urgenti nei confronti di proprietari per la messa in sicurezza e ingiunzioni fiscali per il pagamento dei relativi costi, sostenuti dall'Ente in danno ai proprietari⁷⁵: precisamente, vengono emesse, anche a notevole distanza di tempo, più ordinanze aventi lo stesso oggetto, in parte medesime cospicue somme e nei confronti dello stesso proprietario⁷⁶. Il Comune avrebbe potuto emettere anche un'unica ordinanza ingiunzione. Alcune ordinanze vengono impugnate dinanzi al Tar Campania, che prima accoglie le istanze cautelari di sospensiva⁷⁷, poi, trattandosi di provvedimenti emessi dal Comune quale Commissario Delegato, declina la propria competenza territoriale in favore del Tar Lazio⁷⁸, dinanzi al quale i giudizi sono riassunti per poi essere dichiarati perenti⁷⁹. Alcune ordinanze, come dianzi accennato, vengono «riemesse»⁸⁰ di recente e, quindi, gravate dai destinatari, questa volta, dinanzi al Tribunale di Napoli.

Sembra utile riflettere sulle numerose ed astratte questioni che da simili fattispecie possono derivare: di giudicato, che si estendono anche all'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi in ipotesi di giudizi perenti; di ultrattività⁸¹ dell'efficacia delle ordinanze cautelari in ipotesi di declaratorie di incompetenza territoriale, legate pure a questioni in materia di perenzione e di prescrizione. Ci si chiede se possano configurarsi preclusioni di giudicato, ove siano intervenute sentenze passate in giudicato ad esempio di annullamento delle «vecchie» *ordinanze ingiunzioni*, oggi riedite, aventi ad oggetto lo stesso credito (oggetto di ingiunzione), ed in considerazione anche del consolidarsi degli effetti dei provvedimenti

⁷⁴ Art. 3 dpr 639 del 1910.

⁷⁵ La natura di pubblico interesse dell'intervento di messa in sicurezza fa discutere sulla legittimità di addebitare le somme ai privati.

⁷⁶ Le ordinanze vengono denominate «prima», «seconda», «terza ingiunzione di pagamento».

⁷⁷ Per un caso concreto, v. Tar Campania, ord. n. 3571/2007 del 6.12.2007.

⁷⁸ Per un'applicazione concreta, v. sentenza n. 1078 del 2009, in www.giustizia-amministrativa.it. Rimanda al Tar pure Trib. Napoli, dr. Criscuolo, sentenza n. 7110 del 2006, di difetto di giurisdizione (ex art. 34, d.lgs. n. 89 de 1998).

⁷⁹ Cfr. decreto di perenzione n. 6511 del 2017, del 16.10.2017.

⁸⁰ S'immagini un esempio ideale e ricostruttivo di una ordinanza riedita: «*oggetto: seconda ingiunzione di pagamento per lavori somma urgenza effettuati*»; parte motiva: «*a seguito di sopralluoghi effettuati nel 2005 da tecnici, venivano disposti lavori, da eseguirsi in danno e a spese dei proprietari, per la messa in sicurezza, i verbali venivano notificati ai proprietari in data (...); i lavori venivano approvati giusta delibera (...) ed ammontavano ad euro (...); i lavori erano indispensabili per rimuovere lo stato di pregiudizio per la pubblica incolumità, i lavori venivano affidati alla ditta (...); veniva concluso il relativo contratto*»; ciò premesso, l'ente «*ingiunge*».

⁸¹ Rileva la distinzione tra disciplina cautelare *ante* e *post* riforma del 2010 del cod. proc. amm. *Ante* riforma era pacifica l'ultrattività della cautelare, assorbita solo da una decisione di merito o caducata dall'estinzione del giudizio per perenzione. Salvo che per alcuni effetti, che potevano diventare definitivi ed irreversibili (condanna alle spese e effettuazione di attività in esecuzione della cautelare accolta). La diversità di regime è determinata dal mutamento delle regole in materia di competenza territoriale: prima derogabile, ora inderogabile (v. artt. 13-16 e 55-62 cod. proc. amm.).

gravati nei giudizi perenti; ci si chiede, inoltre, quali conseguenze possano derivare dalla perenzione dei giudizi al Tar, dinanzi al quale le originarie ordinanze ingiunzioni (poi rinnovate) erano state gravate e sospese; ci si chiede anche se siano decorsi i termini di prescrizione dei crediti. Sull'effetto sostanziale dell'interruzione della prescrizione, si richiama l'attenzione sull'art. 2945, comma 3, c.c., per il quale l'estinzione del giudizio per perenzione dovrebbe far venir meno l'effetto interruttivo permanente e determinare solo l'effetto interruttivo istantaneo, cioè al momento della domanda giudiziale o di successivi atti endoprocessuali purché aventi i requisiti della messa in mora. In questi termini, la perenzione travolgerebbe anche gli effetti interinali di ordinanze cautelari di sospensive accolte, per intenderci con efficacia *ex tunc*.

Qualche diversa considerazione, tuttavia, potrebbe essere svolta alla luce dell'art. 2935 c.c., che individua la decorrenza del termine di prescrizione da quando il diritto può essere esercitato⁸².

La presenza di un'ordinanza cautelare, che ha sospeso gli effetti del provvedimento di ingiunzione nel caso accennato, impedisce all'Ente di esercitare il diritto alla riscossione, quindi, potrebbe operare come impedimento all'esercizio del diritto e, dunque, ostacolo al decorso del termine⁸³.

Nel tentativo di dare risposta al quesito posto dalle Sez. Un. del 2006, alla luce delle riflessioni che precedono, parrebbe di poter collocare il «giudicato» tra «fatto» e «elemento normativo», in quanto il giudicato sembra inerire al «fatto» come interpretato dall'autore della decisione⁸⁴.

⁸² E', al riguardo, da segnalare App. Napoli, 30 novembre 2020, che riforma Trib. Napoli, 6 luglio 2017. La Corte, diversamente dal Tribunale, «a fronte di un'occupazione permanente», ritiene che la «prescrizione del diritto al pagamento sia del canone che della sanzione dovuta in caso di occupazione abusiva non inizia a decorrere dal verbale di accertamento ma da quando il relativo diritto può essere esercitato, e, dunque, dal termine, al più, del periodo annuale di occupazione».

⁸³ Impedimenti di diritto e impedimenti di fatto. Alcune autorevoli voci parlano, difatti, di «interruzione/sospensione» del termine di prescrizione durante il giudizio. Un'altra considerazione andrebbe, in tal senso, svolta sulla circostanza che l'istanza di fissazione ex art. 82 cod. proc. amm., al fine di impedire la perenzione, spetta solo al ricorrente: l'istanza è, difatti, a firma della parte ricorrente e dell'avvocato, a differenza dell'istanza di fissazione di udienza e di prelievo ex art. 71, commi 1 e 2, cod. proc. amm., che, invece, possono essere effettuate da una delle parti, normalmente la parte ricorrente, a conferma, in ogni caso, dell'essere il processo amministrativo in processo ad impulso di parte. Di conseguenza, la parte resistente non ha alcun potere di impedire la perenzione ed eventuali effetti negativi di questa. Cfr. C. SALTELLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa tra teoria e prassi*, p. 1 ss., ma v. p. 7, pubblicato il 3 novembre 2022, in www.giustizia-amministrativa.it, per il quale l'art. 71 c.p.a. introduce una «condizione per la trattazione della causa» e «rende in realtà quiescente la causa introdotta con il deposito del ricorso, non potendo il giudice d'ufficio al riguardo compiere alcuna attività, neppure meramente istruttoria». Si tratta di un «retaggio» dell'«originaria impostazione del processo amministrativo come giudizio su ricorso secondo la disciplina del Codice di procedura civile del 1865; resta comunque difficilmente giustificabile proprio con riferimento all'effettività della tutela sub specie di efficacia del processo e non è mancato chi ha adombrato che possa addirittura invogliare la proposizione di ricorsi meramente strumentali. In effetti, l'irrevocabilità della domanda ed il fatto che l'inattività delle parti sia sanzionata con la perenzione non convince sulla presenza e la necessità di un tale onere».

⁸⁴ Cfr. M. ALLARA, *Pagine di teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Milano, 1983, p. 43 ss. (postumo a cura di C. Sarasso), in riferimento al fenomeno dell'«accertamento» e «sentenza di merito». L'illustre a., posta la distinzione tra sentenza come

Aperta resta la questione su cosa debba intendersi per «processo», «giudice» e «attività decisoria».

6. Segue: il danno da occupazione *sine titulo* per assenza del titolo concessorio e alcuni rilievi su consulenze tecniche e spese di lite

Dianzi si è fatto particolare riferimento al contenzioso Cosap, oggi «canone unico patrimoniale per l'occupazione del suolo pubblico»⁸⁵, la cui natura è vivacemente dibattuta, ma che si ritiene non costituisca un tributo⁸⁶, bensì un corrispettivo⁸⁷ per la concessione di occupazione di suolo pubblico, al fine di poter svolgere determinate attività: il carattere sinallagmatico del canone sembra, in effetti, escludere il configurarsi del tributo⁸⁸. Di conseguenza, si esclude, ad esempio, l'applicabilità dell'istituto dell'accertamento per adesione, tipico strumento del processo tributario previsto dal d.lgs. n. 218 del 1997, alle sanzioni per omesso pagamento del cosap, per cui sarebbero, invece, attivabili gli altri rimedi, quale il ricorso dinanzi alla competente autorità giudiziaria o in alternativa la proposizione di un riesame dell'atto in autotutela presso la P.A.⁸⁹.

La natura non tributaria del canone solleva alcune questioni circa la *mens legis* della «sanzione» amministrativa conseguente all'occupazione *sine titulo*, per assenza del titolo concessorio. Ci si riferisce, in particolare, a due recenti decisioni gemelle delle Sezioni Unite⁹⁰ sulla risarcibilità del danno conseguente ad occupazione *sine titulo*, che si pongono, con alcune precisazioni, nella prospettiva del *danno in re ipsa*, mitigato, però, dalla necessità della prova di aver concretamente subito un danno. Ci si sposta, così, da un piano sostanziale su di un piano processuale ed istruttorio, nel cui ambito assume rilievo il ricorso a presunzioni semplici

«atto» e come «documento», osserva che la sentenza come «atto» ha il «suo contenuto» nella «dichiarazione del giudice» (il corsivo è dell'a.): la «dichiarazione dell'accertamento soggettivo del giudice costituisce l'elemento essenziale di ogni sentenza di merito»; prosegue l'a., «in taluni casi si aggiunge una seconda dichiarazione, la quale non ha carattere *enunciativo*, ma *dispositivo*. Si parla in tal caso di sentenza *costitutiva*, che è definita dal legislatore (art. 2908 c.c.) quella sentenza, con la quale il giudice costituisce, modifica o estingue rapporti giuridici».

⁸⁵ Si continua, tuttavia, anche per comodità espositiva, ad usare l'acronimo Cosap.

⁸⁶ A differenza della Tosap *Tassa per l'occupazione del suolo pubblico*.

⁸⁷ Cfr. anche l'art. 2 del regolamento del Comune di Napoli, n. 8 del 28 luglio 2021, punto 1.6.

⁸⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 7 gennaio 2014, n. 61. Sulla distinzione cosap/tosap, v. pure Trib. Napoli, Sez. X, Dr.ssa Gargia, 24 gennaio 2023, n. 1158; Trib. Napoli, Sze. XIV, Dr.ssa Russo, 11 giugno 2020, n. 4003.

⁸⁹ In merito a contenziosi con il Comune di Napoli, così, Trib. Napoli, sez. X, 3 febbraio 2023, n. 1219, dr. Amura. In argomento v. anche Trib. Napoli sez. X, 6 giugno 2022, n. 5589, e Trib. Napoli, sez. X, 9 maggio 2022, n. 4508, entrambe del dr. Forziati; v. pure Trib. Napoli, sez. X, 5 gennaio 2023, n. 127, e Trib. Napoli, sez. X, 6 ottobre 2022, n. 8744, entrambe del dr. Scotto di Carlo; Trib. Napoli, sez. V, 22 giugno 2022, n. 6307, dr.ssa Cannavale.

⁹⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 15 novembre 2022, n. 33645 e n. 33659. Per un commento, v. B. SASSANI, B. DE SANCTIS, *Note impromptu sul danno in re ipsa in Sez. un., n. 33645/2022 e Sez. un. n. 33659/2022*, in *Judicium*; e C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno ingiusto e la sua prova: l'occupazione abusiva di un immobile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2022, p. 893 ss.

e fatti notori, spetterà al giudice liquidare il pregiudizio, che sovente avviene in via equitativa⁹¹.

Le decisioni dimostrano la necessità di un approccio polifonico allo studio della responsabilità civile, dinamico, funzionale e pluralistico, oltre le qualificazioni e nella prospettiva della congruità dei rimedi, in quanto, ai fini risarcitori, ciò che rileva è la natura e meritevolezza dell'interesse⁹², nonché la gravità del fatto illecito ed il suo disvalore socio-giuridico⁹³.

L'art. 2043 c.c. nasce a difesa del diritto di proprietà fondiaria⁹⁴, ed in quest'ottica si muove, certamente almeno in origine, il danno da occupazione abusiva, come danno da privazione dei poteri di disposizione e delle facoltà di godimento del proprietario, senza necessità di ulteriori allegazioni⁹⁵. Senza neppure omettere di richiamare l'attenzione sui rischi insiti nell'affermazione del «danno evento» o *in re ipsa*, ossia il rischio di una eccessiva apertura verso un'incontrollata ammissione dei danni punitivi e esemplari o *punitive damages*, che sono da valutare pure alla luce dell'applicazione in concreto delle regole dell'ordine pubblico⁹⁶. In questa sede è possibile solo un cenno alla materia della responsabilità civile, pertanto ci si limita ad osservare che l'illecito civile è, per sua natura, un «sistema aperto» e «clausola generale», data la sua atipicità, il cui asse si è, in tempi recenti, spostato dall'autore del danno alla vittima, per essere incardinato sulla centralità dell'ingiustizia del danno e per essere rivolto ad assicurare esigenze di giustizia retributiva e distributiva, senza aprioristiche prese di posizione⁹⁷. Inoltre, nel caso dell'occupazione *sine titulo* di beni pubblici è da

⁹¹ Cfr. App. Brescia, 18 ottobre 2021, n. 1305, circa una controversia tra coniugi separati sul godimento esclusivo da parte di uno di essi della ex casa familiare. Secondo la Corte il danno, subito dal proprietario, da occupazione illegittima di un immobile è «*in re ipsa*», in quanto discende dalla «perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dalla impossibilità di conseguire l'utilità da esso ricavabile, sicché costituisce una presunzione "*iuris tantum*" e la liquidazione può essere operata dal giudice sulla base di presunzioni semplici, con riferimento al cd. danno figurativo, quale il valore locativo del bene usurpato».

⁹² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, p. 305 ss., ma v. p. 420 ss.

⁹³ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 229 ss., ma v. p. 230.

⁹⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, cit., p. 305 ss.

⁹⁵ Sulla controversa natura di questa particolare fattispecie di illecito si rinvia alla ricostruzione delle diverse impostazioni (almeno tre) ricostruite nelle annotate decisioni.

⁹⁶ Nota, in materia di danni punitivi, è la «sentenza D'Ascola», Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

⁹⁷ La produzione, in argomento, è alluvionale, basti rinviare a: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, cit., pp. 317, 391 e 420 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito civile (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 168 ss.; P. TRIMARCHI, voce *Illecito (diritto provato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, p. 90 ss.; G.P. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, 3. *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1998, p. 1 ss.; F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, p. 4 ss.; G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2014, p. 101 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile*, *Tratt. dir. civ.*, Milano, 1999, p. 3 ss.; M. BUSSANI, *L'illecito civile*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2020, p. 3 ss.; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, 5, *Diritto civile*, Milano, 3ª ed., 2021, p. 517 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv. ludica e Zatti*,

approfondire gli effetti diacronici dell'illecito, ove si consideri che, in ultimo, il pregiudizio, ove si configuri, può tradursi in danno alla collettività e, dunque, in «danno pubblico». Il danno da occupazione abusiva sembra, difatti, egualmente configurabile anche in riferimento alla p.a., in termini di sottrazione della disponibilità del bene, dunque, quale danno *in re ipsa*.

Ciò, in relazione ai grandi utenti pubblici (p.a.), si rileva pure nella complessa prospettiva dell'art. 23 Cost., per il quale: «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge», avuto riguardo alla «decurtazione patrimoniale» provocata dalla sottrazione della disponibilità del bene pubblico abusivamente occupato, cui consegue la perdita di «entrate» per lo Stato e, dunque, un pregiudizio per la collettività. Con una ricaduta sull'opportunità di standardizzare alcuni comportamenti istruttori in specifico riferimento ai grandi utenti pubblici. Ci si riferisce alla necessità di una valutazione egualitaria del danno da occupazione abusiva, *sine titulo*, onde evitare irragionevoli disparità di trattamento, che, in fin dei conti, risulterebbero determinate esclusivamente dalla diversità delle ctu di volta in volta disposta al fine dell'accertamento del pregiudizio. Si potrebbe, dunque, osservare che, in simili ipotesi, la consulenza tecnica d'ufficio non sia da ammettere ed in suo luogo sia, invece, da valutare la predeterminazione di criteri *standard* di quantificazione del danno da occupazione *sine titulo* di bene pubblico da applicare; o, ancora, si potrebbe azzardare una comparazione l'esperienza del giudizio amministrativo e procedere attraverso un *verificatore pubblico*⁹⁸.

Anche ai fini *protocollari* appare utile un'ulteriore considerazione circa la condanna alle spese di lite in caso di soccombenza reciproca o accoglimento parziale della domanda, alla luce di una recente decisione delle Sezioni Unite⁹⁹, secondo cui vi può essere soccombenza reciproca con conseguente condanna alle spese di lite, nel caso di proposizione di più domande accolte solo in parte, non, invece, nel caso di un'unica domanda solo parzialmente accolta.

Si consideri il caso dell'occupazione per carenza del titolo concessorio di cui si è discusso, l'impatto della decisione potrebbe provocare un innalzamento dei contenziosi, in quanto la parte processuale potrebbe essere determinata a «sparare» richieste eccessive, onde contare, pure in caso di accoglimento parziale e di riduzione della pretesa economica oggetto di azione, comunque sulla condanna alle spese di lite in suo favore, appunto, anche in ipotesi di soccombenza parziale.

Si sarebbe, forse, potuto operare un più equilibrato bilanciamento e adottare, in conformità al tradizionale canone di governo delle spese di lite della soccombenza: o la compensazione o, al più, una reciproca e proporzionale condanna alle spese di lite, attraverso una proporzionale graduazione – come esprimersi? – tra più gravi e meno gravi soccombenze

Milano, 1998, p. 1 ss.; F. GALGANO, *Manuale di diritto privato*, 16ª ed., Padova, 2013, p. 371 ss., v. p. 373; F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, 7ª ed., Torino, 2018, p. 1293.

⁹⁸ Cfr. l'art. 66 del cod. proc. amm., in materia di verifica, diversa dalla ctu (v. art. 67).

⁹⁹ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 31 ottobre 2022, n. 32061.

rispetto alle richieste ed alle eccezioni, all'interno di una «forbice» percentuale, ad esempio del 75%, come comunemente si usa.

7. Segue: estensione volontaria del giudicato, obbligazioni naturali e pubblica amministrazione

Naturalmente non può essere questa la sede per approfondire il misterioso fenomeno delle *obbligazioni naturali*, basti il riferimento all'illustre processual-civilista, Francesco Carnelutti, per il quale alcun rapporto, né giuridico né obbligatorio, esiste prima della *solutio*, dell'adempimento: l'*obbligazione naturale* è come una «meteora; non esiste prima, non esiste dopo; è un inafferrabile momento»¹⁰⁰. Del che, ci si soffermerà solo a qualche considerazione di ordine problematico, ai fini dell'indagine intrapresa, sulla questione della discussa possibilità dell'estensione volontaria del giudicato nella relazione con il Grande utente/pubblica amministrazione.

Ci si chiede se una simile fattispecie di estensione possa dar luogo ad un'ipotesi di dovere morale o sociale a carico della pubblica amministrazione, in termini di obbligazione naturale¹⁰¹.

Ammissa¹⁰² la configurabilità di obbligazioni naturali nella relazione con l'Amministrazione, la questione si è posta in riferimento alla «spontanea applicazione del *decisum* giurisprudenziale»¹⁰³ da parte dell'amministrazione a fattispecie soggettivamente diverse da quelle oggetto del giudicato, alle quali, dunque, una rigida applicazione dell'art. 2909 c.c. impedirebbe una simile estensione.

Nel senso dell'esclusione di specifici obblighi di estensione del giudicato depone, oltre alla evocata disposizione generale in materia, anche l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione, come pure s'è tentato di porre in evidenza nelle pagine che precedono.

Questa conclusione non pare, tuttavia, escludere del tutto la praticabilità dell'ipotesi dell'obbligazione naturale, ove, cioè, l'amministrazione abbia, spontaneamente, esteso l'applicazione di una determinata decisione giurisprudenziale oltre le parti processuali¹⁰⁴.

In una simile direzione, potrebbe propendere il configurarsi a carico dell'amministrazione di un dovere morale o sociale di estensione di determinati vantaggi in favore di coloro che si trovano nella stessa condizione oggetto del *decisum*, ma che, tuttavia, non avendo agito in giudizio, non possono far valere alcun interesse.

¹⁰⁰ Cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* (1927), in *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, p. 248.

¹⁰¹ Cfr. art. 2034 c.c.

¹⁰² Ma è tutt'altro che scontata.

¹⁰³ In proposito, v. F. GIGLIOTTI, *Del pagamento dell'indebito. Obbligazioni naturali*, Art. 2034, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2014, p. 364 ss.; e R. FERCIA, *Le obbligazioni naturali*, in L. GAROFALO (a cura di), *La struttura e l'adempimento*, in *Tratt. delle obbligazioni* Garofalo e Talamanca, Padova, 2010, p. 559 ss.

¹⁰⁴ In proposito, v. TAR Sicilia Catania, 9 settembre 2010, n. 3678, in www.giustizia-amministrativa.it.

E' pur vero, però, che una simile decisione da parte dell'amministrazione può sollevare alcune perplessità, si osserva, in considerazione del fatto che non si tratterebbe di un'«esigenza etica» dell'amministrazione, quanto piuttosto di una condivisione esegetica di un «*dato riferibile alla fattispecie*, secondo l'interpretazione che di quello è stata offerta dall'applicazione giurisprudenziale»¹⁰⁵. In effetti, il rischio è la troppo sottile linea di demarcazione tra un esercizio ragionevole di poteri discrezionali e l'arbitrio, con conseguenze pregiudizievoli sulla certezza dei rapporti, sia per l'amministrazione, che potrebbe, ad esempio, essere esposta ad azioni contabili o erariali¹⁰⁶, sia per la collettività, che potrebbe ritenere sussistenti aspettative irrealizzabili.

8. La problematica rilevabilità d'ufficio della prescrizione in materia di sanzioni amministrative e crediti tributari

Il riferimento all'istituto della «prescrizione estintiva» può rivelarsi utile nel contesto della ricerca intrapresa, in quanto investe il variegato contenzioso sulle sanzioni amministrative degli enti locali e sulle iscrizioni a ruolo dell'Agenzia delle Entrate. Sanzioni che vengono, diffusamente, emesse nonostante il decorso del termine di prescrizione, nella consapevolezza, quindi, da parte degli Uffici circa l'essersi prodotta la vicenda estintiva e, di conseguenza, delle difficoltà, se non impossibilità, circa l'effettivo recupero delle somme chieste in pagamento. Somme che, sostanzialmente, sono recuperabili solo nel caso in cui ci sia la parte opponente si dimentichi, nella sede processuale, di sollevare l'eccezione di prescrizione, evento, oggi, molto raro.

Difatti, l'emissione della richiesta di pagamento, seppure prescritta, non esime il destinatario dall'impugnazione dell'atto di accertamento o dall'opporvi alla sanzione, onde ottenere pure la cancellazione delle formalità accessorie e pregiudizievoli, che, com'è noto, impediscono, ad esempio, di ottenere il pagamento di eventuali crediti vantati verso l'Amministrazione.

L'amministrazione assume, dunque, il rischio del processo, nel senso dell'alea, neppure tanto tale, data la pressoché scontata proposizione dell'eccezione di prescrizione da parte del destinatario della sanzione, salvo, naturalmente, a ritenerla, nel caso dei crediti tributari, rilevabile d'ufficio.

La prescrizione è considerata «vicenda»¹⁰⁷ generale di estinzione dei diritti, seppure non tutti.

¹⁰⁵ Cfr. F. GIGLIOTTI, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 367 ss.

¹⁰⁶ Si consideri il caso non raro di emolumenti assegnati dall'amministrazione in eccedenza rispetto all'inquadramento retributivo (v. TAR Lazio Latina, 21 maggio 1990, n. 513; Cass., 8 febbraio 2008, n. 3028, circa un rapporto professionale tra un geometra e un comune dichiarato nullo per difetto di firma, con conseguenti questioni circa eventuali obblighi restitutori di quanto versato in acconto e ingiustificato arricchimento dell'amministrazione; v. anche Corte App. Napoli, 6 agosto 2002).

¹⁰⁷ In argomento, fondamentali le riflessioni di: M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, pp. 50 ss. e 107 ss.; Id., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico. Anno accademico 1949-50*, Torino, 1950, pp. 3 ss., 12 ss., 25 ss., 209 ss.; Id., *Pagine di teoria delle vicende del rapporto giuridico*, pubblicato postumo a cura di Carlo Sarasso, Milano, 1983, p. 3 ss.; R. SACCO, *Prescrizione, natura costitutiva od impeditiva del fatto, onere della prova (aspetti diversi di un fenomeno unico,*

L'argomento rende necessari ben altri approfondimenti, a cominciare dalla complessa, triplice, prospettiva e «natura» di questa vicenda estintiva¹⁰⁸, ma ciò devierebbe eccessivamente l'indagine.

Ci si soffermerà, ai fini della ricerca intrapresa, in particolare sui crediti tributari, onde chiedersi se, in tal caso, la prescrizione, come *fatto estintivo del diritto*, operi o meno d'ufficio. Recisi ed insanabili appaiono i dissidi riguardo alla operatività *ope legis* o *ope exceptionis* della «prescrizione estintiva» in generale, e con riferimento ai crediti tributari. Dissidi che investono il fondamento e la natura della prescrizione, nonché l'intera sua disciplina, sulla cui inderogabilità v'è, difatti, discordia¹⁰⁹.

Nella trattazione e tradizione civilistica dell'istituto, l'art. 2938 c.c. impedisce al giudice di rilevare d'ufficio la prescrizione, di conseguenza, sull'interessato, che intenda avvalersene, graverà l'onere di agire affinché venga accertata e dichiarata o sollevarla in via di eccezione¹¹⁰. Secondo alcuni, analoga possibilità vi sarebbe in via stragiudiziale, ma a valere solo per i diritti di credito¹¹¹.

Per il codice civile, dunque, la prescrizione estintiva non sembra operare automaticamente, *ipso iure*, cioè per il semplice decorso del tempo, ma è necessario l'esercizio dell'azione o la proposizione dell'eccezione e la conseguente statuizione del giudice sull'estinzione del diritto fatto valere oltre il tempo consentito. Se così non fosse, allora, in ipotesi di adempimento di debiti prescritti, dovrebbe operare l'indebito oggettivo¹¹², invece, il legislatore, all'art. 2940 c.c. ha, espressamente, stabilito l'irripetibilità di ciò che si è corrisposto in adempimento di un debito prescritto¹¹³.

o fenomeni autonomi?), in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 419 ss.; S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni giuridiche soggettive*, I, Milano, 1964, p. 2 ss.; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, *passim*, ma v., in particolare, pp. 59 ss., 63, 83 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, sub artt. 1230-1259, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 1 ss.; B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, p. 14 ss. G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 4 ss.

¹⁰⁸ «Processuale», in considerazione della sua operatività *ope exceptionis*, per S. PUGLIATTI, voce *Eccezione (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 162 ss., ma v. p. 164; «sostanziale», per R. SACCO, *Prescrizione, natura costitutiva od impeditiva del fatto, onere della prova (aspetti diversi di un fenomeno unico, o fenomeni autonomi?)*, cit., p. 419 ss., e per G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, cit., p. 4 ss.; «procedimentale», per B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 14 ss.

¹⁰⁹ Ad esempio, si ritiene possibile assoggettare un determinato rapporto ad una legge straniera in materia di prescrizione; non si ritiene, invece, possibile che l'autonomia *negoziale* deroghi alla disciplina della prescrizione, onde escludere o aggiungere ipotesi di prescrizione o modificare i relativi termini o rinunciare alla prescrizione prima che essa maturi (v. art. 2936 c.c.); si ammette la rinuncia alla prescrizione maturata (v. art. 2937, commi 2 e 3, c.c.), anche attraverso *riconoscimento del debito*, con alcune precisazioni.

¹¹⁰ Cfr. A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 63 ss.

¹¹¹ Cfr. Cass., n. 18477 del 2003, in merito all'interruzione stragiudiziale e relativamente ai diritti di credito.

¹¹² Cfr. art. 2033 c.c.

¹¹³ Cfr. Art. 2034 c.c. In tal senso, v., in particolare, M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 205 ss., ma v. p. 212; Id., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 172 ss., ma v. p. 174. Diversamente,

Pure per i crediti tributari l'efficacia *estintiva* della prescrizione rende necessarie precisazioni¹¹⁴.

In effetti, la sua operatività *ope exceptionis*¹¹⁵ e non *ope legis* indurrebbe a considerarla piuttosto che fattispecie procedimentale estintiva, fattispecie modificativa del rapporto¹¹⁶.

Alla dimensione ordinante del codice civile in materia di prescrizione, nel contesto dell'indagine intrapresa, se ne aggiunge almeno un'altra, ossia la disciplina posta dalla legge fondamentale in materia di *sanzioni amministrative*, legge n. 689 del 1981¹¹⁷, che detta i principi generali in materia.

Nel caso delle *sanzioni amministrative* e dei *crediti tributari*, non sembra possibile estendere, genericamente, il «modello civilistico» della prescrizione, in quanto non si può non tener conto non solo dell'esistenza di ulteriori specifiche disposizioni normative relative alle diverse situazioni giuridiche soggettive, ma anche la natura di «*obbligazione pubblica*» delle *obbligazioni tributarie* e, più in generale, di quelle che ineriscono all'azione pubblica o alla pubblica amministrazione, data, nel caso in esame dei crediti tributari, la predominanza nel rapporto tra il contribuente e la collettività della potestà *impositiva*¹¹⁸.

Una prima linea interpretativa sulla rilevabilità d'ufficio della prescrizione, deriva dall'art. 28 della legge n. 689 del 1981, per il quale «il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni» della legge «si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione»; prosegue il comma 2, «l'interruzione della prescrizione è regolata

A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 68 ss. Si discute, poi, se il debito prescritto configuri o meno ipotesi di obbligazione naturale.

¹¹⁴ Al riguardo, in una fattispecie di *silenzio-rifiuto* su crediti erariali del MEF prescritti, Cons. St., 9 agosto 2005, n. 4227, ha statuito che: l'«eventuale decorrenza del termine di prescrizione non comporta l'estinzione *tout court* del credito erariale, in quanto la prescrizione, lungi dal determinare di per sé la estinzione del diritto, comporta soltanto l'insorgere, nella sfera della controparte, del diritto potestativo di eccepirlo» (arg. ex artt. 2938 c.c. e 112 c.p.c.).

¹¹⁵ Interessante è, al riguardo, la decisione di Trib. Napoli, Sez. XIV, Dr.ssa Cacace, 14 luglio 2020, n. 5015, in merito ad una c.d. «opposizione recuperatoria» ex art. 615 c.p.c. La decisione, nel riportarsi alle Sezioni Unite n. 19704 del 2015 (in materia tributaria) chiarisce: «da un lato, l'ammissibilità dell'opposizione allorché, prendendo conoscenza del ruolo, il contribuente apprenda per la prima volta, attraverso l'estratto di ruolo, dell'esistenza di una cartella esattoriale a suo carico e quindi dell'avvenuta formazione di un titolo esecutivo nei suoi confronti; in tale situazione l'opposizione gli consente di recuperare gli strumenti di impugnazione avverso la cartella esattoriale che non ha potuto in precedenza utilizzare a causa della invalidità della notifica di essa. Diverso è il caso invece, in cui il contribuente (o in generale colui che abbia un debito iscritto a ruolo) miri ad ottenere il mero accertamento dell'inesistenza del credito, pur in assenza di attività esecutiva da parte dell'amministrazione».

¹¹⁶ In questa prospettiva «dinamica» e «funzionale», che si condivide, v. M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 210 ss.; Ib., *Vicende del rapporto giuridico e loro cause*, 2ª ed., Torino, 1939, p. 70 ss.; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, pp. 13 e 15 ss.

¹¹⁷ Cfr. art. 11.

¹¹⁸ Cfr. Corte edu, 12 luglio 2001, ric. 44759, causa *Terrazzini c. Italia*; Corte edu, 31 marzo 2009, ric. n. 33/04, causa *Faccio c. Italia*. Nel nostro ordinamento, con qualche timida apertura alle azioni in materia di rimborsi d'imposta e relative sanzioni, v. Cass., 24 settembre 2012, n. 16212 e Cass., 3 marzo 2015, n. 4282.

dalle norme del codice civile». A questa disposizione rinvia pure il *codice della strada* in merito alle relative sanzioni pecuniarie¹¹⁹. Inoltre, lo *statuto dei diritti del contribuente*¹²⁰, all'art. 1, comma 1, dopo aver attribuito la natura di «principi generali» alle disposizioni della relativa legge, ammette la possibilità di derogarvi «solo espressamente e mai da leggi speciali»; e al successivo art. 3, comma 3, pone il divieto di proroga dei «termini di prescrizione e decadenza». Il riferimento è parso utile, in quanto pare di essere in un contesto di esercizio di poteri del Governo in materia¹²¹. Il sistema penale, poi, è orientato sulla rilevanza d'ufficio della prescrizione, causa di estinzione del reato e della pena¹²².

Posto il sintetico quadro normativo, nel diritto tributario tendono a prevalere termini di decadenza¹²³ e, in materia di prescrizione, regole civilistiche, nel coacervo delle fattispecie¹²⁴. Ciò è conseguenza dell'ambiguità del testo dell'art. 28, che non sembra essere *autosufficiente* nel risolvere la questione della rilevanza d'ufficio della prescrizione, tant'è che, sia in dottrina che in giurisprudenza, si avvicinano differenti orientamenti.

Rilevabile d'ufficio, invece, è considerata l'eccezione di interruzione della prescrizione¹²⁵, come il difetto di *legittimatio ad causam*¹²⁶; la decadenza dal diritto al rimborso di un tributo è considerata rilevabile d'ufficio se è stabilita in favore dell'Amministrazione, in quanto risponderebbe ad «indisponibili» esigenze di «assicurare la stabilità delle entrate tributarie», diversamente da analoga previsione di decadenza ove posta in favore del contribuente, la cui eccezione non sarebbe, invece, rilevabile d'ufficio data la disponibilità del diritto¹²⁷. La prescrizione della richiesta di rimborso è considerata eccezione non rilevabile d'ufficio¹²⁸.

¹¹⁹ D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 209.

¹²⁰ Legge 27 luglio 2000, n. 212.

¹²¹ Si considerino i *condoni fiscali*, estinzioni generali dei crediti fiscali per provvedimento normativo.

¹²² Cfr. artt. 157 ss. c.p. e art. 129 c.p.c.

¹²³ Riferiti all'esercizio dei poteri di accertamento, liquidazione, iscrizione a ruolo, rimborso da parte del contribuente.

¹²⁴ Vi sono altre numerose previsioni speciali in materia di decadenza e prescrizione di crediti tributari e non solo, così da rendere necessario un riassetto della disciplina della prescrizione, a titolo meramente esemplificativo e senza alcuna pretesa ricostruttiva: imposte sui redditi (v. art. 43, d.P.R. n. 600 del 1973); Iva (art. 57, d.P.R. n. 633 del 1972), imposta di registro (v. art. 76, d.P.R. n. 131 del 1986); diritti doganali (art. 84, d.P.R. n. 43 del 1973); tributi locali (l. 27 dicembre 2006, n. 296, finanziaria per il 2007); Irap art. 25. D.lgs. n. 446 del 1997; tassa auto (art. 5, d.l. n. 953 del 1982, conv. in l. n. 60 del 1983); c.d. *sanzioni tributarie non penali* (v. art. 20, comma 1, d.lgs. n. 472 del 1997; d.l. 1° luglio 2009, n. 78); le prescrizioni in materia di *rimborso* imposte sui redditi (artt. 37 e 38 d.P.R. n. 602 del 1973), Iva (artt. 30, 38 bis e 38 ter d.P.R. n. 633 del 1972), tributi locali (art. 164, l. n. 296 del 2006).

¹²⁵ Cfr. TAR Puglia Lecce, sez. I, 3 giugno 2009, n. 1346; in quanto «controeccezione», v. Cass., Sez. Un., 27 luglio 2005, n. 15661.

¹²⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 8 marzo 2022, n. 7514, con alcuni significativi riferimenti anche alla prescrizione ed al problema della rilevanza d'ufficio, in specifico riferimento ai crediti degli enti previdenziali.

¹²⁷ Cfr. Cass., n. 5862 del 2013; e Cass., n. 171 del 2015.

¹²⁸ Da Cass., ord., 18 giugno 2019, n. 16279, e da Cass., 5 ottobre 2018, n. 24478; v. anche Cass. Sez. Un., 27 aprile 2006, n. 9591, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2019 ss., sul rapporto tra legge n. 241 del 1990 e legge n. 689 del 1981, secondo cui non ci sono termini decadenziali per emettere l'ordinanza ingiunzione per sanzione amministrativa, l'unico termine è quello di prescrizione di cinque anni (art. 28, l. 689 del 1981; v. pure Cass., 17 novembre 2005, n. 23251).

La soluzione alla complessa questione della rilevanza d'ufficio della prescrizione in riferimento alle *sanzioni amministrative* e ai *crediti tributari* non può prescindere dall'individuazione dei concreti interessi. In ogni caso, a prescindere dalla conclusione preferita, ove il privato non sollevi eccezione, e si escluda l'operatività *ope legis* dell'estinzione per prescrizione, si avrà, di fatto, una sentenza non «conforme al diritto sostanziale»¹²⁹. Ci si ricollega, dunque, al tema del giudicato dianzi accennato e ci si chiede «cosa resti della situazione di diritto sostanziale» ove l'eccezione di prescrizione sia accolta. Si potrebbe, al riguardo, configurare un caso di «efficacia preclusiva» del giudicato, piuttosto che una causa estintiva del diritto, in quanto, formatosi il giudicato, l'«accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa»¹³⁰. La questione, come posta, ha significativi risvolti concreti, ove si consideri che dalla natura attribuita al giudicato sull'eccezione di prescrizione può dipendere l'irripetibilità o meno del pagamento del debito prescritto, dopo che la prescrizione sia stata giudizialmente dichiarata con sentenza passata in giudicato. Nel caso in cui si configuri ipotesi di giudicato «estintivo» del diritto, sembra, in effetti, più corretta la soluzione contraria all'«irripetibilità» del pagamento, onde operare la *condictio indebiti*, con la conseguenza che il *pagamento* assumerebbe, piuttosto, natura di «atto di liberalità», al di fuori, pertanto, della portata dell'art. 2940 c.c.¹³¹.

Ad ogni modo, vale sempre quell'autorevole invito alla prudenza, «in senso contrario a qualsiasi resa ad un pragmatismo, che si risolva in acquiescenza al disordine normativo e rinuncia al compito propositivo dell'interprete», spinti dalla «necessità di evitare facili fughe dalle proprie responsabilità, con l'alibi di quella frantumazione concettuale, in cui indubbiamente il disordine normativo corre il rischio di tradursi»¹³².

Rileva, dunque, la ricerca del «giusto rimedio», oltre le astratte qualificazioni delle situazioni giuridiche soggettive ed oltre la dicotomia pubblico/privato, nella prospettiva della protezione degli interessi, generali e particolari, pubblici e privati, secondo ragionevolezza, proporzionalità e congruità¹³³. Senza omettere neppure di considerare che, nel rapporto

¹²⁹ Cfr. M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, cit., p. 207 ss.

¹³⁰ Così, l'art. 2909 c.c.

¹³¹ Questa soluzione è proposta da A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 76, per il quale, dopo il giudicato, neppure è possibile rinunciare alla prescrizione ex art. 2937 c.c., configurandosi, piuttosto, una rinuncia agli effetti del giudicato, che alla prescrizione. Diversamente, C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, p. 86 ss.

¹³² Così, in materia di invalidità degli atti, secondo l'autorevole insegnamento di E. QUADRI, *A proposito della ristampa del «contributo alla teoria del negozio giuridico» di Renato Scognamiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 385 ss., ma v. p. 402.

¹³³ Secondo l'autorevole insegnamento di: P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, pp. 25 ss. e 441 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 351, un rimedio, cioè, adeguato agli interessi; ID., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; ID., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Napoli, 2020, p. 144 ss.; P. RESCIGNO, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 930 ss.; ID., voce *Obbligazioni (nozioni)*, in

asimmetrico tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria, il primo è soggetto vulnerabile ed isolato, in ragione dello strapotere *normativo* della controparte.

Attraverso la problematica rilevabilità d'ufficio della prescrizione, molte altre riflessioni andrebbero condotte verso istanze più generali di riforma dell'istituto, verso la quale sembra deporre sia la nuova dimensione assunta dalla *responsabilità civile*, sia l'influenza del diritto europeo, avuto riguardo all'art. 6 Cedu, per il quale devono essere rimossi gli ostacoli irragionevoli ad una tutela effettiva¹³⁴. In quest'ottica potrebbero essere interpretato, se non l'art. 2938 c.c., certamente, l'art. 28 della legge 681 del 1989 ed analoghe disposizioni speciali in materia, cui d'altro canto si è, in parte, fatto cenno.

Si tratta di un argomento di particolare interesse, destinato, evidentemente nel caso in cui si opti per la rilevabilità d'ufficio della prescrizione nelle fattispecie dei *crediti tributari*, a risolvere numerose questioni e derubricare numerosi contenziosi. Significative le conseguenze sia sulle attività istruttorie dell'UPP sia su eventuali protocolli di intesa con «Grandi utenti».

L'UPP, in un contraddittorio «ante udienza di trattazione» tra le parti, potrebbe istruire la vicenda processuale sotto il profilo del decorso del termine, attraverso un'attenta verifica e ricostruzione cronologica degli atti, quali emissione, notifica, conoscenza da parte destinatario, sussistenza di eventuali atti interruttivi: in alcuni casi, ad esempio, le cartelle esattoriali ricostruiscono e riportano i precedenti solleciti e atti interruttivi, anche se ciò non accade sempre ed a volte avviene in maniera non esatta, così da rendere opportune e necessarie le verifiche documentali da parte dell'Ufficio. Verifiche alle quali potrebbe, appunto, provvedere l'UPP, pure attraverso il compimento di alcune consentite attività istruttorie, quali, in particolare, la richiesta di acquisizioni documentali da parte del «Grande utente/Pubblica Amministrazione».

Quanto ai *protocolli*, perché non ipotizzare una regolamentazione che preveda, ove, all'esito dell'accertamento preprocessuale in contraddittorio tra le parti, sia accertata la vicenda estintiva del diritto, l'invito all'Amministrazione ad adottare *atti di ritiro* delle *sanzioni*, nella prospettiva deflattiva dei contenziosi. Un'autotutela doverosa, onde evitare pure eventuali ipotesi di danno pubblico, come potrebbe accadere, ad esempio, in caso di sentenze di condanna alle spese di lite, in caso di accertamento dell'estinzione del diritto della parte pubblica a riscuotere.

Ad analoghe soluzioni preprocessuali si potrebbe giungere, naturalmente, anche nel caso di fondatezza dell'ingiunzione di pagamento, con invito, cioè, questa volta, al contribuente a provvedere al relativo pagamento, senza inutili e dilatorie attività processuali.

Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, p. 133 ss., ma v. 174; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, pp. 54 ss., 84 ss. e 114 ss.

¹³⁴ «Effective remedy», cfr.: ROSSELLI, *Nomofilachia della Corte Edu, con particolare riguardo alla prescrizione estintiva*, in *Questione giustizia*; G. TRAVAGLINO, *Le stagioni della prescrizione estintiva*, in *Questione giustizia*.

Una situazione, questa, che per certi versi, appare analoga ad una sorta di *mediazione* o *negoziiazione obbligatoria*, ma dinanzi all'UPP che, in tal senso, opererebbe come «filtro pregiudizionale». Si osservi, al riguardo, che il ricorso alla Corte Tributaria, per legge, è notificato all'Agenzia allo scopo di mediazione, peraltro, rivolta alla controparte. Si potrebbe prevedere l'obbligo di trasmissione del ricorso pure all'UPP che, governato dalla figura di un magistrato, assicurerebbe maggiori garanzie di terzietà, dato il controllo giurisdizionale. La trasmissione all'UPP si rivelerebbe utile, al fine della richiesta di adempimento del credito tributario, per le necessarie verifiche istruttorie sull'atto introduttivo del giudizio (corretta notifica) e sugli atti interruttivi della prescrizione, nonché sull'esistenza di eventuali prassi interpretative. Si ricordi pure, come *tertium comparationis*, il «filtro», nel processo tributario, dell'*esame preliminare del ricorso*¹³⁵.

9. Lo strumento della *ragione più liquida*, a proposito di Cass., 6 settembre 2022, n. 26214 e della vicenda del decreto ingiuntivo non opposto e privo di motivazione ai danni del consumatore: sulla necessità di un approccio polifonico alla questione e verso la *sentenza in forma semplificata* anche nel processo civile?

Un altro strumento che può rivelarsi utile nella prospettiva dell'«economia processuale», sia in termini di accelerazione, che di deflazione dei processi, è il ricorso all'applicazione della regola della decisione secondo la «ragione più liquida», che, sembra, almeno in tempi più recenti, di maggiore diffusione, oltre atteggiamenti dogmatici o di legismo, ma che non manca di sollevare alcune legittime perplessità. L'aggettivo «liquido»¹³⁶, pare utilizzabile, in riferimento al fenomeno in indagine, quale sinonimo di «fungibile», in considerazione delle questioni, di rito o di merito, che, scambievolmente, possono essere poste a fondamento di una decisione, in assorbimento delle altre.

Il «principio dell'assorbimento» anche *post* riforma del processo civile continua a restare un principio di derivazione dottrinale e giurisprudenziale, in quanto non ancora codificato dal legislatore. E' comunemente fondato su valori e su disposizioni sovraordinate, quali l'art. 24 cost., in materia di diritto di difesa, e l'art. 111 Cost., in materia di «giusto processo», con riferimento pure alla sua ragionevole durata. La portata del principio, *ante riforma*, era particolarmente apprezzabile nel contesto dell'esercizio dei poteri del giudice.

Su un piano pragmatico, si considerino alcuni noti casi su questioni pregiudiziali, ad esempio: in materia di competenza, giurisdizione, interesse e legittimazione ad agire; validità 'formale' degli atti introduttivi del giudizio; ma anche in materia di prescrizione o altri modi di estinzione

¹³⁵ Disposto dal d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 27.

¹³⁶ Che evoca l'orientamento del filosofo Z. BAUMAN, *L'amore liquido*, Bari-Roma, 2003; ma v. anche Id., *Modernità liquida; modus vivendi. Inferno e utopia nel mondo liquido*; Id., *Paura Liquida*; Id., *Vita liquida*; Id., D. LYON, *La sorveglianza nella modernità liquida*.

di diritti e rapporti giuridici; questioni di «giudicato» implicito o esterno, ove possibile in «estensione» o, comunque, con valore di specifico precedente.

Sorge questione sull'interpretazione, assiologica e sistematica, dell'art. 276 c.p.c., per il quale: «il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa».

Nel superare alcuni atteggiamenti dogmatici, secondo recenti e diffusi orientamenti, sembrerebbe possibile per il giudice, con riguardo alla decisione del caso concreto, sovvertire qualsiasi schema concettuale e strutturale circa l'ordine delle questioni da esaminare nel caso concreto, siano esse di rito o di merito, senza alcuna rigida separazione.

Si discute, vivacemente, se effetto di un simile potere di giudizio, poi, sia il formarsi o meno di «giudicati impliciti», specialmente su questioni pregiudiziali di rito¹³⁷.

La questione ne solleva un'altra più generale e, cioè, se la regola della «ragione più liquida» debba o meno operare all'interno della stessa «categoria» di questioni, per intenderci solo tra questioni pregiudiziali di rito o solo tra questioni pregiudiziali di merito, con prevalenza delle prime sulle seconde; o se, invece, possa operare «a cavallo» tra entrambe le categorie, cioè, indifferentemente e senza preclusioni o nette separazioni, tra questioni di rito e di merito.

La questione si dimostra complessa, in quanto pone in discussione la *mens legis* della regola: se, cioè tragga fondamento in esigenze di economie processuali, in termini di accelerazione e deflazione dei contenziosi; o se, invece, inerisca, piuttosto, ad una migliore determinazione del concetto di «giudicato», con particolare riferimento al fenomeno del «giudicato implicito»¹³⁸.

Per le Sezioni Unite, intervenute di recente in argomento¹³⁹, se ampia è la libertà di scelta del giudice nell'applicare, ai fini del giudizio, il criterio della «ragione più liquida», tuttavia, non sembra potervi esser altrettanta libertà nel sovvertire questioni di rito e questioni di merito, dovendo sempre prevalere, nell'ordine della decisione, le prime.

Non viene, dunque, affermata un'assoluta libertà di decisione, senza, cioè, la necessità di rispettare l'ordine posto dall'art. 276 c.p.c., non sembra, di conseguenza, consentire di decidere nel merito pure in presenza di questioni pregiudiziali. Difatti, ove ciò accadesse, la

¹³⁷ Nella prima direzione dell'affermarsi del giudicato implicito, pare muoversi la più recente giurisprudenza di legittimità, v. Cass., Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21972; Cass., 20 maggio 2020, n. 9309; Cass., 29 settembre 2020, n. 20555.

¹³⁸ Cfr. Cass., 10 marzo 2021, n. 6762, che muove da risoluzione per inadempimento di convenzione relativa al «finanziamento e l'attivazione di un posto di professore di I fascia nel settore scientifico-disciplinare FIS/OI».

¹³⁹ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 6 settembre 2022, n. 26214, in merito ad un'azione risarcitoria promossa dal conduttore di un bene immobile adibito ad uso commerciale nei confronti del locatore ritenuto responsabile di aver danneggiato della merce depositata nei locali e destinata alla vendita. La Corte ha respinto il ricorso, in quanto ha ritenuto non censurabile la decisione della Corte territoriale che, nel riformare la decisione di prime cure, aveva respinto la domanda risarcitoria, utilizzando la regola della «ragione più liquida», nel caso concreto individuata nel «difetto di prova del danno». La Corte richiama propri precedenti: Cass., ord., 9 gennaio 2019, n. 363; Cass., 11 maggio 2018, n. 11458; Cass., 28 maggio 2014, n. 12002.

Corte richiama espressamente il suo orientamento circa la conseguente possibile nullità della decisione, ove non sia stato rispettato l'ordine stabilito dall'art. 276, comma 2, c.p.c. Per quanto si tratti di nullità sanabile, in applicazione del principio di conservazione anche degli atti processuali, ove il vizio di nullità non venga denunciato attraverso apposito motivo di impugnazione della decisione¹⁴⁰. Le Sezioni Unite tentano di comporre quello che appare un contrasto, tuttora sussistente, in giurisprudenza che, pare, non abbia ancora preso una posizione definitiva circa i limiti effettivi di utilizzo del criterio della «ragione più liquida».

Il contrasto sembra, invece, composto circa gli effetti del «giudicato implicito» scaturenti eventualmente dall'applicazione della regola della «ragione più liquida», si tende, difatti, ad escludere la formazione di un giudicato implicito in caso di ricorso al criterio della «ragione più liquida»¹⁴¹.

Divergono, dunque, le impostazioni sull'immodificabilità dell'ordine di trattazione delle questioni poste dagli artt. 276 c.p.c. e 118 disp. prel. c.p.c.

Dalle riflessioni che precedono sembra emergere che, se, da un lato, è certamente possibile il ricorso al criterio della «ragione più liquida», adattando il giudice le questioni oggetto di decisione al caso concreto; tuttavia prevale quell'impostazione rivolta ad affermare l'esistenza di un ordine immutabile di trattazione delle questioni, nel senso della «pregiudiziale processuale», cioè, dell'impossibilità di sovvertire l'ordine tra questioni di rito e di merito, le prime devono essere trattate prima di ogni altra valutazione, ove naturalmente sussistenti¹⁴².

O, almeno, una considerazione dei limiti insuperabili oltre i quali non è possibile modificare l'ordine delle questioni da decidere, anche ove si utilizzi il criterio della «ragione più liquida». Per intenderci, se, da un lato, non si nasconde il fascino seduttivo esercitato da un «approccio interpretativo» circa la «verifica» di «soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica», cui d'altro canto si è mosso cenno; tuttavia, se si vuole, in critica verso un'adozione troppo disinvolta del criterio della «ragione più liquida», alcuni limiti di sovversione tra questioni di rito e di merito sembrano invalicabili, quali: questioni di integrità del contraddittorio¹⁴³; questioni di giurisdizione¹⁴⁴; questioni «pregiuridiche» che riguardano la tardività degli atti, per intervenute decadenze. Sul difetto di giurisdizione è da richiamare, nell'ambito dell'indagine intrapresa, nuovamente l'attenzione sull'art. 37 c.p.c., cui si faceva cenno d'altro canto, specificamente sul difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, rilevabile, anche d'ufficio, in qualunque stati e

¹⁴⁰ In argomento, v. pure Cass., 26 novembre 2019, n. 30745; e, per una interessante decisione di merito, Trib., Reggio-Emilia, 7 dicembre 2017, n. 1327.

¹⁴¹ Cfr., al riguardo, Cass., 9 novembre n. 32650.

¹⁴² In materia, v. F. FERRARI, *Sul principio della cosiddetta «ragione più liquida»*, in *Judicium*, p. 3 ss.

¹⁴³ Si consideri l'ineludibile priorità della verifica circa la regolare introduzione del contraddittorio, la regolarità della notifica degli atti introduttivi e del deposito degli atti di costituzione.

¹⁴⁴ Non quelle sulla competenza, che deve essere eccepita dalla parte, se non nei casi di c.d. «competenza funzionale».

grado del processo; e nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali, rilevabile d'ufficio nel giudizio di primo grado. Mentre, nei giudizi di impugnazione può essere rilevato solo se oggetto di specifico motivo, ma è negata all'attore la possibilità di impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione dal giudice da lui adito.

Non pare, poi, neppure da sottovalutare un ulteriore argomento, se si vuole, in critica o, comunque, nella direzione di un corretto uso del criterio della «ragione più liquida». Ci si riferisce agli «oneri di trasparenza» della decisione, che potrebbe uscire mortificata, almeno in alcune vicende, da un utilizzo non del chiaro e comprensibile del criterio, con possibili ricadute sul governo delle spese processuali. Momento, questo, di tensione in ogni decisione, in considerazione delle questioni poste, respinte o accolte, al fine di favorire la comprensibilità, anche ai fini di eventuali impugnative dinanzi ad un giudice gerarchicamente superiore, di una decisione.

In simili ipotesi, qualche dubbio può, dunque, legittimamente sorgere circa l'«assorbimento» delle questioni. Si consideri, ad esempio, il caso di una questione di giurisdizione in presenza di un'azione palesemente infondata, *ictu oculi*, la conclusione circa l'impossibilità di sovvertire l'ordine della decisione «rito/merito», è corollario della funzione giurisdizionale stessa, almeno nella misura in cui impone al giudice, prima di decidere, *rectius* di «entrare nel merito» delle umane vicende processuali, di accertare se ne è ha o meno il potere e la legittimazione¹⁴⁵.

Nel condurre l'indagine in maniera empirica, secondo le premesse introduttive di questo contributo, è da rilevare che, nella pratica quotidiana dei contenziosi, è difficile sovvertire questioni di rito e questioni di merito, se non in casi clamorosi. Ciò, pure in considerazione della «qualità» delle parti processuali, giudici e avvocati, ed in una prospettiva di ridimensionamento, se si vuole, della portata eversiva del diverso orientamento in argomento, cui si è mosso cenno, per il quale, invece, libera è la scelta decisionale del giudice sulle questioni che si ritengono meritevoli, senza rigide impalcature di separazione tra questioni di rito e di merito¹⁴⁶. Questioni di sovversione sembrano, cioè, ridursi a casi remoti ed eccezionali.

Utile appare la comparazione con l'esperienza del giudizio amministrativo, nell'ambito del quale il giudice gode di ampi poteri d'indagine su questioni di rito e di merito¹⁴⁷, legate

¹⁴⁵ Basti rinviare a E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1, rist. 2^a ed., Milano, 1968, p. 227 ss.

¹⁴⁶ In questa prospettiva, v. anche Cass., 10 febbraio 2020, n. 3049.

¹⁴⁷ Cfr. ora gli artt. 34 e 35 del cod. proc. amm.

all'impugnativa di provvedimenti amministrativi e relativi giudicati¹⁴⁸, anche senza un preciso ordine logico¹⁴⁹.

Sono comuni decisioni che, se ritengono manifestamente infondato il ricorso, esimono il giudice dall'esame delle preliminari eccezioni di inammissibilità sollevate dalle parti resistenti¹⁵⁰.

Con una precisazione, nel contesto del giudizio amministrativo, l'«assorbimento» delle questioni e dei motivi di impugnazione in prime cure, non esime l'appellante dal riproporre tutti i motivi di impugnazione non esaminati in primo grado, che, altrimenti, s'intendono rinunciati, l'effetto devolutivo delle domande non riproposte espressamente in appello determina la inammissibilità del ricorso¹⁵¹, a valere pure nella prospettiva della formazione del «giudicato implicito».

Il criterio della «ragione più liquida» sembra, dunque, suggerire un utile strumento di metodo. Nel titolare il paragrafo si è posta l'attenzione sulla necessità di un approccio polifonico alla complessa questione. Il criterio si rivela utile, come metodo di indagine sulla vicenda, di redazione degli atti processuali, di decisione, in quanto sembra imporre ai due principali protagonisti del processo, avvocato e giudice, appunto, un metodo.

E' noto, spesso si formulano più motivi di impugnativa avverso un determinato atto¹⁵², ma si è altrettanto consapevoli che uno di questi motivi, rispetto agli altri, può rivelarsi, in effetti, fondato.

La «ragione più liquida» può, dunque, svolgere la funzione di utile strumento di sintesi, attraverso la corretta individuazione della questione dirimente della vicenda e della relativa decisione.

Così, in considerazione della comparazione con il giudizio amministrativo dianzi posta, se, poi, il TAR dà ragione al ricorrente e accoglie su quel motivo specifico, ritenendolo il più «liquido», ritenendo assorbiti gli altri, tuttavia non è detto che lo stesso accada in Consiglio di Stato¹⁵³, il quale potrebbe pensarla diversamente e ritenere, invece, quel motivo infondato o infondato l'intero ricorso o accogliere un altro motivo di impugnativa. In quest'ultimo caso, la sentenza del primo giudice sarebbe confermata ma con una diversa motivazione. Si comprende,

¹⁴⁸ Per una significativa applicazione del criterio della «ragione più liquida», destinata ad «assorbire» le altre, v. Cons. St., 14 dicembre 2022, n. 10970.

¹⁴⁹ In argomento, v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 12^a ed., Torino, 2016, p. 305 ss., il quale pone l'attenzione sul configurarsi di ipotesi di «assorbimenti impropri».

¹⁵⁰ Cfr. TAR Campania Napoli, sez. VII, 28 ottobre 2019, n. 5109; Cons. St., 15 luglio 2022, n. 6054, che ricorre alla regola della «ragione più liquida», «espressione dei principi di economia processuale che governano il processo amministrativo; C.d.S., Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.

¹⁵¹ Cfr. l'art. 101, comma 2, cod. proc. amm.; v. Cons. St., 2 ottobre 2014 n. 4915; Cons. St., 28 marzo 2022, n. 2238; Cons. St., 2 gennaio 2020, n. 23.

¹⁵² Il pensiero va, in particolare al giudizio amministrativo.

¹⁵³ Cfr., ad esempio, Cons. st., 1° marzo 2023, n. 2192.

dunque, non solo lo stretto legame con la teoria dell'assorbimento dei motivi di impugnativa, nonché la necessità di reiterare tutti i motivi in appello, onde evitare di «farli» decadere.

Forse non è azzardato osservare che il criterio della «ragione più liquida», oggi di diffusa applicazione, alle indicate condizioni, nel giudizio civile, trae origine dalla problematica questione dell'assorbimento dei motivi di impugnativa del provvedimento amministrativo.

In una simile prospettiva comparativa, il criterio della «ragione più liquida» potrebbe essere considerato, con ogni dovuta precisazione e distinzione, come una sorta di gemmazione di quella che, per semplificare, si potrebbe definire «teoria dell'assorbimento» dei motivi di impugnativa del provvedimento amministrativo, sotto alcuni profili di più agevole applicazione, data la specificità dei motivi e, soprattutto, la natura degli atti provvedimentali gravati, con ricadute pur sul concetto e sulla natura del giudicato amministrativo, dianozi indagato. Una situazione, questa, che pare, altresì, analoga al giudizio tributario, nel contesto del quale pure, nella generalità dei casi, si gravano provvedimenti amministrativi sanzionatori di natura tributaria.

Nei giudizi amministrativi e tributari, dinanzi alle specifiche giurisdizioni, l'applicazione di queste regole (ragione più liquida e/o assorbimento) appare, nel senso indicato, più semplice anche per la più ridotta portata, rispetto alla complessità e varietà del contesto in cui opera il processo civile.

Secondo la «teoria dell'assorbimento», solo quando un motivo è ricompreso in un altro motivo, è possibile «sintetizzare» la decisione, appunto, attraverso il suo assorbimento: ad esempio, non si esamina il motivo «B», perché presuppone che il motivo «A» sia stato accolto, in tal senso «B» è assorbito da «A». Insomma, non deve farsi confusione con la diversa ipotesi della presenza di motivi tra di loro alternativi, anche in una utile prospettiva che favorisce l'evidenza rispetto ad altri elementi, oltre rigide impostazioni. Impostazioni, queste ultime, meritevoli di considerazione, in quanto appartenenti ad una dottrina tradizionale per la quale se nel giudizio di primo grado e, poi, in quello di appello vengono poste dieci questioni, di rito e di merito, il giudice, per il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) è tenuto ad esaminarle e motivarle tutte, a c.d. «critica vincolata».

L'onere, tuttavia, appariva maggiore nella sede dell'impugnativa in appello, dove il criterio della «ragione più liquida» pare germinare, per poi estendersi anche al giudizio in Corte di Cassazione

La «svolta», nei termini genetici che si è tentato di brevemente illustrare, si ha sulla base della «deriva» verso la maggiore considerazione dei motivi di «diritto sostanziale», nella misura in cui appare inutile l'esame di tutti i motivi del ricorso, dell'atto di citazione, della comparsa di costituzione e risposta, allorché uno di questo è dirimente e rende recessivi gli altri motivi. Utile può risultare, in proposito ed in relazione sia al giudizio civile che amministrativo, il caso della decisione sul ricorso principale in presenza di un ricorso incidentale, caso che viene risolto nel senso che, tendenzialmente, è da decidere prima il ricorso principale e solo

successivamente quello incidentale¹⁵⁴, tuttavia, non sono esclusi e non sono, poi, così rari i casi in cui accade il contrario.

Si consideri pure il fenomeno più generale degli «accertamenti incidentali»¹⁵⁵, nell'ambito dei quali si distinguono due tipologie di pregiudizialità, tecnica e logica¹⁵⁶. Quest'ultima è destinata a porsi in rapporto con la «delimitazione oggettiva del giudicato» in senso sostanziale (art. 2909 c.c.).

Certo, il fenomeno della «ragione più liquida» si pone nella direzione del «giudice *case manager*» o del *case management*, oggetto di fondo dell'indagine intrapresa e che, forse, non sempre è da considerare come astratta e giusta prospettiva. Si tratta, indubbiamente, di una «giustizia» del caso concreto che valorizza il dato «sostanziale» e si rende accessibile a tutti, nel contesto della quale la risposta del giudice in tempi ragionevoli penetra nel rapporto processuale e sostanziale, divenendone costituente, in attuazione di principi di effettività, economicità ed efficienza dell'azione processuale e giurisdizionale. Il fondamento della regola inerisce, dunque, anche al corretto utilizzo delle «risorse giudiziarie»¹⁵⁷, onde escludere, altresì, abusi nell'esercizio dei poteri di difesa nel processo.

Evidente l'utilità del ricorso al criterio della *ragione più liquida* nel caso di sanzioni amministrative o crediti tributari, ove si consideri pure la serialità dei contenziosi e, pertanto, la ripetitività delle questioni di rito e di merito, con effetti virtuosi, dunque, in termini deflattivi del contenzioso particolarmente significativi¹⁵⁸ e che, indubbiamente, meritano di essere presi in considerazione. Tuttavia, se si vuole, in una prospettiva pure di critica verso il ricorso generalizzato a simili strumenti deflattivi, non si può, come dianzi accennato, non muovere almeno un riferimento all'incidenza di simili criteri di giudizio sulla trasparenza dei rapporti tra

¹⁵⁴ In tal senso, v. Cass., 21 maggio 2021, n. 14039.

¹⁵⁵ Ci si riferisce all'art. 34 c.p.c.

¹⁵⁶ In argomento, v. R. TISCINI, *Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica*, p. 571 ss. Sulla «distinzione ontologica, v., in particolare: C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 215 ss.; C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 225 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite e il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, p. 197 ss.; S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, *ivi*, 2015, II, p. 185 ss.

¹⁵⁷ In proposito, v. F. FERRARI, *Sul principio della cosiddetta «ragione più liquida»*, cit., p. 5; e S. ALUNNI, *Principio della ragione più liquida: rito e merito nell'ordine di trattazione*, in *Giur. It.*, 2016, p. 26 ss.

¹⁵⁸ Cfr. Giudice di Pace di Pinerolo, sentenza n. 173 del 2022, che applica il criterio della «ragione più liquida» per decidere un ricorso avverso una sanzione amministrativa per il superamento dei limiti di velocità rilevato da autovelox. Il conducente aveva impugnato il verbale della multa per violazione dell'art. 142 del Codice della Strada (eccesso di velocità) sostenendone la nullità per diverse ragioni: mancata omologazione dell'autovelox; mancata segnalazione di preavviso; assenza di prove fotografiche; violazione art. 4 del d.l. n. 121 del 2002; mancata indicazione nel verbale del decreto del Prefetto con cui era stato autorizzato il rilevamento automatico della velocità nel tratto di strada interessato. La «ragione più liquida» è identificata dal giudice nella violazione dell'art. 4 del d.l. n. 121 del 2002, cioè per la carenza dei presupposti «strutturali» relativi al tratto di strada che il comune decide di sottoporre al controllo automatizzato. Con conseguente annullamento della sanzione amministrativa.

giudici, difensori e parti del processo, con ricadute pure sulla responsabilità delle parti, ci si riferisce, in particolare, all'avvocato ed al magistrato.

Il problema pragmatico e stringente della massa dei contenziosi è certamente tale, tuttavia, sembra ci si illuda di poter *svuotare l'oceano con un cucchiaino*, in pregiudizio della qualità delle decisioni.

E' da riflettere anche sul possibile contrasto con la *ratio* di fondo del sistema, del processo.

La «ragione più liquida» condotta all'estremo, ossia alla sovversione tra le questioni di rito e quelle di merito, appare, in effetti, dirompente in termini non virtuosi, bensì patologici.

Come esprimersi? Si finirebbe con l'utilizzare un agente patogeno, una patologia, contro un'altra patologia, un altro agente patogeno: la massa dei contenziosi.

Si darebbe, così, luogo, forse, ad una distorsione del sistema processuale, del processo civile, insieme al criterio della «ragione più liquida».

Un'ultima riflessione. Ci si chiede se il ricorso alla «ragione più liquida», in sede di decisione del giudizio, possa in qualche misura aprire la strada, con la dovuta prudenza, all'introduzione pure nel processo civile della possibilità di definire il giudizio con *sentenza in forma semplificata*, prevista per il giudizio amministrativo. Possibilità che non presenta soltanto, virtù ma anche inconvenienti, presenti i rischi di arrecare pregiudizio al principio del «giusto processo», ove la motivazione non si dimostri effettivamente adeguata¹⁵⁹.

La sentenza del giudice amministrativo, secondo la previsione di cui all'art. 33, comma, 1, del cod. proc. amm., ha la stessa portata della sentenza del giudice ordinario, anch'essa «definisce in tutto o in parte il giudizio», con alcuni effetti (conformativi) diversi, come dianzi accennato, stante la diversa natura del giudicato nel giudizio amministrativo, in quanto, piuttosto che sul rapporto, sul provvedimento. Nell'ambito di questo giudizio, ai sensi dell'art. 74 cod. proc. amm., il giudice può, «nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso», decidere con *sentenza in forma semplificata*. La «motivazione della sentenza», prosegue la disposizione, «può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme»¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Secondo l'ammonimento di M. CHITI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo speciale*, IV, *Il processo amministrativo*, Milano, 2000, p. 3635 ss., il quale rileva i rischi insiti nell'introduzione di queste forme particolari di decisione: «è oltremodo discutibile perché attenta all'effettività del diritto di difesa, talora palesemente scoraggiando le impugnative; non assicura la celerità delle procedure, molto spesso esse stesse oggetto di contestazione; favorisce lo scadimento della qualità del processo, con istruttorie sommarie e sentenze di gracile spessore». Per un'attenta ricostruzione dell'istituto, v. F. RISSO, *La sentenza in forma semplificata*, in www.giustizia-amministrativa.it, 21 agosto 2019, la quale ricorda che l'«introduzione in via generale nel processo amministrativo della sentenza in forma semplificata», fu «fortemente sostenuta dal Consiglio di Stato». In argomento, v. pure Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427.

¹⁶⁰ Cfr. anche l'art. 71 bis cod. proc. amm., circa gli *effetti dell'istanza di prelievo*, secondo cui: «a seguito dell'istanza di cui al comma 2 dell'articolo 71, il giudice, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata».

La caratteristica di questa decisione, che può essere anticipata ed emessa anche all'esito della fase cautelare, è nel fondarsi su una motivazione sintetica, in gergo comune c.d. *sentenza breve* o in forma abbreviata, a voler indicare la circostanza che il giudice si sofferma soltanto su profili decisivi della controversia. Insomma, la caratteristica è nella forma semplificata della motivazione¹⁶¹.

Concludendo, meriterebbe, in argomento, di essere approfondita la questione, di scottante attualità, del decreto ingiuntivo non opposto e non motivato ai danni del consumatore, alla luce della dirompente decisione della Corte di Giustizia del 27 maggio 2022 e della decisione delle Sezioni Unite del 6 aprile 2023, dense di spunti di riflessione. Nel rinviare, per esigenze di sintesi al contenuto di queste autorevoli decisioni, che sembrano raccordare le questioni qui proposte, e nel dar per scontato una serie di problematiche relative, ci si permette di dissentire dalla decisione delle Sezioni Unite nella misura in cui si ritiene sussistere una «lacuna» nell'ordinamento, nel senso dell'assenza di adeguati strumenti di tutela¹⁶². Ci si chiede, cioè, se esistano effettivamente «lacune» nell'ordinamento, alla luce dei principi generali del diritto euro-unitario. Potrebbe diversamente osservarsi che, in realtà, non esistono lacune nell'ordinamento, che si tratta, piuttosto, di una «finzione», di un problema «apparente», in quanto opera il principio di completezza dell'ordinamento giuridico attraverso il ricorso ai principi generali¹⁶³, che assolve alla funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela degli interessi, che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni normative. Le lacune sono, difatti, superabili, colmabili, attraverso adeguate scelte interpretative¹⁶⁴. Nell'interrogarsi, allora, circa l'effettiva *ratio* della tutela del consumatore in ambito europeo, ma senza ripetere quanto dianzi osservato, è, però, da rilevare che un giudice, in quanto sottoposto all'ordinamento giuridico¹⁶⁵, unitariamente considerato nella sua attuale complessa composizione di diritto europeo e diritto interno, non potrà mai affermare che non v'è tutela,

¹⁶¹ E' prevista la possibilità di ricorrere a tale forma di decisione, come indicato, nel testo, in fase cautelare (v. art. 60 cod. proc. amm.), nel giudizio di ottemperanza (v. art. 114), nel rito del silenzio (art. 117), nel giudizio di accesso agli atti (art. 116); in alcune ipotesi di giudizi elettorali (art. 129). In argomento, v. A. TRAVI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 278 ss.

¹⁶² Optando, dato l'attuale sistema del processo *esecutivo*, per l'esperibilità dell'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo immotivato ex art. 650 c.p.c.

¹⁶³ In questa prospettiva, restano fondamentali le riflessioni di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), rist., Torino, 2000, pp. 125-130, «una decisione è sempre possibile e precisamente sempre in base alla legge, cioè in applicazione della legge»; Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, (1945), rist., Milano, 2000, pp. 149-151.

¹⁶⁴ Cfr. H. Kelsen, *o.u.c.*, p. 125 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2004, p. 77 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, cit., p. 351 ss., il quale osserva che la lacuna è «figlia dell'ermeneutica della sussunzione», in realtà «l'insieme delle disposizioni di un sistema ordinamentale consente di individuare *rationes* e principi inespressi».

¹⁶⁵ Cfr. art. 101 cost.

che, cioè, non è possibile una decisione, riducendo il sistema processuale ad un *non liquet*, che finirebbe con il tradursi in *denegata giustizia*.

Si ricordi, in proposito l'art. 4 del *code civil*, per il quale: «*le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*». Ci si chiede, allora, se sia effettivamente necessario un intervento legislativo o, forse, il giudice dell'esecuzione, nonostante tutto, potrebbe esercitare il potere di declaratoria della nullità della clausola abusiva con effetti di giudicato, alla luce delle riflessioni proposte, in una prospettiva non necessariamente *de iure condendo*.

L'UPP, in simili fattispecie, potrebbe svolgere un ruolo significativo, in termini istruttori e nella prospettiva sia della protezione del consumatore, sia del giusto processo, a cominciare dall'acquisizione del contratto il cui contenuto è da assoggettare al giudizio di abusività¹⁶⁶.

10. Qualche punto fermo e qualche proposito per il futuro

Il pluralismo istituzionale determina il pluralismo giuridico delle fonti normative, che si è sostituito al «monismo legislativo», verso un «diritto senza Stato»¹⁶⁷: un «disciplinamento, come oggi si suol dire, *soft*, del tutto scollegato dai poteri politici», di conseguenza «non imposto da forze munite di coercizione, ma osservato spontaneamente dai protagonisti del mercato globale»¹⁶⁸.

Un modello, certamente, «anomalo di normazione processuale» e di «autoregolazione del processo civile», com'è noto, assoggettato al principio della riserva di legge ex art. 111 Cost.¹⁶⁹,

¹⁶⁶ Cfr. M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit., p. 2127.

¹⁶⁷ Così, P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, cit., p. IX ss. della prefazione; ID., *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, in *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini*, 31, 2022, p. 55 ss.; v., inoltre, G. CAZZETTA, *Una pagina introduttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in *Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*, in *Quaderni fiorentini*, 50, 2021, p. 1 ss., ma v. p. 14 ss.

¹⁶⁸ Prosegue l'illustre Maestro: «un disciplinamento che può contare quali fonti non atti potestativi, bensì consuetudini via via formatesi, decisioni di arbitri (talune delle quali possono costituire dei precedenti tecnicamente autorevoli) e una sorta di nascente – e sempre più ampio e autorevole *Corpus iuris*», così con la consueta chiarezza, autorevolezza ed eleganza, P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, cit., p. 135 ss.

¹⁶⁹ L'art. 111, comma 1, Cost. afferma che: «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Il primo comma dell'art. 111 Cost. contiene una riserva di legge ordinaria per la regolamentazione del processo. Attenta dottrina ritiene che questa riserva «non possa e non debba essere intesa nel senso di integrale ed analitica regolamentazione normativa di ogni attività che si svolge nel processo, secondo i parametri dettati per la tutela normale: il «giusto processo», e le relative garanzie costituzionalizzate, si debbono rapportare alla varietà degli strumenti e delle tecniche processuali, anche in relazione ai diversi oggetti e alla diversa funzione delle stesse e dare luogo a differenziate nozioni, ad esempio, di «giusto processo di tutela normale», «giusto processo sommario (cautelare e non)», «giusto processo esecutivo», «giusto processo camerale» (così, L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, *Principi generali, Rito ordinario di cognizione*, Padova, 2001, p. 40 ss.). Il secondo comma dell'art. 111 Cost., stabilisce i seguenti rilevanti principi costituzionali sul «giusto processo»: «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». Principi questi già costituzionalizzati nelle previsioni di cui agli artt. 3 e 24 Cost. e nell'art. 6, comma 1, della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*. Disposizione,

in tal senso un sistema che, in effetti, può apparire «eccezionale»¹⁷⁰, ma che non può essere sottratto al naturale processo storico.

Il processo civile, oggi più che in passato, svolge un «ruolo nomopoietico»¹⁷¹ primario, venuta meno la «monocrazia della legge»¹⁷², che, tuttavia, ha posto in «crisi» la funzione del giudice, del processo e, dunque, del «giudicato», come sembrano attestare le questioni qui proposte. Posta la distinzione tra «giudicato formale» e «giudicato sostanziale»¹⁷³ e la possibilità, in alcuni casi, di impugnazioni straordinarie¹⁷⁴, rileva il sintagma «giusto processo»¹⁷⁵ sull'esempio del *due process of law* anglo-americano e del *procès équitable* della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ratificata in Italia sin dal 1955, e, oggi art. 6 CEDU¹⁷⁶.

Fondamentale resta quell'insegnamento per il quale gli «ordinamenti processuali» non dovrebbero mai perdere di vista l'obiettivo di «riparare per quanto si può alla fallibilità del giudizio umano e di assicurare che la decisione della causa sia la migliore possibile, ossia la più giusta»¹⁷⁷.

quest'ultima, che, rubricata *diritto ad un processo equo*, stabilisce che: «ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale». In dottrina, v., in particolare, A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, p. 241 ss.

¹⁷⁰ Cfr. C. MANCUSO, *La giustizia di fronte all'emergenza: il rinnovato ruolo del soft law*, in *Judicium*, 30.6.2020, p. 1; R. CAPONI, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, in *Foro it.*, 2003, p. 253 ss.; L. BREGGIA, *Rifondazione normativa o prassi virtuose per accelerare la fase introduttiva del processo civile di cognizione?*, in *Giur. it.*, 2004, I, p. 1093 ss.

¹⁷¹ Così, A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, p. 1 dell'Introduzione. Osserva, al riguardo, P. MORO, *Sul valore topico del precedente giudiziale*, cit., p. 183 ss che, sin dall'antico diritto dei greci e dei romani, «momento irrinunciabile del diritto» è la «controversia giudiziaria»; in proposito, v. anche G. CANZIO, *Il ruolo delle Corti. il ruolo della Corte di Cassazione nella formazione dei precedenti giurisprudenziali*, Relazione tenuta il 27 febbraio 2008 nell'incontro di studi organizzato presso la Corte di Cassazione su *Il ruolo del precedente e delle massime nella formazione ed evoluzione della giurisprudenza di legittimità*, in www.cortedicassazione.it.

¹⁷² Così, G. CAZZETTA, *Una pagina introduttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in *Pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze, Quaderni fiorentini*, 50, 2021, p. 1 ss., ma v. p. 14. L'a., in nt. 36, muove espresso riferimento a P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ripensare Gény)*, in *Gény e la scienza giuridica del Novecento, Quaderni fiorentini*, 20, 1991, p. 37 ss.

¹⁷³ Per «giudicato formale» s'intende il decorso dei termini di impugnazione e, di conseguenza, l'impossibilità di contestare la decisione (v. art. 324 c.p.c., rubricato *cosa giudicata formale*), e art. 648 c.p.p., rubricato *irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali*); per «giudicato materiale» o «sostanziale» s'intende, invece, il contenuto della sentenza, lo *stare decisis* sulla questione. Basti, in argomento, rinviare a E.T. LIEBMAN, *Appunti sulle impugnazioni*, XXII rist., Milano, 1961, p. 62 ss.; Id., voce *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.* Treccani, XV, Roma, 1989, p. 1 ss.; Id., *Efficacia ed autorità della sentenza* (1935), rist., Milano, 1983; Id., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1984, p. 391 ss.

¹⁷⁴ Ad esempio, la revocazione (art. 396 c.p.c.), l'opposizione di terzo (art. 404 c.p.c.) nel processo civile; la revisione della condanna (art. 629 c.p.p.) nel processo penale.

¹⁷⁵ Cfr. gli artt. 2, 3, 24, 108, 111 Cost.

¹⁷⁶ In argomento, v.: J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982, p. 84 ss.; S. CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano 2008, p. 403 ss.; A. TEDOLDI, *Processo civile e giudicato «alla deriva»*, in *Res iudicata Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, cit., p. 273 ss.

¹⁷⁷ Così, E.T. LIEBMAN, *Appunti sulle impugnazioni*, cit., p. 1.

Scopo, questo, che si riverbera sull'efficacia vincolante della sentenza, come si è tentato di porre in evidenza nelle pagine che precedono.

Senza omettere, però, di osservare che l'«apparato giurisdizionale pubblico è risorsa limitata e costosa e il suo utilizzo deve essere economicamente proporzionato alle esigenze effettive di tutela delle situazioni sostanziali» ed i relativi «strumenti» devono «necessariamente passare attraverso canoni di efficienza e di proporzionalità» in relazione alla diversità dei casi concreti, attraverso proprio quegli approcci di «*case management*» che si stanno sempre più diffondendo negli ordinamenti più evoluti, in un contesto dialogico tra giudice e avvocati anche sul versante dell'individuazione del migliore e più appropriato metodo di gestione della singola causa, mercé accordi che investono direttamente le regole procedurali per adattarle, con arte sartoriale, alle peculiarità del caso singolo»¹⁷⁸. In una simile prospettiva, si muovono autorevoli istanze dirette ad un ridimensionamento del valore del giudicato nella dinamica società contemporanea, avuto riguardo anche all'incidenza del diritto europeo, sino a negare un effettivo valore all'autorità del giudicato¹⁷⁹, come accade in riferimento ad alcuni peculiari procedimenti, quali i *cautelari*, i *sommari*, quelli in materia di *status* e *famiglia*.

Come per la rilevanza d'ufficio della prescrizione nel caso di crediti tributari e, più in generale, delle obbligazioni della p.a., il principio della «ragione più liquida» ed un'estesa rilevanza d'ufficio dell'eccezione di giudicato, nei limiti di ammissibilità, possono rilevarsi utili nell'ottica di economie processuali, nella definizione di *best practices* interpretative attraverso protocolli/accordi con Grandi Utenti, e nella ricerca di congrui rimedi per una rapida decisione dei giudizi.

La possibilità di istruttorie «preprocessuali» devolute all'Ufficio per il processo potrà essere la cartina di tornasole di una nuova dimensione culturale del processo civile, nel contesto delle quali perché non ammettere pure la possibilità di annullare o revocare d'ufficio sanzioni pecuniarie e amministrative relative a crediti prescritti o già oggetto di giudicato, così da addivenire a rapide decisioni giurisdizionali ed escludere eventuali contrasti. Senza omettere di considerare, al riguardo, che il controllo giurisdizionale sarebbe, comunque, assicurato attraverso il giudice preposto all'Ufficio per il processo.

Ed inoltre, perché non introdurre, anche nel processo civile ed all'esito della trattazione, oltre alla possibilità dell'ordinanza, la possibilità di sentenza in forma semplificata, per i casi di manifesta fondatezza o infondatezza dell'azione, come accade nel processo amministrativo? L'uso di alcuni criteri, del tutto legittimi, quali quello della «ragione più liquida», ma anche l'uso spesso punitivo della statuizione sulla condanna alle spese di lite, il fatto normativo della condanna al doppio del contributo unificato, la previsione di termini di azione e impugnazione sempre più brevi, la limitazione dei motivi di impugnazione, sino alla burocratica

¹⁷⁸ Così, in maniera particolarmente significativa, A. TEDOLDI, *Processo civile e giudicato «alla deriva»*, cit., p. 285 ss.

¹⁷⁹ Ci si riferisce al Chiovenda. Per una sintesi ricostruttiva delle diverse teorie, v. A. TEDOLDI, *o.u.c.*, p. 287 ss.

schematizzazione degli stessi e dei relativi atti, può dar luogo a distorsioni del sistema del processo civile.

Il processo, civile, paradigma di riferimento degli altri processi, nasce per realizzare i diritti sostanziali, è a ciò strutturalmente e funzionalmente destinato.

Oggi, molti dei defatiganti interventi normativi ed interpretativi, sembrano porsi in una contraria direzione, verso, cioè, la mortificazione dei diritti sostanziali. Non sembra ci si possa esimere dal valutare gli effetti distorsivi di un uso ed una destinazione della procedura civile eccessivamente disinvolti a scopo deflattivo, quasi uno scopo innaturale, se ciò deve passare attraverso l'eccessiva compressione dei diritti di difesa. La «deflazione» e l'«accelerazione» dei contenziosi, così configurata ed attuata, finisce, in verità, con l'avere costi troppo alti all'interno di una comunità, che vuol definirsi anche Stato sociale di diritto, per rappresentare un fine ed un valore negativo, non certamente virtuoso, e solo in apparenza giustificata dalla presunta necessità di reprimere «condotte abusive» o reperire risorse materiali.

Ove non si addivenga a «tagli delle ali»¹⁸⁰, riducendone o annullandone il valore e le funzioni, l'UPP sembra chiamato a svolgere un ruolo ben più ampio e significativo, oltre le strette maglie, per quanto utili e significative, delle esigenze processuali di smaltimento, di deflazione e di accelerazione dei processi.

Nell'ottica di un cambio di paradigma culturale dell'azione formativa universitaria e della funzione giurisdizionale, questa «creatura mitologica» pare rappresentare l'occasione di un nuovo «modulo formativo», nella prospettiva della partecipazione alla funzione giurisdizionale, non più esclusiva del giudice, come sembra avvenire già in alcuni paesi europei e anglosassoni. Insomma, una *next generation UPP*, tra funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali, non ridotto solo a funzioni amministrative.

Un «modello formativo», questo, non del tutto nuovo nel nostro Ordinamento. Ci si riferisce all'ipotesi degli «assistenti di studio» dei giudici costituzionali¹⁸¹, che sembra, con ogni dovuta precisazione e distinzione, poter essere preso come paradigma di riferimento.

Si tratterebbe di accogliere una nuova ed innovativa impostazione organizzativa e giurisdizionale, verso la «coralità» del lavoro del giudice, ed un'occasione da non perdere, in considerazione della straordinarietà delle risorse messe a disposizione (PNRR), nella successiva ed auspicata direzione di reclutamenti ordinari.

Un «modello formativo» esteso a tutti gli operatori del «diritto», a cominciare dalle aule universitarie, onde ripensare l'accesso alle carriere: giudici, giudici onorari, avvocati, e così via. Il diritto è «concreta esperienza storica» e l'UPP sembra poter assicurare quell'esperienza sul campo, empirica, che nessuna formazione teorica pare in grado di dare¹⁸².

¹⁸⁰ Locuzione presa in prestito dal settore dei contratti pubblici e dalle verifiche di anomalia delle offerte.

¹⁸¹ In argomento, v. E. LAMARQUE, *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in *Consulta online*.

¹⁸² Le riflessioni qui conclusive traggono spunto pure da un significativo Convegno, al quale si ha avuto occasione di partecipare da remoto, su *L'ufficio per il processo. Un'opportunità storica per la giustizia*, tenutosi a Genova, presso il

Tutto sommato, ha ragione, come sempre, Salvatore Satta: il «processo» resta un «mistero», come lo è il «rapporto umano» sul quale tenta di *intervenire*, che, poi, altro non è che il «diritto»¹⁸³.

Francesco Rinaldi

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

Dipartimento di Giurisprudenza, l'8 maggio 2023, ed in particolare, tra gli autorevoli interventi, dalle riflessioni proposte dalla Prof.ssa Marta Cartabia e dalla Prof.ssa Michela Miraglia.

¹⁸³ Fondamentali le riflessioni dell'illustre Maestro S. SATTA, *Il mistero del processo*, 2ª ed., Milano, 2013, che raccoglie diversi saggi, tra i quali *Il mistero del processo* (1949), p. 11 ss., e *Il diritto, questo sconosciuto* (1954), p. 111 ss., ma v. pp. 123-127, ai quali si è mosso particolare riferimento.



GIOVANNI GUGLIELMO CRUDELI

Vittime del dovere: da fattispecie amministrativa speciale a fattispecie previdenziale

Il contributo affronta il tema delle vittime del dovere, cioè la categoria a cui appartengono tutti i dipendenti pubblici nonché gli appartenenti alle forze armate ed ai corpi di sicurezza che riportano infermità permanentemente invalidanti ovvero decedono, in occasione o a seguito di missioni di particolare rilevanza.

L'analisi muove dall'osservazione delle modifiche normative intervenute nel tempo e dell'evoluzione giurisprudenziale in materia per ricostruire, anche dal punto di vista giurisdizionale, l'attuale portata applicativa della disciplina.

The essay examines the issue of victims of duty, i.e. the category to which all civil servants as well as members of the armed forces and security corps who die or suffer permanently disabling infirmities, on the occasion of or as a result of missions of particular importance.

The analysis moves from observing the regulatory changes that have occurred over time and the jurisprudential development in the field to reconstruct the current scope of application of the discipline, including from a jurisdictional perspective.

Sommario: 1. Origine ed evoluzione della normativa – 2. I soggetti tutelati: requisiti soggettivi – 3. Le circostanze di accesso alla tutela: requisiti oggettivi – 4. Le prestazioni e i benefici – 5. Natura giuridica dello *status* di vittima del dovere: conflitto giurisdizionale tra giudice amministrativo e giudice ordinario – 6. Conclusioni

1. Origine e rafforzamento normativo

La disciplina in materia di vittime del dovere non è rinvenibile in un unico e compiuto testo normativo ma ha trovato la propria strutturazione in uno sviluppo legislativo disarmonico e segmentato, imputabile tanto al succedersi di innumerevoli interventi regolativi integrativi e tanto all'opera della giurisprudenza.

Volendo tracciare una linea ricostruttiva di tale evoluzione, è necessario muovere dalla normativa originaria, la quale è stata disposta dal Regio Decreto Legge 13 marzo 1921 n. 261¹ e si riassume nella istituzione di elargizioni economiche in favore delle famiglie dei funzionari di Polizia, Ufficiali dei Reali carabinieri e della Regia guardia, di Regie guardie e Reali carabinieri e agenti investigativi «*vittime del dovere*» (art. 14).

Sebbene istitutivo di una categoria di soggetti astrattamente e innovativamente individuati, il testo normativo del 1921 non prevedeva alcuna identificazione di cosa dovesse intendersi per vittime del dovere né quali requisiti dovessero sussistere per aver diritto all'elargizione e tale

¹ Modificativo della disciplina rubricata come *Provvedimenti a favore del corpo degli agenti di investigazione*, istituito col R. decreto 14 agosto 1919, n. 1442 e che rappresenta il primo caso in cui è stato adottato la locuzione «*vittime del dovere*» nell'ordinamento.

lacuna definitiva è persistita anche nei successivi interventi modificativi, segnatamente la Legge 14 dicembre 1967 n. 1261², la Legge 22 febbraio 1968 n. 101³, e la Legge 28 ottobre 1973 n. 629⁴, con i quali il legislatore ha proceduto ad ampliare il novero dei beneficiari delle elargizioni stanziate in favore dei familiari delle vittime del dovere⁵.

Soltanto nel 1980, dopo aver lasciato sullo sfondo la definizione implicita di vittima del dovere quale appartenente ad uno dei corpi di pubblica sicurezza allora esistenti e che fosse deceduto (vittima come «caduto») nell'espletamento delle proprie funzioni istituzionali – unitamente ad un ulteriore ampliamento dei soggetti beneficiari delle misure riservate⁶ è stata introdotta, con la legge 13 agosto 1980 n. 466⁷, una prima definizione espressa di «vittime del dovere». Nello specifico, è stato indicato, all'art. 1 della legge, che «*per vittime del dovere*» dovevano individuarsi i soggetti «*deceduti nelle circostanze ivi indicate nonché quelli deceduti in attività di servizio per diretto effetto di ferite o lesioni riportate in conseguenza di eventi connessi all'espletamento di funzioni d'istituto e dipendenti da rischi specificamente attinenti a operazioni di polizia preventiva o repressiva o all'espletamento di attività di soccorso*» ovvero, con riferimento ad alcuni specifici soggetti elencati all'art. 3 della medesima legge, «*in attività di servizio, per diretto effetto di ferite o lesioni subite nelle circostanze [...], abbiano riportato una invalidità permanente non inferiore all'80 per cento della capacità lavorativa o che comporti, comunque, la cessazione del rapporto d'impiego*».

L'ampliamento della fattispecie, e dunque il riconoscimento delle misure previste non solo a favore di coloro che sono caduti in servizio nell'immediatezza o in conseguenza dell'attività di servizio ma anche a favore di coloro che hanno riportato invalidità permanenti in conseguenza degli eventi connessi all'espletamento delle proprie funzioni, non solo segna un mutamento

² Legge 14 dicembre 1967, n. 1261, titolata *Estensione alle famiglie degli ufficiali, sottufficiali e militari di truppa dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica, delle disposizioni previste a favore delle famiglie degli appartenenti alle forze di polizia caduti vittime del dovere*.

³ Legge 22 febbraio 1968, n. 101, titolata *Rivalutazione della speciale elargizione a favore delle famiglie degli appartenenti alle forze di polizia caduti vittime del dovere e del contributo funerario a favore dei familiari del personale del Corpo delle guardie di pubblica sicurezza deceduto in attività di servizio*.

⁴ Legge 27 ottobre 1973, n. 629, titolata *Nuove disposizioni per le pensioni privilegiate ordinarie in favore dei superstiti dei caduti nell'adempimento del dovere appartenenti ai Corpi di polizia*.

⁵ Le modifiche apportate tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70 ha previsto le misure ristorative previste originariamente solo per gli appartenenti ad alcune forze di sicurezza anche in favore delle famiglie dei funzionari di pubblica sicurezza, degli ufficiali, dei sottufficiali e dei militari di truppa delle forze armate di polizia, dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica, delle ispettrici e assistenti di polizia, dei militari dell'Arma dei carabinieri, del Corpo delle guardie di finanza, del Corpo delle guardie di pubblica sicurezza, del Corpo degli agenti di custodia e del Corpo forestale dello Stato.

⁶ In particolare, con gli interventi legislativi susseguiti, i benefici previsti per le vittime del dovere erano stati resi accessibili anche alle famiglie dei vigili del fuoco (art. 2), dei magistrati ordinari (art. 3), dei vigili urbani e di qualsiasi persona che, legalmente richiesta, avesse prestato «*assistenza ad ufficiali e agenti di polizia giudiziaria o ad autorità, ufficiali e agenti di pubblica sicurezza*» (art. 4).

⁷ Legge 13 agosto 1980, n. 466 *Speciali elargizioni a favore di categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere e di azioni terroristiche*. Per un commento più approfondito si veda P. FABRIS, *Commento alla l. 13 agosto 1980, n. 466*, in *Legg. Civ. comm.*, 1981, p. 268.

notevole della disciplina ma estende notevolmente le potenziali applicazioni concrete che possono farsi della disciplina.

La scelta, come sembra essere attestato dai lavori preparatori⁸, sembra potersi ricondurre al contesto e alle vicende storiche in cui l'intervento normativo è maturato.

Nel ventennio successivo all'introduzione della L. n. 466/1980, la disciplina riferibile ai benefici previsti in favore delle vittime del dovere è stata ulteriormente ed in più occasioni, seppure marginalmente, disordinatamente integrata ad opera di atti di fonti secondarie⁹.

Tra essi, intervento degno di nota in quanto contenente disposizioni essenziali per l'effettiva erogazione delle prestazioni ristoratrici dei soggetti tutelati, è il D.P.R. 28 luglio 1999 n. 510¹⁰. Sebbene il D.P.R. disponga esclusivamente a favore delle c.d. vittime del terrorismo, con un rinvio a dette norme per le vittime del dovere, in esso viene espressamente dettagliata la procedura, tuttora vigente, che deve essere seguita per accedere ai benefici da parte dei soggetti tutelati nonché l'indicazione dei soggetti passivi¹¹, a cui la richiesta di accesso alle prestazioni deve essere inoltrata¹².

Peraltro, il D.P.R. n. 510 del 1999 non è l'ultimo atto legislativo emanato in materia poiché successivamente, e segnatamente in occasione dell'approvazione della L. 23 dicembre 2005

⁸ Ci si riferisce all'impatto determinato dagli episodi di cronaca avvenuti negli anni '70, che hanno sollecitato l'ampliamento delle misure prevedendo la concessione di una «speciale elargizione» anche direttamente ai soggetti di cui sopra ove questi non fossero deceduti ma avessero riportato un'invalidità superiore all'80%. Si veda, in particolare, che nella seduta del 18.6.1980 della II commissione della Camera dei deputati, il relatore del d.d.l. argomentò la volontà di estendere i benefici anche alle vittime sopravvissute proprio richiamando il caso di un agente di polizia rimasto gravemente ferito durante un conflitto a fuoco a Milano nel 1975 e successivamente costretto ad una sedia a rotelle. Tale estensione, peraltro, viene giudicata da R. RIVERO, *Norme ad processum e morti da amianto vittime del dovere*, in *Lav. Giur.*, 6/2011, p. 573, come un «sussidio discrezionale e compassionevole».

⁹ Maggiormente dettagliati i riferimenti alle fonti secondarie in: M. LOSANA, *La legislazione in materia di benefici erogati in favore delle vittime del dovere, del servizio, di talune fattispecie di reato e di particolari eventi storici: tra principio di uguaglianza formale e discrezionalità politica*, in *Giur. Cost.*, n. 3/2011, pp. 2631-2664.

¹⁰ D.P.R. 28 luglio 1999, n. 510, *Regolamento recante nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata*.

¹¹ L'art. 2 del suddetto Regolamento individua le amministrazioni competenti all'attribuzione delle provvidenze economiche dovute alle vittime del dovere, ripartendole tra il Ministero dell'interno (competente per l'esame delle istanze e la corresponsione dei benefici economici in favore degli appartenenti alla Polizia di Stato, all'Arma dei carabinieri, al Corpo della guardia di finanza, al Corpo forestale dello Stato, al Corpo di polizia penitenziaria, alle polizie municipali; per gli appartenenti al Corpo nazionale dei vigili del fuoco; per l'attribuzione dei benefici previsti dalle predette leggi in favore delle persone che, legalmente richieste, abbiano prestato assistenza ad ufficiali e agenti di polizia giudiziaria o ad autorità, ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, nonché, in via residuale, per cittadini italiani, stranieri o apolidi che non rientrano in alcuna delle categorie per le quali è determinata l'amministrazione competente), il Ministero della giustizia (competente per l'esame delle istanze e la corresponsione dei benefici economici in favore dei magistrati ordinari, i giudici di pace, i giudici onorari di tribunale, i giudici popolari ed il personale civile dell'amministrazione penitenziaria non appartenente al Corpo di polizia penitenziaria) e il Ministero della difesa (competente per l'esame delle istanze e la corresponsione dei benefici economici in favore degli appartenenti alle forze armate dello Stato).

¹² L'art. 3 del Regolamento (*avvio del procedimento*) prevede che per il conferimento dei benefici gli interessati debbano presentare apposita domanda, salvo che si tratti di dipendenti pubblici, per i quali sarebbe possibile «procedere d'ufficio».

n. 266 (legge finanziaria per il 2006), il legislatore ha nuovamente integrato la legislazione al riguardo¹³.

Nello specifico, con le previsioni contenute ai commi 562, 563, 564 e 565 dell'art. 1 e con il D.P.R. 7 luglio 2006, n. 243¹⁴, il legislatore ha proceduto ad estendere la platea dei soggetti, potenzialmente beneficiari, indicati dall'art. 3 della l. 13 agosto 1980 n. 466¹⁵; a tracciare un elenco di fattispecie – contenente casistiche tipiche, oggettive e tassative – in occasione delle quali possono riportarsi lesioni o infermità, anche mortali, atte a far ottenere alla vittima lo *status*¹⁶ di vittima del dovere ed a cui collegare l'accesso (o meno) ai benefici previsti dall'ordinamento¹⁷; a delineare un ulteriore – rispetto a quanto disposto con la legge n. 466 del 1980 – ampliamento della definizione; nonché ad istituire la nuova categoria dei c.d. «*soggetti equiparati alle vittime del dovere*»¹⁸.

2. I soggetti tutelati: requisiti soggettivi

Osservando più nel dettaglio la disciplina risultante dalla stratificazione normativa appena tratteggiata, è immediatamente riconoscibile che la direttrice su cui si è sviluppata l'evoluzione del quadro normativo in materia di vittime del dovere è, con evidenza, individuabile nel progressivo ampliamento dei soggetti destinatari dei benefici attribuibili.

I benefici in questione (originariamente consistenti unicamente in una «speciale elargizione») erano riservati, in principio, soltanto ai familiari superstiti dei funzionari di P.S., Ufficiali della

¹³ Le integrazioni apportate con la Legge n. 266 del 2005, peraltro, rappresentano gli ultimi interventi di particolare rilevanza ma non gli ultimi interventi in senso cronologico, atteso che ulteriori riferimenti sono contenuti – al fine di completare la totale equiparazione tra vittime del dovere e vittime del terrorismo – all'art. 34 del decreto-legge 159 del 2007 convertito in legge n. 222/2007; all'art. 2, comma 105 e 106, della legge 244 del 2007; all'art. 5 del decreto-legge 102 del 2010 convertito in legge n.126/2010; all'art. 1 comma 139 bis della Legge di Stabilità 2016; all'art. 1 comma 211 della Legge 11 dicembre 2016, n. 232.

¹⁴ DPR 7 luglio 2006, n. 243 (in Gazzetta ufficiale, 8 agosto, n. 183): «Regolamento concernente termini e modalità di corresponsione delle provvidenze alle vittime del dovere ed ai soggetti equiparati, ai fini della progressiva estensione dei benefici già previsti in favore delle vittime della criminalità e del terrorismo, a norma dell'articolo 1, comma 565, della legge 23 dicembre 2005 n. 266».

¹⁵ Che aveva esteso ai dipendenti pubblici i benefici previsti per le «vittime del dovere».

¹⁶ La qualificazione della condizione di vittime del dovere come *status* si deva alla giurisprudenza di legittimità e di merito, che ha sovente e poi diffusamente utilizzato tale termine. Si veda, tra le altre Cass. , 17 ottobre 2018, n. 26012; Cass. , 16 dicembre 2020, n. 28696; Cass. , 30 maggio 2022, n. 17440.

¹⁷ Gli eventi da cui può scaturire il riconoscimento di *status* di vittime del dovere devono accadere nelle seguenti circostanze: «a) nel contrasto ad ogni tipo di criminalità; b) nello svolgimento del servizio di ordine pubblico; c) nella vigilanza ad infrastrutture civili e militari; d) in operazioni di soccorso; e) in attività di tutela della pubblica incolumità; f) a causa di azioni recate nei loro confronti in contesti di impiego internazionale non aventi, necessariamente, carattere di ostilità».

¹⁸ Così recita il comma 564. «Sono equiparati ai soggetti di cui al comma 563 coloro che abbiano contratto infermità permanentemente invalidanti o alle quali consegua il decesso, in occasione o a seguito di missioni di qualunque natura, effettuate dentro e fuori dai confini nazionali e che siano riconosciute dipendenti da causa di servizio per le particolari condizioni ambientali od operative». L'accesso alle misure a legge, al comma 564, prefigurava l'emissione di successivo decreto, che è venuto alla luce il 7 luglio dell'anno successivo.

Regia guardia e Reali carabinieri, agenti investigativi, Regie guardie e Reali carabinieri, deceduti nell'espletamento di eccezionali e particolarmente pericolose attività di servizio.

E tale è stato l'assetto mantenuto dalla legislazione almeno fino al secondo dopoguerra.

Solo più recentemente, come sopra accennato, il novero dei soggetti destinatari delle misure è stato gradualmente esteso in funzione, con sufficiente evidenza, del graduale ampliamento della stessa definizione di vittime del dovere.

In questo senso, infatti, sembra integrarsi un rapporto diretto tra la progressiva soppressione dell'identità concettuale tra vittima del dovere e soggetto deceduto in occasione di un evento eroico e l'estensione delle tutele a soggetti differenti da quelli rientranti soltanto nelle forze di polizia.

In altre parole, alla definizione di vittima del dovere quale soggetto caduto in servizio si è sostituita la qualificazione di vittima del dovere come individuo leso nell'esercizio di un'attività di pubblico interesse da cui non discenda necessariamente l'evento morte.

A ciò, ha fatto necessariamente riscontro una sostituzione soggettiva dei beneficiari delle misure, fino a ricomprendere ogni individuo che ha riscontrato un'invalidità permanente in connessione allo svolgimento di un'attività non necessariamente unica ovvero eroica ed eccezionale.

All'esito dello sviluppo legislativo sopra ripercorso, come desumibile dall'art. 1, comma 563, l. 266/2005, ai fini del riconoscimento di *status* di vittima del dovere assume rilievo la circostanza fattuale che il soggetto, nel momento in cui subisce l'evento lesivo, sia coinvolto in un'attività in qualche modo riconducibile ad un pubblico servizio e che «*la stessa fosse istituzionalizzata in quanto legalmente richiesta*»¹⁹.

L'estensione soggettiva dei beneficiari delle misure ha assunto, in questo modo, una portata così ampia che è venuta meno anche l'identificazione di vittima del dovere con un soggetto titolare di un rapporto di pubblico impiego in senso stretto.

È in questa prospettiva, quindi, che la tutela inizialmente riservata ad una ristretta platea di individui specifici può ora essere riconosciuta a soggetti, non rientranti nell'ambito di applicazione della norma generale e definiti «soggetti equiparati» ovvero dipendenti pubblici civili che siano incorsi in una di quelle situazioni disciplinate e che siano state considerate dal legislatore idonee a tal fine, i c.d. «*soggetti equiparati*».

Con l'introduzione di tale categoria e la conseguente estensione delle tutele a favore di essi, il legislatore ha inteso approntare la medesima tutela prevista per i soggetti svolgenti attività alle dipendenze dello Stato anche a favore di coloro che abbiano perso l'integrità fisica in casi diversi da quelli ritenuti, *ex se*, pericolosi dal legislatore e contemplati dettagliatamente dalle previsioni legislative.

¹⁹ Al riguardo, per ulteriori approfondimenti, si veda L. NANNIPIERI, *Le vittime del dovere nel prisma della giurisprudenza*, Federalismi.it, 6 settembre 2023.

Condizione essenziale ai fini dell'equiparazione è che l'attività, da cui scaturisce la lesione o l'evento morte, risulti sia comandata o autorizzata e sia di grado più pericolosa rispetto alla previsione originaria; quest'ultimo profilo può legittimamente derivare dalla sussistenza o la sopravvenienza di particolari condizioni di maggior rischio connesse a circostanze occasionali²⁰ (c.d. occasione di lavoro) ovvero circostanze straordinarie o ancora, comunque, a condizioni ambientali od operative «particolari»²¹.

Sulla scorta di queste aperture, dunque, è stato sancito il riconoscimento dello *status* di vittima del dovere a soggetti estranei ad un rapporto di pubblico impiego, quali «*i militari di leva o quelli che espletino su base volontaria forme di servizio pubblico*»²², nonché a favore di quei soggetti che abbiano contratto infermità permanentemente invalidanti o alle quali consegua il decesso, in occasione o a seguito di missioni di qualunque natura, effettuate dentro o fuori dai confini nazionali e che siano riconosciute dipendenti da cause di servizio per le particolari condizioni ambientali od operative²³.

3. Le casistiche di accesso alla tutela: i requisiti oggettivi

È stato accennato che la legge, ai fini dell'accesso alle prestazioni previsti in favore delle vittime del dovere, prevede, oltre al possesso degli appena illustrati requisiti soggettivi, che l'infortunio (letale o solo invalidante) sia occorso durante lo svolgimento di determinate attività ovvero in occasione di determinate circostanze²⁴.

²⁰Tra le ultime pronunce che confermano l'orientamento Cass. Sez. Un., 26 giugno 2020 n. 12862; Cass. , 30 maggio 2022 n. 17433; Cass. , 23 marzo 2023 n. 8369.

²¹ Con riferimento alle condizioni particolari e straordinarie, si vedano, tra le altre, Cass. , 22 luglio 2019 n. 19675; Cass. 22 luglio 2019 n. 19676; Cass. , 31 luglio 2020 n. 16571; Cass. , 20 settembre 2021 n. 25403; Cass. , 5 maggio 2022 n. 14346.

²² Diverse le pronunce che evidenziano la non necessità della sussistenza di un rapporto di lavoro. Tra esse: Cass. Sez. Un. 22 giugno 2017, n. 15485; Cass. 8 novembre 2018, n. 28587; Cass. , 17 luglio 2019 n. 19266; Cass., 22 luglio 2019 n. 19677; Cass. , 29 aprile 2021 n. 11341; Cass. , 29 ottobre 2021 n. 30192.

²³ Ad esempio, per servizio prestato presso infrastrutture militari nei quali era presente amianto. Sul tema, si veda Parere Consiglio di Stato reso nell'affare 1693 del 4 maggio 2010. In dottrina: R. RIVERSO, *op. cit.*, in *Lav. Giur.*, 6/2011, p. 573.

²⁴ Tale specifica ha rappresentato il tratto distintivo tra l'istituto delle vittime del dovere e quello della causa di servizio, che trovava applicazione con riferimento a qualsiasi malattia o infermità occorsa al dipendente pubblico e originata da fatti di servizio. Per approfondimenti sul punto, Cfr. A. ROTA, *Sui vizi del procedimento amministrativo relativo al riconoscimento della causa di servizio: il caso dei militari esposti da uranio impoverito*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 4/2016, pp. 930 ss.; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2023.

L'art. 1, comma 563, l. 266/2005 individua²⁵, in modo tassativo, le sei circostanze specifiche da cui discende il diritto ai benefici approntati in favore delle vittime del dovere qualora, nel loro espletamento, siano conseguiti eventi lesivi a danno dell'agente²⁶.

La prima circostanza contenuta nell'elenco è il «*contrasto ad ogni tipo di criminalità*»²⁷. Con riferimento ad essa, il legislatore non ha dettagliato se e quale dovesse essere l'intensità dell'atto criminoso fronteggiato per consentire che alla persona lesa possa essere riconosciuta lo *status* di vittima del dovere; tuttavia, considerata l'ampiezza e genericità della formulazione normativa, è stato ritenuto che la circostanza dovesse riferirsi ad *ogni tipo di criminalità* e dunque a qualsiasi violazione della legge penale. La correttezza di tale interpretazione, peraltro, è stata confermata dalla giurisprudenza che ha interpretato la disposizione in senso altrettanto ampio, comprendendovi tutti gli avvenimenti che presentassero un nesso, diretto e indiretto, con un'attività di contrasto alla criminalità²⁸.

La seconda circostanza elencata dal Legislatore attiene ai casi di decessi o infortuni occorsi «*nello svolgimento di servizi di ordine pubblico*». Anche in questo caso, la casistica non è stata esattamente circoscritta dalla norma e ciò ha comportato difficoltà e conflitti interpretativi. Infatti, sebbene l'interpretazione maggioritaria abbia considerato una nozione ampia di ordine pubblico²⁹ e riconducendo alla circostanza anche gli infortuni derivanti da attività di natura ordinaria e non gravata da particolari rischi³⁰, sono state anche proposte interpretazioni secondo cui tra l'attività di ordine pubblico e il danno fisico dovesse sussistere

²⁵ Il legislatore, al comma 563, avrebbe introdotto una «*presunzione iuris et de iure di rischio, tale per cui, ai fini del riconoscimento dello status di vittima del dovere, è necessario e sufficiente l'accertamento che l'evento lesivo si sia realizzato per effetto dello svolgimento delle attività o delle funzioni tipizzate dalla norma, senza ulteriori indagini*». Così, testualmente, Trib. S. Maria Capua Vetere, 6 giugno 2022 n. 1618 e nello stesso senso Trib. Cosenza, 17 ottobre 2022 n. 1558.

²⁶ Secondo Cass., 30 maggio 2022 n. 17433 sono «*ritenute dalla legge pericolose*» e conducono «*automaticamente*» al riconoscimento dello status di vittima del dovere e ai correlati benefici, non richiedendosi la presenza d'un rischio specifico diverso da quello insito nelle ordinarie funzioni istituzionali».

²⁷ La disposizione ha una portata parzialmente (e problematicamente) sovrapponibile con le previsioni di legge in favore della diversa categoria delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata.

²⁸ In tal senso, vanno inclusi sia i casi di attività prestata a fronte di meri sospetti di condotte criminosi (Cass. Sez. Un., 4 maggio 2017 n. 10792 e Cass., 6 ottobre 2021 n. 27019) oppure al rientro in caserma da un'attività di pattugliamento (Cass., 17 ottobre 2018, n. 26012).

²⁹ Riconducibile a nell'art. 159 d.lgs. 132/199868, che lo definisce come «*il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni*». Il concetto di «ordine pubblico» è stato inoltre definito dalla giurisprudenza costituzionale, che con le pronunce Corte cost. n. 290 del 2001; Corte cost. n. 1480 del 2018; Corte cost. n. 116 del 2019; Corte cost. n. 285 del 2019; Corte cost. n. 236 del 2020 ha fatto costantemente riferimento all'«*insieme delle funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento e che risulta correlata ad interessi essenziali al mantenimento di una convivenza civile*».

³⁰ Nel Parere del Consiglio di Stato n. 5011 del 17 novembre 2010 è stato affermato che la l. 266/2005, rivedendo la disciplina previgente, avesse previsto che fosse sufficiente che l'evento dannoso si realizzasse durante il servizio, senza richiedere la sussistenza di un «*rischio di gravità superiore all'ordinario grado di pericolosità*».

comunque un rapporto di causalità diretta e non di mera occasionalità, escludendo che ai fini della qualificazione di vittima del dovere potesse risultare sufficiente che l'evento in questione si fosse verificato, per cause accidentali esulanti da quest'ultimo, nel periodo di tempo durante il quale il dipendente sia comandato a prestare servizio di ordine pubblico³¹. Tra i due orientamenti, sembra potersi affermare, alla luce delle più note pronunce giurisprudenziali e come desumibile anche da una recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite³², che abbia prevalso il primo³³.

La terza circostanza che viene elencata nella normativa, poi, è quella che riguarda i soggetti deceduti o infortunatisi per effetto diretto di lesioni riportate in conseguenza di eventi verificatisi «*nella vigilanza ad infrastrutture civili o militari*».

Anche con riferimento a tale circostanza, assente sia una specifica circoscrizione di applicabilità del caso indicato e sia una definizione normativa di attività di vigilanza, nell'immediatezza dell'emanazione della disciplina si sono affermate due interpretazioni giurisprudenziali contrastanti. Invero, secondo un primo orientamento interpretativo di carattere restrittivo – assimilabile per principi a quanto osservato con riferimento alla circostanza indicata all'art. 1, comma 563, lett. b, l. 266/2005 – il riconoscimento dello status di vittima andrebbe escluso nei confronti di coloro che svolgono un'attività non connotata da una speciale pericolosità³⁴ mentre secondo un diverso orientamento interpretativo, il legislatore, omettendo qualsiasi riferimento a elementi di pericolosità o particolare modalità di svolgimento dell'attività³⁵, avrebbe fatto riferimento ad un concetto generico e lato di vigilanza.

La quarta circostanza individuata dal legislatore è quella relativa ai soggetti deceduti o lesi in conseguenza di eventi derivati da «*operazioni di soccorso*». Al pari delle circostanze sopra osservate, alla genericità della formulazione normativa ha sopperito la giurisprudenza.

In particolare, nelle pronunce rese con riferimento a tale circostanza, è stato chiarito che, ai fini del riconoscimento dello *status*, non risulta rilevante la sussistenza di un particolare grado

³¹ Con riferimento a tale orientamento interpretativo, si veda Cass. 31 luglio 2020, n. 16571 in cui è stato escluso che un agente di polizia penitenziaria ferito durante un tentativo di mantenere l'ordine all'interno della struttura carceraria possa essere qualificato come vittima del dovere in quanto «*garantire l'ordine all'interno degli istituti di prevenzione e di pena e tutelarne la sicurezza sono stati posti dalla legge istitutiva del Corpo di polizia penitenziaria (legge 15 dicembre 1990, n. 395 che ha soppresso il Corpo degli agenti di custodia) tra i compiti istituzionali e dunque essenziali degli agenti di polizia penitenziaria*».

³² Nel dettaglio, Cass. Sez. Un, 24 febbraio 2022 n. 6214.

³³ Tra le altre, con argomentazioni più complete si veda Cass. , 31 luglio 2020 n. 16571.

³⁴ In questo senso, in modo netto si è pronunciata la Corte di Cassazione nel recente pronunciamento Cass. , 7 marzo 2023, n. 6850.

³⁵ Sulle diverse modalità di espletamento dell'attività di vigilanza, la quale potrebbe intendersi sia armata che non armata, la giurisprudenza evidenziato come sia essenziale il fine dell'attività e non il mezzo. In questo senso, emblematica Corte app. Lecce, 19 aprile 2023 n. 266, in cui è stata ritenuta l'attività di vigilanza espletata – all'occorrenza – con manici di scopa.

di pericolo in cui debba trovarsi la persona da soccorrere³⁶ quanto, piuttosto, che le operazioni di soccorso siano svolte dal dipendente pubblico in esecuzione di un espresso comando³⁷.

In altre parole, la giurisprudenza ha ritenuto che non tutte le operazioni di soccorso svolte da un pubblico dipendente darebbero luogo all'applicazione della disposizione in esame, ma solo quelle svolte in esecuzione di un servizio nel quale egli era formalmente impegnato e pertanto i danni ad essi conseguenti sono ritenuti rilevanti solo quando tale adempimento ne è stata causa ovvero concausa determinante.

La quinta circostanza attiene agli eventi verificatisi «*in attività di tutela della pubblica incolumità*».

Il concetto di tutela della pubblica incolumità sembra essere mutuato dalla definizione di incolumità pubblica contenuta all'art. 1 d.m. 5.8.2008, in cui è specificato che «*per incolumità pubblica si intende l'integrità fisica della popolazione*»³⁸ ed il riconoscimento dello *status* è connessa ai casi in cui il verificarsi dell'evento verrebbe a determinarsi nell'ambito dell'espletamento dei compiti che il soggetto stesso, per esigenze di servizio, sia tenuto a svolgere.

La sesta circostanza attiene agli eventi verificatisi «*a causa di azioni recate nei loro confronti in contesti di impiego internazionale non aventi, necessariamente, caratteristiche di ostilità*». Quest'ultima circostanza attiene alla casistica che, nella pratica, ha trovato difficile applicazione.

Ciò sembra riconducibile, da un alto, all'evidente complessità e criticità della formulazione normativa e, dall'altro, al fatto che la legge esclude ogni presunzione di pericolosità *in re ipsa* bensì sembra affidare all'Amministrazione e, eventualmente, al giudice ogni valutazione relativa alla sussistenza ed alla qualificazione delle «*particolari condizioni ambientali od operative*» a cui ricondurre la causa dell'evento e, conseguentemente, il riconoscimento dello *status* reclamato.

4. Le prestazioni e i benefici

In attuazione del comma 565 dell'art.1 della Legge 266/2005, il D.P.R. 243 del 2006³⁹ estende alle vittime del dovere ed alle categorie a queste equiparate, l'elargizione dei benefici, di

³⁶ Non si rinviene, infatti, nella normativa alcuna limitazione ai soli casi in cui la persona soccorsa versi in pericolo di vita.

³⁷ In questo senso, il Trib. Salerno, 9 giugno 2020 n. 665 ha escluso il riconoscimento dello *status* di vittima del dovere in favore di un carabiniere rimasto leso nel tentativo di soccorso espletato al di fuori dell'orario di servizio.

³⁸ Questa l'interpretazione assunta da Corte app. Cagliari, Sez. Sassari, 14 giugno 2023 n. 84, in un caso riguardante la circostanza in esame. Peraltro, la Corte di Cassazione ha riconosciuto che nell'ambito della pubblica incolumità possa rientrare anche il soccorso agli animali (in questo senso: Cass. , 22.11.2018, n. 30304).

³⁹ L'art. 1 del D.P.R. citato così dispone: «*Ai fini del presente regolamento si intendono per benefici e provvidenze le misure di sostegno e tutela previste dalle leggi 13 agosto 1980 n.466, 20 ottobre 1990 n.302, 23 novembre 1998 n.407 e loro successive modificazioni e 3 agosto 2004 n. 206*».

carattere monetario e non monetario, già riconosciuti e previsti in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata.

Le prestazioni monetarie consistono, innanzitutto, nella liquidazione di una speciale elargizione in favore della vittima lesa, il cui ammontare è parametrato al punteggio di invalidità riconosciutogli, ovvero in una speciale elargizione *una tantum* in favore dei superstiti, in caso di decesso della vittima.

Oltre a ciò, a decorrere dal 1° gennaio 2008 ed in favore delle vittime del dovere e ai soggetti equiparati con una invalidità non inferiore al 25% ed ai loro familiari superstiti in caso di decesso, è previsto il riconoscimento di uno speciale assegno vitalizio, non reversibile ed esente da imposizione IRPEF, ma soggetto agli ordinari meccanismi di perequazione annuale per i trattamenti pensionistici⁴⁰.

Per quanto riguardano le misure di carattere non monetarie, alle vittime del dovere e ai soggetti equiparati spettano, inoltre: l' esenzione dal pagamento dei ticket per ogni tipo di prestazione sanitaria; l' assunzione diretta (nonché il coniuge ed i figli superstiti ovvero i fratelli conviventi e a carico qualora unici superstiti), con precedenza rispetto ad ogni altra categoria e con preferenza a parità di titoli⁴¹; l'accesso a borse di studio per i vari anni scolastici ed accademici universitari; l'assistenza psicologica a carico dello Stato; l' esenzione dall'imposta di bollo, sui documenti e gli atti delle procedure di liquidazione dei benefici ed esenzione delle predette indennità da ogni tipo d'imposta; la revisione delle percentuali di invalidità già riconosciute ed indennizzate, secondo le previgenti disposizioni, e loro rivalutazione, per eventuale intercorso aggravamento fisico e per riconoscimento del danno biologico e morale.

5. Giurisprudenza dalla competenza del giudice amministrativo alla competenza del giudice civile

Richiamando quanto anticipato nel primo paragrafo, l'evoluzione legislativa in materia di vittime del dovere, successivamente all'ultimo intervento normativo apportato nel 2006, non ha subito alcuna rilevante innovazione.

Tuttavia, se sotto il profilo prescrittivo gli anni 2000 hanno rappresentato una fase di stasi normativa, lo stesso non può sostenersi, come già emerso dall'esame svolto nei paragrafi precedenti, dal punto di vista applicativo della disciplina.

⁴⁰ Così disposto dall'art. 4 del D.P.R. n. 243/2006. Per approfondimenti M. CINELLI, *op. cit.*, Torino, 2023.

⁴¹ Al riguardo, per una comparazione con i benefici previsti in favore delle vittime del terrorismo, si veda D. GAROFALO, *Il collocamento obbligatorio delle vittime (e dei superstiti) della criminalità organizzata o di atti terroristici nonché del dovere o per fatto di lavoro*, in *Il reclutamento nella P.A. - Dall'emergenza alla nuova normalità*, Volume I, a cura di Alessandro Boscati e Anna Zilli, Milano, 2022, 212.

In particolare, negli anni compresi tra il 2006 ed il 2016⁴², ha trovato ampio sviluppo un acceso conflitto giurisprudenziale, incentrato sulla devoluzione della competenza giurisdizionale in merito alla disciplina in oggetto.

In assenza di una norma che affidi chiaramente la competenza ad una specifica autorità decidente, con riferimento alla definizione della competenza di giurisdizione delle controversie avente ad oggetto il riconoscimento dello status di «vittima del dovere» e la conseguente concessione di benefici legislativamente previsti, si sono affermate nel tempo due tesi contrapposte, che hanno condotto sia il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, che il giudice amministrativo, quando aditi, a ritenere propria la giurisdizione⁴³.

Secondo una prima tesi, basata sull'assunto che l'accertamento della dinamica dei fatti e la valutazione della sussistenza dei relativi requisiti (che stabiliscano quando e a che condizioni si sia Vittime del dovere), è fattore di discrezionalità amministrativa, configurando pertanto in capo al singolo una posizione giuridica qualificabile come mero interesse legittimo

Secondo una diversa tesi, incentrata sul fatto che la pubblica amministrazione decidente sia sprovvista di discrezionalità amministrativa e il cui operato si sostanzi in un'attività vincolata consistente nella mera applicazione di norme di relazione tese a determinare puntualmente i distinti diritti e obblighi delle parti, il singolo si troverebbe ad essere titolare di una posizione qualificata di diritto soggettivo.

Emerge, evidentemente, come il conflitto circa il riparto di giurisdizione muove necessariamente dall'interpretazione delle situazioni giuridiche soggettive al fine di ricostruire correttamente il rapporto tra esercizio del potere amministrativo e interesse legittimo o diritto soggettivo⁴⁴.

Con specifico riferimento alla prima tesi, la giurisprudenza amministrativa ha teso ad inquadrare la qualifica di vittime del dovere nel quadro del diritto amministrativo, facendo

⁴² Durante i quali si è concretizzata, con riferimento alla posizione giuridica delle vittime del dovere, «una vera e propria mutazione genetica» secondo L. NANNIPIERI, *op. cit.*, Federalismi.it, 6 settembre 2023.

⁴³ Tra le altre in argomento, si vedano Cos. Stato, 27 giugno 2007 n. 3769; Cons. Stato, 10 luglio 2007, n. 3914; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2009, n. 7694; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 7 settembre 2010, n. 17330; TAR Toscana, Sez. I, 15 ottobre 2014, n. 1539.

⁴⁴ Sul principio si veda Cons. Stato, Ad. Pl., n. 6 del 2014 secondo cui: «il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche deve essere attuato sulla base del generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata, con la conseguenza che:

- sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il quomodo);

- è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass. Sez. Un. 24 gennaio 2013, n. 1710; Cons. Stato, Ad. Plen. 29 luglio 2013, n. 17)».

leva sulla differenza tra attività autoritativa⁴⁵ e attività paritetica⁴⁶ della pubblica amministrazione procedente, e propendendo per ricondurre l'attività in questione quale attività autoritativa.

Ciò è conseguente, come espresso in diverse pronunce⁴⁷, al processo assimilazione tra vittima del dovere e soggetto leso per causa di servizio, in ragione del quale il riconoscimento della posizione giuridica di vittima del dovere è da formalizzarsi secondo i criteri di applicazione degli istituti della causa di servizio e dell'equo indennizzo, i cui atti sono sottoposti al regime proprio degli atti amministrativi⁴⁸.

Nella prospettiva assunta dalla giurisprudenza amministrativa, in altri termini, il soggetto privato che si confronti con l'amministrazione affinché questa gli riconosca lo *status* reclamato vanta, quanto meno inizialmente⁴⁹, una posizione di interesse legittimo e dunque, in attuazione del criterio del *petitum* sostanziale, in caso di conflitto la relativa giurisdizione rientrerebbe nella competenza del giudice amministrativo poiché il provvedimento assunto dall'amministrazione sarebbe espressione di un potere amministrativo di stampo pubblicistico, connotato da ampia discrezionalità.

Ciò si basava sull'assunto che il riconoscimento del beneficio richiesto comportasse «*valutazioni discrezionali inerenti la natura della condotta tenuta dall'interessato [...] e l'eccezionalità del rischio corso dallo stesso, che se contestate, vanno portate all'attenzione del giudice amministrativo (ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 104/2010)*»⁵⁰.

⁴⁵ Un'attività (art. 1 comma 1 della l. 241/1990) governata dallo schema «norma – potere – effetto», direttamente riconducibile al potere amministrativo connotato da valutazioni di discrezionalità

⁴⁶ Ovvero quell'azione retta (in base all'art. 1 comma 1 bis della l. 241/1990) dallo schema «fatto-norma-effetto». In tale ambito, la pubblica amministrazione agisce avvalendosi della sola capacità di diritto privato spogliandosi, dunque, della sua posizione di supremazia. L'effetto giuridico non è il prodotto dell'intermediazione del potere e il privato vanta una posizione di diritto soggettivo.

⁴⁷ Sul punto risulta estremamente chiarificatore il TAR Toscana, Sez. I, 11 giugno 2015 n. 891, in cui si afferma che gli «*atti tendenti a verificare la dipendenza dell'[infortunio] da causa di servizio rientrano nel novero degli atti autoritativi poiché costituiscono espressione di potestà pubblicistica. La prestazione a carico dell'amministrazione, in questa materia, non è determinata puntualmente nella normativa da applicare, la quale, al contrario, prevede l'esplicazione di discrezionalità tecnica da parte sua*».

⁴⁸ Espressamente, il TAR Toscana, Sez. I, 11 giugno 2015 n. 891 evidenzia che «*A tali atti deve quindi applicarsi il regime proprio degli atti amministrativi, a partire dall'obbligo motivazionale, il quale si concretizza nell'esplicitazione delle ragioni fattuali e giuridiche del provvedimento emanato. Questo significa che il provvedimento, nel corpo motivazionale, deve dare conto puntualmente degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria e delle ragioni che hanno determinato l'amministrazione ad attribuire un certo contenuto al medesimo*».

⁴⁹ Con riferimento all'impostazione adottata dal giudice amministrativo, secondo il quale il singolo potesse vantare un mero interesse legittimo nella fase di definizione dell'*an debeatur* e che tale posizione si tramutasse in diritto soggettivo solo con riferimento alla corretta liquidazione del *quantum* effettivamente dovuto si veda Cons. Stato, 27 giugno 2007 n. 3769; Cons. Stato, 10 luglio 2007, n. 3914; Cons. Stato, 9 dicembre 2009, n. 7694.

⁵⁰ Così si è espresso il TAR Lazio (Roma), 3 febbraio 2014, n. 1300.

Nel solco interpretativo, la giurisprudenza amministrativa riconosceva⁵¹ che il soggetto privato potesse vantare una posizione giuridica differenziata da quello di interesse legittimo solo nel periodo successivo all'espletamento (con esito positivo) del procedimento, quando la condizione individuale si sarebbe rafforzata⁵² fino alla consistenza di un diritto soggettivo⁵³.

A tale tesi, come preannunciato, si è contrapposta una diversa interpretazione della posizione giuridica assunta, sviluppatasi in seno alla giurisdizione ordinaria in funzione del giudice del lavoro, che qualifica tale posizione come diritto soggettivo di natura assistenziale, non accostato ad alcun margine di discrezionalità in capo all'Amministrazione.

In ordine a questo prisma interpretativo, viene negato che la posizione giuridica del singolo possa essere ricondotta a quella di interesse legittimo e non a quella di diritto soggettivo⁵⁴, atteso che gli atti che dovrebbe assumere l'Amministrazione avrebbero contenuto vincolato, facendo applicazione di norme di relazione volte a disciplinare dettagliatamente i distinti diritti e obblighi delle parti⁵⁵.

Tale orientamento giurisprudenziale⁵⁶ è basato sul principio secondo cui l'attività che pone in essere la pubblica amministrazione è priva di ogni potere discrezionale, sia con riguardo ai presupposti dell'erogabilità, circoscritti alla qualificazione dell'evento come riconducibili ad uno di quelli tipici, sia con riferimento all'entità della somma da erogare, prefissata dalla legge; pertanto la posizione soggettiva degli aspiranti beneficiari si configura quale vero e proprio diritto soggettivo e la giurisdizione è devoluta al giudice ordinario.

In questo senso, l'attività materiale a cui è tenuta la pubblica amministrazione sarebbe dunque un'attività da svolgere in una condizione di parità con i terzi e pertanto il privato si trova a confrontarsi con un atto in cui la pubblica amministrazione ha svolto una attività

⁵¹ Si veda sul punto il TAR Puglia (Bari) sez. I, 2 dicembre 1995, n.1173 secondo cui «la controversia concernente il rifiuto dell'amministrazione di corrispondere i benefici previsti dalla l. 20 Ottobre 1990, n. 302, alle vittime del terrorismo e degli atti eversivi dell'ordine democratico, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo in quanto atto autoritativo basato su ragioni tecniche e discrezionali» e anche TAR Toscana, Sez. I, 11.6.2015, n. 891, secondo cui «gli atti tendenti a verificare la dipendenza dell'[infortunio] da causa di servizio rientrano nel novero degli atti autoritativi poiché costituiscono espressione di potestà pubblicistica, in quanto sono tesi ad attribuire un nuovo status ed un quid novi. La prestazione a carico dell'amministrazione, in questa materia, non è determinata puntualmente nella normativa da applicare, la quale, al contrario, prevede l'esplicazione di discrezionalità tecnica da parte sua. A tali atti deve quindi applicarsi il regime proprio degli atti amministrativi, a partire dall'obbligo motivazionale, il quale si concretizza nell'esplicitazione delle ragioni fattuali e giuridiche del provvedimento emanato. Questo significa che il provvedimento, nel corpo motivazionale, deve dare conto puntualmente degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria e delle ragioni che hanno determinato l'amministrazione ad attribuire un certo contenuto al medesimo».

⁵² Questo il termine utilizzato da TAR Lazio, 27 agosto 2015 n. 10947.

⁵³ Chiaramente in questo senso, tra le diverse pronunce, Cons. Stato, 9 dicembre 2009 n. 7694; Cons. Stato, 27 giugno 2007 n. 3769; Cons. Stato, 10 luglio 2007 n. 3914.

⁵⁴ Tra le pronunce di contrasto all'orientamento interpretativo sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, si ricordano innanzitutto Cass. , 18 dicembre 2007, n. 26626; Cass. , 29 agosto 2008, n. 21927.

⁵⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 26.10.1979, n. 25.

⁵⁶ Si veda al riguardo Cass. Sez. Un., 18 novembre 1989, n. 4942; Cass. Sez. Un., 20 febbraio 1991 n. 1788; Cass. 18 dicembre 2007 n. 26626; Cass. 29 agosto 2008 n. 21927.

vincolata, contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, ovvero un'attività paritetica⁵⁷.

A dirimere il conflitto determinatosi tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa è intervenuta la Suprema Corte in funzione nomofilattica con un intervento chiarificatore per mezzo della sentenza delle Sezioni Unite n. 23300 del 16 novembre 2016.

In quella sede è stato definitivamente superato il dualismo tra le posizioni soggettive del singolo che, come detto, venivano concepite in termini di interesse legittimo nella fase valutativa con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo e di diritto soggettivo solo in sede di quantificazione dei benefici dovuti.

Annullando la distanza tra la posizione delle vittime del dovere a quelle delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata⁵⁸, la Corte di Cassazione ha negato la sussistenza di un potere discrezionale in capo alla Pubblica Amministrazione, configurando in capo al singolo una posizione giuridica di diritto soggettivo con conseguente devoluzione della decisione alla giurisdizione ordinaria⁵⁹.

Pertanto, la discrezionalità invocata dai giudici amministrativi, ad avviso della Sezioni Unite, non è rinvenibile in nessuna fase del procedimento di riconoscimento della posizione di vittima del dovere, neppure per quanto concerne la fase di certazione riservata al Comitato di verifica né tantomeno quella relativa alla definizione del *quantum*.

⁵⁷ Per una disamina delle due attività, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 26 ottobre 1979 n. 25.

⁵⁸ L'iter logico elaborato dalla Suprema Corte è espresso in Cass. , 18 dicembre 2007 n. 26626; Cass. , 29 agosto 2008 n. 21927.

⁵⁹ Si veda al riguardo anche Cass. Sez. Un., (Ord.) n. 719 del 2017. La pronuncia è stata resa su ricorso del Ministero della difesa, che ha visto disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in entrambi i gradi di giudizio, nell'ambito di una controversia proposta dinanzi al giudice del lavoro per il riconoscimento dello status di vittima del dovere in relazione alle gravi invalidità permanenti riportate dal ricorrente in primo grado nell'espletamento del servizio militare obbligatorio di leva. La Suprema Corte ha osservato che: a) la qualificazione della provvidenza in contestazione come oggetto di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo, è priva di fondamento, atteso che - non diversamente da quanto accade per altre pregresse fattispecie normative simili - l'amministrazione deve solo procedere in *subiecta materia* ad una attività esplicativa di mera discrezionalità tecnica, mentre le modalità del suo agire sono regolate dalla fonte regolamentare; b) del pari priva di fondamento è ritenuta la tesi della riconducibilità della pretesa in contestazione al rapporto di leva militare, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del g.a, perché la fonte del diritto è individuata direttamente nella legge e non nell'esistenza del detto rapporto; c) vale il richiamo ai principi elaborati da Cass. civ., sez. un. n. 23300 del 2016 e n. 23390 del 2016.

L'orientamento è stato successivamente ribadito dalla stessa Corte, che in più occasioni⁶⁰ ha avuto modo di negare con maggiore decisione qualsiasi margine di discrezionalità⁶¹ in capo all'azione dell'amministrazione⁶².

Sebbene la maggior parte dei giudici amministrativi abbiano fatto propri⁶³ i principi statuiti dalla Suprema Corte, preme evidenziare come tutt'ora, esista giurisprudenza secondo cui il giudice amministrativo si sente legittimato a giudicare nel merito.

Al riguardo si richiama una sentenza del Consiglio di Stato del 2022⁶⁴ che peraltro conferma (in punto di difetto di giurisdizione) la sentenza di primo grado del TAR Calabria (chiamato a decidere sull'annullamento del decreto ministeriale del 11 ottobre 2013 recante il rigetto dell'istanza avanzata dagli originari ricorrenti per la concessione dei benefici previsti dalla legge n. 302/1990). Nella sentenza impugnata, infatti, giudice di prime cure, pur ammettendo *«l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale incline a riconoscere, per le controversie de quibus, la giurisdizione del giudice ordinario»*, ha affermato la propria cognizione in materia, ritenendo sussistente, nel caso di specie, una posizione soggettiva di interesse legittimo. In tale contesto, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che *«l'accertamento circa la*

⁶⁰ Tra le altre, si veda Cass. Sez. Un., 13 gennaio 2017 n. 759; Cass. Sez. Un., 4 maggio 2017 n. 10792; Cass. Sez. Un., 17 novembre 2016 n. 23396; Cass. Sez. Un., 11 aprile 2018 n. 2982; Cass., 20 ottobre 2021 n. 29206.

⁶¹ La Cass. 5 maggio 2022 n. 14346 specifica che è *«estranea al concetto di discrezionalità amministrativa la valutazione - che la pubblica amministrazione deve pur svolgere - circa la sussistenza degli estremi fattuali necessari affinché una data persona possa considerarsi vittima del dovere, ossia affinché possa ritenersi che l'evento dannoso di cui sia rimasta vittima derivi dall'adempimento d'un dovere; infatti, la discrezionalità amministrativa consiste nella possibilità, riconosciuta alla pubblica amministrazione, di scegliere - fra più comportamenti ugualmente legittimi e idonei a soddisfare un dato interesse pubblico - quello ritenuto più adeguato a tal fine, ponderando tutti gli interessi in gioco nel contesto applicativo d'una data norma; nel caso di specie l'amministrazione è solo chiamata ad accertare in punto di fatto (sia pure attraverso verifiche che, se del caso, possono anche non risultare perfettamente oggettivabili) se ricorra o meno detto contesto applicativo, ma non certo a scegliere - una volta data risposta affermativa all'interrogativo che precede - se erogare il beneficio e in che misura, in che tempi e in che modi; in breve, nella materia in discorso non v'è alcuna discrezionale ponderazione - in capo alla pubblica amministrazione - degli interessi in gioco al fine di scegliere se e quali di essi meritino (e in che misura) tutela»*.

⁶² Specifica sempre la Corte di cassazione, 5 maggio 2022 n. 14346 che *«il legislatore ha configurato un diritto soggettivo - e non un interesse legittimo - in quanto, sussistendo i requisiti previsti al comma 563 dell'art. 1 di quella legge, la Pubblica Amministrazione non gode di discrezionalità alcuna in ordine all'an e al quantum di erogazione di tali provvidenze e alla loro misura»*. Nello stesso senso si era espressa già la citata Cass. Sez. Un., 4 maggio 2017 n. 10792

⁶³ Si veda, in questo senso, T.A.R., Campobasso, sez. I, 10 febbraio 2017 n. 51; T.A.R., Roma, sez. I, 22 marzo 2017 n. 3765; T.A.R., Napoli, sez. I, 06 giugno 2017 n. 3008; T.A.R., Bologna, sez. I, 10 dicembre 2019 n. 958; T.A.R., Salerno, sez. I, 15 febbraio 2021 n. 430; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 01 giugno 2022 n. 1496 secondo cui *«Sussiste la giurisdizione del Giudice ordinario sulle controversie relative al riconoscimento dei benefici previsti dalla legge in favore delle vittime del dovere, essendo in contestazione una posizione di diritto soggettivo che si colloca al di fuori del rapporto di lavoro (contrattualizzato o meno che sia); quindi la competenza è regolata dall'art. 442 c.p.c. e la giurisdizione è del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro e dell'assistenza sociale. Poiché la giurisdizione si determina in base alla natura delle situazioni giuridiche soggettive di cui si invoca tutela, allorché il rapporto giuridico sottostante al silenzio serbato dall'Amministrazione involga posizioni di diritto soggettivo, ovvero, posizioni in ordine alle quali la legge devolve ad altro giudice la relativa cognizione, è inammissibile il ricorso proposto ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di accertare l'illegittimità dell'inadempimento dell'Amministrazione»*.

⁶⁴ Si fa riferimento alla pronuncia del Consiglio di Stato, 14 febbraio 2022 n.1072.

sussistenza del presupposto di cui all'art. 1 comma 2 legge n. 302/1990 si traduce in una delicata attività valutativa di contenuto ampiamente discrezionale, innervata da interessi di rilevanza pubblicistica e sindacabile nei (noti) limiti delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere (in particolare: manifesta illogicità, irragionevolezza, disparità di trattamento): per l'insieme di tali connotati, tale tipologia di contenzioso non può che logicamente accedere alla cognizione del giudice deputato allo scrutinio del potere amministrativo. La prospettata alternativa del carattere vincolato del potere non varrebbe comunque ad alterare l'attribuzione della giurisdizione».

Interessante valutare come ad avviso del Supremo Collegio, anche in presenza di un vincolo e quindi di un'assenza di discrezionalità amministrativa, il potere della pubblica amministrazione non potrebbe essere ridotto ad una mera obbligazione civilistica, poiché la stessa eserciterebbe in questi casi una «funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge, quale soggetto incaricato della cura di interessi pubblici generali, esulanti dalla mera sfera patrimoniale». In tal modo, il potere rimarrebbe espressione di «supremazia», di «funzione», anche laddove l'an e il quomodo del suo esercizio sono predeterminati dalla legge.

Nella prospettazione fornita dal giudice in questione, ciò che muterebbe in conseguenza del vincolo sarebbe la modalità di tutela nel senso che «quando l'intermediazione è prevista dalla legge secondo uno schema rigidamente predeterminato, tale da non lasciare margini di scelta all'amministrazione al ricorrere dei richiesti presupposti, la tutela della situazione giuridica comporta un giudizio sulla spettanza che può sfociare, contestualmente all'annullamento del provvedimento illegittimo, nella condanna dell'amministrazione all'emanazione dell'atto dovuto (art. 34 lett. c. e 31 comma 3 c.p.a.), secondo uno schema per il quale è soltanto il cattivo esercizio del potere (secondo l'accertamento che ne fa il giudice amministrativo) a generare l'obbligazione di fare pubblicistico, e non già il potere vincolato ad essere esso stesso configurabile come un'obbligazione».

6. Conclusioni

Alla luce dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha avuto ad oggetto la normativa relativa alle vittime del dovere, sembra potersi affermare che la disciplina in esame si discosti ampiamente – sia per funzioni che per *ratio* – dall'originaria previsione.

L'ampliamento dei soggetti a cui la regolamentazione trova applicazione unitamente all'ampliamento del novero dei benefici e delle prestazioni che vengono riconosciuti ai superstiti delle vittime e alle vittime stesse, oltre che la risoluzione del conflitto di giurisdizione nel senso della definitiva devoluzione delle controversie alla competenza del giudice ordinario, consentono di affermare che dal riconoscimento di *status* di vittima del dovere deriva la titolarità di un diritto soggettivo ad una prestazione previdenziale di carattere

assistenziale, il cui fondamento è riconducibile nei doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2 e di dovere assistenziale di cui all'art 38 della Costituzione.

Proprio l'esclusione di qualsiasi margine di discrezionalità in capo all'amministrazione, sia con riguardo alla verifica della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello *status* e sia con riguardo all'entità della prestazione da corrispondere, sembra considerare di ricondurre le prestazioni previste tra quelle rientranti nell'ambito dell'assistenza pubblica e sottoposte al principio di automaticità della prestazione.

In questa prospettiva, ad ulteriore conferma, sembra doversi considerare l'ormai condivisa (cfr. par. 5) esperibilità dell'azione ex art. 442 c.p.c., che assegna alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro, la risoluzione delle controversie in materia di vittime del dovere.

Giovanni Guglielmo Crudeli

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto «Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)»



VALERIA ALLOCCA

Dalla tutela previdenziale al risarcimento del danno differenziale

L'autore analizza le linee evolutive della tutela previdenziale per gli infortuni e le malattie professionali, per poi soffermarsi sul suo complesso raccordo con il rimedio risarcitorio di natura civilistica e sulle elaborazioni giurisprudenziali in materia di danno non patrimoniale, che hanno inciso in maniera significativa anche sul versante controverso dei criteri di liquidazione del danno differenziale.

The author analyzes the evolutionary lines of social security protection for accidents and professional diseases, and then focuses on its complex connection with the civil compensation remedy and on the jurisprudential elaborations in the field of non-pecuniary damage, which also had a significant impact on the controversial side of the differential damage settlement criteria.

Sommario: 1. La selettività della tutela antinfortunistica: le origini del patto transattivo. – 2. Il fondamento della tutela antinfortunistica: dal principio del rischio professionale alla garanzia della liberazione dal bisogno. – 3. La progressiva estensione dell'ambito d'applicazione della tutela antinfortunistica. – 4. Il collegamento degli artt. 32 e 38 Cost.: l'ingresso nel sistema indennitario del danno biologico. – 5. I presupposti di risarcibilità del danno differenziale. – 6. L'individuazione delle poste risarcibili alla luce degli sviluppi giurisprudenziali del danno non patrimoniale. – 7. I criteri di calcolo del danno differenziale tra detraibilità dell'indennizzo ed integralità del risarcimento.

1. La selettività della tutela antinfortunistica: le origini del patto transattivo

Il tema qui approfondito – nell'ambito di un più ampio Progetto funzionale alla cooperazione tra sistema della giustizia e della ricerca universitaria¹ – prende le mosse da un'analisi del meccanismo di funzionamento del rimedio indennitario di natura previdenziale e dell'esonero dalla responsabilità civile, di cui agli artt. 10-11 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali), per poi ripercorrere i vari itinerari interpretativi in tema di danno differenziale fino ai più recenti arresti giurisprudenziali².

¹ Il contributo è il frutto di una ricerca svolta presso il Tribunale di Torre Annunziata nell'ambito del *Progetto unitario per la diffusione dell'Ufficio per il Processo l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato*, programma PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 (Cup E75F21001650007), del quale è capofila l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

² Cfr. G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, 4, p. 815 ss.

Infatti, per comprendere i termini della questione «dobbiamo guardare lontano per capire meglio quello che ci è vicino»³ e dunque risalire alla genesi del t.u. il quale, interessato da modifiche legislative ed interventi della Corte costituzionale, resta la principale fonte legislativa della materia. Il t.u., com'è noto, anziché ispirarsi ai principi costituzionali, si era attenuto, per espressa indicazione dell'art. 30 della legge delega n. 15/1963, al rispetto dei limiti che presiedevano alla legislazione previdenziale previgente, contemplati dai rr.dd. nn. 264/1933 e 1765/1935.

Con questi interventi erano stati apportati importanti miglioramenti alla tutela antinfortunistica, che non avevano, però, mutato l'impostazione di fondo della disciplina ottocentesca, costruita sul principio del rischio professionale, di cui il t.u. finì per essere il retaggio⁴.

Per far fronte ai rischi dell'era industriale spesso inevitabili in quanto insiti nelle modalità di produzione, con la legge 17 marzo 1898, n. 80 (istitutiva della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali) il datore di lavoro si è accollato l'intero onere finanziario dell'assicurazione per rischi in realtà incombenti sul lavoratore, ottenendone come contropartita l'esonero dalla responsabilità civile (eccetto i casi di dolo e di reato perseguibile d'ufficio) e il contenimento degli eventi protetti e degli importi indennizzati⁵.

Dunque, risalgono a quella "transazione" originaria le radici di quel concetto di solidarietà limitata che ha ispirato la disciplina contenuta nel t.u., sfociata per gli infortuni, nel carattere selettivo delle attività protette (art. 1) e delle relative persone assicurate (art. 4), mentre, per le malattie professionali, nella limitazione della tutela alle malattie previste in apposite tabelle e contratte nello svolgimento di determinate lavorazioni⁶.

Tuttavia, con l'entrata in vigore della Costituzione il fondamento della tutela antinfortunistica non può più rinvenirsi nel principio del rischio professionale, posto che l'art. 38, comma 2, Cost., nel riconoscere al lavoratore il diritto fondamentale a che siano previsti ed assicurati i mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio e malattia, individua nella garanzia

³ Cfr. R. RIVERSO, *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona. Il profilo oggettivo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, p. 413.

⁴ Cfr. A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, p. 36; L. LA PECCERELLA, *Sulla necessità di un'organica revisione dei criteri di accesso alla tutela INAIL*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, 4, p. 691 ss., spec. p. 692.

⁵ Cfr. F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, Roma, 1913, spec. p. 33 (che riprende le considerazioni di G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, in *Riv. it. per le sci. giur.*, III, 1887, 2, p. 209); F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, p. 177 ss.; G. NERVI, *Il concetto di rischio professionale*, in *Atti del congresso nazionale degli infortuni e delle malattie professionali*, tenutosi a Palermo 26-31 ottobre 1947, Roma, 1948, p. 111; C. LEGA, *Precisazioni in tema di rischio professionale*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 90; M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1978, I, p. 222; G. ALIBRANDI, *La tutela dei rischi professionali e le innovazioni tecnologiche*, in nota a Cass. 5 dicembre 1986, n. 7234, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, II, p. 150-153.

⁶ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, p. 371 ss., spec. p. 373; M. MORELLO, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in *Dir. sicur. lav.*, 2016, 2, p. 23 ss., spec. p. 31; R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Labor*, 2019, 4, p. 355 ss., spec. p. 356.

della liberazione dal bisogno la sua funzione essenziale, alla pari delle altre forme di tutela previdenziale⁷.

Diviene allora compito dello «Stato sociale di operare in liberazione dal bisogno»⁸ mediante gli strumenti pubblicistici all'uopo preposti, affinché sia soddisfatto l'interesse, non dei singoli ma della collettività, a che sia garantito a tutti l'effettivo godimento dei diritti civili e politici⁹.

2. Il fondamento della tutela antinfortunistica: dal principio del rischio professionale alla garanzia della liberazione dal bisogno

Tuttavia, con l'entrata in vigore della Costituzione il fondamento della tutela antinfortunistica non può più rinvenirsi nel principio del rischio professionale, posto che l'art. 38, comma 2, Cost., nel riconoscere al lavoratore il diritto fondamentale a che siano previsti ed assicurati i mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio e malattia, individua nella garanzia della liberazione dal bisogno la sua funzione essenziale, alla pari delle altre forme di tutela previdenziale.

Diviene allora compito dello «Stato sociale di operare in liberazione dal bisogno» mediante gli strumenti pubblicistici all'uopo preposti, affinché sia soddisfatto l'interesse, non dei singoli ma della collettività, a che sia garantito a tutti il minimo indispensabile per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici¹⁰. In questo mutato contesto il principio del rischio professionale, in quanto espressione di una solidarietà limitata alle parti del rapporto individuale, si rivela insufficiente a fondare la tutela previdenziale¹¹.

Quel principio, infatti, è stato concepito con il diverso intento di giustificare l'obbligo datoriale di sostenere l'onere economico dell'assicurazione, al fine di soddisfare interessi propri delle

⁷ Ciò non esclude però, com'è stato autorevolmente ricostruito, che la nozione di rischio professionale, pur essendo inidonea a fondare la tutela antinfortunistica, svolga l'importante funzione di delimitarne l'ambito d'applicazione. Cfr. G.G. BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del «rischio professionale»*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, III, p. 95; G. ALIBRANDI, *Il rischio professionale e la sua attuale rilevanza nell'assicurazione infortuni sul lavoro*, in *Riv. infort. e mal. prof.*, 1978, I, p. 229; S. PICCININNO, *L'evoluzione tecnologica ed i limiti soggettivi ed oggettivi del rischio professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 665; V. MARINO, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Milano, 1990, p. 30; S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, 2000, p. 386; M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 377; V. CANGEMI, *L'infortunio sul lavoro. Persona, tecnologia, tutele*, in *ADAPT LABOUR STUDIES e Book series*, 2020, 88, p. 12 ss. In giurisprudenza C. cost. 28 aprile 1976, n. 91; C. cost. 2 marzo 1991, n. 100. Da ultimo v. Cass. 14 maggio 2020, n. 8948.

⁸ V. R. PESSI, *Previdenza e assistenza tra universalità e sostenibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 133 ss., spec. p. 134.

⁹ Cfr. G. CHIARELLI, *La sicurezza sociale*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Padova, 1971, p. 13-14; M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, in Aa.Vv. (a cura di), *Il rischio professionale*, Atti del V Congresso Nazionale di diritto del lavoro, tenutosi a Milano 7-9 novembre 1975, Milano, Giuffrè, p. 21; G. ALIBRANDI, *La funzione giuridica del sistema di sicurezza sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, III, p. 9-12; S. HERNANDEZ, *Il sistema dell'assicurazione contro gli infortuni: la verifica dei concetti-cardine a distanza di un secolo*, in *Riv. infort. e mal. Prof.*, 1998, I, p. 226.

¹⁰ V. R. PESSI, *Previdenza e assistenza tra universalità e sostenibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 133 ss., spec. p. 134.

¹¹ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 377; V. MARINO, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Milano, 1990, p. 30.

parti, quello del lavoratore ad essere tutelato in caso di infortunio e quello dell'imprenditore a non subire un pregiudizio eccessivo¹². Ciò non esclude però, com'è stato autorevolmente ricostruito¹³, che la nozione di rischio professionale, inteso come probabilità del verificarsi di un evento lesivo a causa del lavoro prestato, pur essendo inidonea a fondare la tutela antinfortunistica, svolga l'importante funzione di delimitarne l'ambito d'applicazione¹⁴.

In altri termini, il bisogno socialmente rilevante costituisce l'elemento oggettivo del sistema previdenziale generale, mentre il rischio professionale caratterizza la sola tutela antinfortunistica, giustificandone la maggiore effettività e al tempo stesso limitandola alle sole situazioni di bisogno cagionate da eventi eziologicamente legati all'infortunio o alla malattia professionale¹⁵.

Ne consegue che non sussiste incompatibilità tra la finalità a cui aspira la tutela antinfortunistica, consistente nella liberazione dal bisogno, e la nozione di rischio professionale, che qualifica l'evento generatore dello stato di bisogno giuridicamente rilevante e giustifica il trattamento privilegiato riservato agli eventi professionali¹⁶. Nel precetto costituzionale può pertanto dirsi "insito l'elemento del rischio", il quale, "diretto a garantire i lavoratori di fronte ad eventi che determinino la cessazione o la riduzione dell'attività lavorativa", esprime un giudizio di possibilità della lesione "fondato su indici tipici, indipendentemente dai criteri di verosimiglianza statistica rapportati alle situazioni concrete"¹⁷.

3. La progressiva estensione dell'ambito d'applicazione della tutela antinfortunistica

Così ricostruito il fondamento della tutela per gli infortuni e le malattie professionali, non può più rinvenirsi nella rilevanza del rischio professionale la giustificazione della sua limitazione ai soli lavoratori esposti alle lavorazioni pericolose, posto che il precetto costituzionale, nel garantire al lavoratore i "mezzi adeguati alle esigenze di vita", non condiziona tale garanzia al livello di pericolosità della lavorazione. L'art. 38, comma 2, Cost., assimilando la tutela infortunistica alle altre forme di tutela previdenziale per l'invalidità, la vecchiaia e la disoccupazione, le attribuisce pari funzione di garantire l'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost. e di riconoscere a tutti i lavoratori le condizioni economico-sociali necessarie per lo sviluppo della persona umana e l'effettivo esercizio dei diritti civili e politici¹⁸.

¹² Cfr. V. CANGEMI, *L'infortunio sul lavoro*, cit., p. 12 ss.

¹³ Cfr. M. PERSIANI, *Il rischio professionale*, cit., p. 21.

¹⁴ V. S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 386.

¹⁵ Cass. 19 ottobre 2017, n. 24765.

¹⁶ V. da ultimo Cass. 14 maggio 2020, n. 8948. In senso conforme Cass. 12 ottobre 2012, n. 17438; Cass. 5 marzo 2018, n. 5066; Cass. 17 agosto 2018, n. 20774.

¹⁷ C. cost. 28 aprile 1976, n. 91; C. cost. 2 marzo, 1991, n. 100.

¹⁸ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 378.

Dunque, l'unico requisito ricavabile dall'art. 38, comma 2, Cost. è quello soggettivo, costituito dalla qualità di lavoratore ed idoneo anche a differenziare la tutela previdenziale, realizzata dagli strumenti mutualistico-assicurativi, da quella assistenziale, fondata sulla solidarietà collettiva e consistente in una garanzia limitata ai soli "mezzi necessari per vivere", destinata dal comma primo della disposizione a tutti i cittadini¹⁹. Dal requisito soggettivo discende poi implicitamente quello oggettivo della causa lavorativa dell'evento assicurato, in quanto solo chi lavora è esposto ad un rischio professionale, generatore di quello stato di bisogno meritevole di una tutela privilegiata²⁰.

Il rischio di rimanere infortunati grava inevitabilmente, infatti, su chi lavora, non potendo ravvisarsi lavorazioni esenti da pericoli, come dimostrano i numerosi infortuni legati alla fatalità, al caso fortuito, alla forza maggiore o all'errore umano. La pericolosità della lavorazione incide allora non tanto sulla possibilità che l'evento si verifichi, quanto piuttosto sulla sua frequenza o sull'entità della lesione e, pertanto, nell'ottica del contenimento della spesa sociale nel settore previdenziale, potrebbe al più essere utilizzata come parametro per valutare le conseguenze dannose e per determinare il *quantum* della prestazione²¹.

La logica selettiva del meccanismo di accesso alla tutela, basata sulla rischiosità delle attività e dei soggetti tutelati in quanto ad esse addette, determina poi un'evidente aporia quando conduce al riconoscimento del diritto alle prestazioni in favore delle persone elencate anche per quegli eventi verificatisi nello svolgimento di lavorazioni diverse da quelle protette. Emblematico è il caso dell'infortunio *in itinere*, legato alla circolazione stradale, fonte di un rischio generico, che riguarda in maniera indifferenziata tutti i lavoratori, tale per cui non trova alcuna valida giustificazione l'erogazione di prestazioni previdenziali vincolate alla pericolosità di una lavorazione svolta dopo il tragitto tra l'abitazione ed il luogo di lavoro durante il quale si è verificato l'evento.

Ciononostante la Corte costituzionale nei suoi numerosi interventi ha sostanzialmente confermato la logica transattiva sottesa al principio del rischio professionale ed ispiratrice del t.u.²², limitandosi a correzioni parziali dei "più irragionevoli vuoti di tutela" ²³ senza inficiare la

¹⁹ V. C. cost. 5 febbraio 1986, n. 31, in *Giur. cost.*, 1986, I, 725, con nota di A. ANDREONI e in *FI*, 1986, I, 1771, con nota di M. CINELLI.

²⁰ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 376 - 377.

²¹ Cfr. M. PERSIANI, *A cinquanta anni dal testo unico: profili costituzionali*, cit., p. 378, nel senso che non è possibile escludere l'esistenza di altre lavorazioni pericolose, se non altro per il caso fortuito o la colpa umana.

²² Sulla perdurante centralità del rischio professionale v. C. cost. 15 luglio 1994, n. 310. Cfr. F. PONTRANDOLFI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali tra occasionalità e causalità spunti ricostruttivi del danno da lavoro*, in F. FACELLO (a cura di), *Il sistema di tutela degli infortuni e delle malattie professionali. Soggetti, funzioni, procedure*, Milano, 2005, p. 171-175

²³ V. S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 390.

legittimità del sistema nel suo complesso, tanto che alcuni hanno ravvisato in quell'operazione di mediazione una "sorta di costituzionalizzazione dell'esistente"²⁴.

Pertanto, il processo storico di estensione della garanzia assicurativa non si è tradotto nell'universalizzazione della tutela antinfortunistica, ma si è limitato ad interventi correttivi puntuali, volti a ricomprendere in quella garanzia soggetti che per motivi di lavoro vengano esposti allo "stesso rischio obiettivamente riferibile alle lavorazioni protette" a prescindere dalla manualità della mansione e dall'adibizione ad una medesima macchina²⁵.

Infatti, nelle varie declaratorie d'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 t.u. che nel corso del tempo hanno ampliato la platea dei soggetti tutelati, ricomprendendo anche categorie non ricomprese in quell'elenco, la Corte costituzionale si è "mossa nella prospettiva dell'art. 3 Cost." e del principio secondo cui, a parità di rischio, deve corrispondere pari tutela, così valutando la legittimità delle scelte selettive perlopiù alla stregua dei canoni di ragionevolezza ed equità, lasciando talvolta nell'ombra il parametro dell'adeguatezza alle esigenze di vita²⁶.

Invece, un passo decisivo nel processo di adeguamento alla trama di valori solidaristici espressi dalla Costituzione è stato compiuto con la celebre pronuncia della Consulta del 18 febbraio 1988, che ha segnato il passaggio dal sistema tabellare a quello misto per le malattie professionali e al tempo stesso il distacco dell'assicurazione da un concetto statico "di tipicità chiusa, rigorosamente definita a monte, del rischio professionale protetto"²⁷. In quell'occasione, com'è noto, il giudice delle leggi ha dichiarato illegittimi gli artt. 3, comma 1 e 211, comma 1, d.P.R. n. 1124 del 1965 proprio con riferimento all'art. 38, comma 2 Cost., nella parte in cui non prevedevano che l'assicurazione rispettivamente nell'industria e nell'agricoltura fossero obbligatorie anche per malattie diverse da quelle tabellate e "da quelle

²⁴ Cfr. M. CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, p. 73, spec. par. 3.2.

²⁵ V. C. Cost. 9 giugno 1977, n. 114. Cfr. P. TULLINI, voce *Salute nel diritto della sicurezza sociale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. XIII, 2000, p. 70 ss., spec. p. 72-73; S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 390-391; M. GAMBACCIANI, *Principi costituzionali e tutela per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in M. PERSIANI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, vo. IX, Roma, 2006, p. 265-6; R. VIANELLO, *Principio di adeguatezza e tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *Var. temi dir. lav.*, 4, 2021, p. 841 ss., spec. p. 845; L. LA PECCERELLA, *Sulla necessità di un'organica*, cit., p. 696.

²⁶ V. *ex multis* C. cost. 7 aprile 1981, n. 55, sulle persone addette al rapporto diretto con il pubblico; C. cost. 30 dicembre 1985, n. 369, sui lavoratori italiani operanti all'estero alle dipendenze di impresa italiana; C. Cost. 21 marzo 1989, n. 137, sui ballerini e i tersicorei; C. cost. 2 marzo 1990, n. 98 sul cd. assistente contrario, dipendente dell'amministrazione committente e "non già dell'impresa che svolge l'attività protetta e sottoposta ad obbligo assicurativo"; C. cost. 15 luglio 1992, n. 332, sugli associati in partecipazione; C. cost. 10 maggio 2002, n. 171, sui lavoratori in aspettativa perché chiamati a ricoprire cariche sindacali. Si pone invece in una diversa prospettiva C. cost. 26 luglio 1988, n. 880, che dichiara costituzionalmente illegittimi gli artt. 1 e 4 del t.u., nella parte in cui non prevedevano l'assicurazione obbligatoria a favore degli artigiani italiani che lavorano all'estero, in riferimento all'art. 35 e all'art. 38 Cost., in forza del quale "il cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale nonché quello a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle sue esigenze di vita in caso di infortunio, oltre che di malattia, invalidità e vecchiaia".

²⁷ V. S. GIUBBONI, voce *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 388.

causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle”, ferma restando la prova dell’eziologia professionale²⁸.

Il ragionamento alla base della pronuncia mostra dunque piena aderenza con la prospettiva solidaristica espressa dall’art. 38, comma 2, Cost., in quanto è il rischio che la presunzione legale vada a “menomare in misura rilevante l’idoneità del sistema” all’attuazione di quel precetto ad indurre la Corte costituzionale ad un ripensamento della sua legittimità. Il sistema tabellare, pur esonerando dalla “ardua” prova dell’eziologia professionale, non riconosceva i mezzi adeguati alle esigenze di vita a tutti i lavoratori che potessero provare la dipendenza della malattia dall’attività lavorativa, lasciando un vuoto di tutela per le patologie non ricomprese negli elenchi²⁹. Da questo approdo hanno poi preso avvio quelle elaborazioni della giurisprudenza di legittimità che hanno rivisitato la nozione di “occasione di lavoro”, superando le iniziali rigidità nella definizione degli eventi protetti, che di fatto condizionavano l’accesso alla tutela, compromettendone la compatibilità e la coerenza rispetto al suo fondamento costituzionale³⁰.

Infatti, l’evoluzione del sistema dall’originaria impostazione selettiva ed il superamento del sistema tabellare per le malattie professionali hanno messo in crisi la centralità del rischio specifico, su cui poggiava il più risalente orientamento restrittivo dell’intervento protettivo³¹, conducendo ad una più ampia accezione della nozione di “occasione di lavoro” (di cui all’art. 2 t.u.), comprensiva di qualunque infortunio occasionato dal lavoro, considerato come

²⁸ C. cost. 18 febbraio 1988, n. 179. Poco dopo la Corte costituzionale (C. cost. 25 febbraio 1988, n. 206) ha dichiarato illegittimo l’art. 135 comma 2, del t.u. in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., nella parte in cui prevedeva la perdita di ogni indennizzo, qualora la denuncia della tecnopatia fosse presentata oltre il “termine previsto dall’apposita tabella per ciascuna malattia professionale”. Cfr. A. FONTANA, *Malattie professionali: la risposta della giurisprudenza ordinaria all’introduzione del c.d. “sistema misto”*, in *Dir. lav.*, 1994, I, p. 231 ss.; G.G. BALANDI, *Le malattie professionali: un quadro normativo in evoluzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, 3, p. 235 ss.

²⁹ C. cost. 18 febbraio 1988, n. 179, cit. V. C. cost. 4 luglio 1974, n. 206, che invece aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale.

³⁰ In questo fenomeno espansivo particolare rilievo ha rivestito la nozione di rischio ambientale, in base al quale ai fini dell’insorgenza dell’obbligo assicurativo antinfortunistico rileva il fatto oggettivo dell’esposizione a rischio, che vale a delimitare tanto l’ambito delle attività protette che delle persone assicurate (v. Cass., Sez. Un., 14 aprile 1994, n. 3476). Cfr. P. TULLINI, voce *Salute*, cit., p. 82; R. RIVERSO, *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona*, cit., p. 418; V. CANGEMI; G. PIGLIALARMI, L. PELUSI (a cura di), *Le tutele assicurative: il caso italiano nel confronto comparato*, Adap University Press, 2021, p. 139.

³¹ Dal suo canto la Corte costituzionale (C. cost. 27 luglio 1989, n. 462) rigettò la questione di legittimità dell’art. 2 t.u. con riferimento all’art. 38 comma 2 Cost., nella parte in cui, secondo l’interpretazione giurisprudenziale allora dominante, richiedeva che l’evento lesivo, per potersi considerare avvenuto “in occasione di lavoro”, fosse supportato da un rischio specifico “escludendo la copertura assicurativa per gli eventi causati da fattori non strettamente professionali, anche se attinenti al luogo di lavoro ed intervenuti nel corso della prestazione lavorativa”. Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2022, p. 546.

“fattore occasionale del rischio tutelato”, che al verificarsi di un evento lesivo lo connota in senso professionale³².

Questo esito interpretativo, ormai consolidato, ha rivestito un ruolo significativo nel processo storico di estensione della garanzia assicurativa la quale, “in attuazione dell’art. 38 Cost., dà rilievo non già, restrittivamente, al cosiddetto rischio professionale, come tradizionalmente inteso”, ma ricomprende qualsiasi accadimento ascrivibile al lavoro prestato, anche l’evento che non sia direttamente causato dalle mansioni lavorative tipiche, ma sia insito in un’attività prodromica e strumentale o riconducibile a situazioni proprie dell’assicurato, purché vi sia una connessione con la lavorazione protetta da lui espletata³³.

Tuttavia, nonostante l’apprezzabile sforzo della giurisprudenza, che ha contribuito in maniera significativa all’estensione dell’assicurazione obbligatoria, resta comunque ferma la logica selettiva basata sull’elencazione delle attività e dei soggetti protetti, confermata anche dal legislatore che, con gli artt. 4, 5, 6, e 7, d.lg. n. 38/2004, ha ricompreso nella garanzia assicurativa i dirigenti, i parasubordinati, gli sportivi professionisti e i lavoratori italiani operanti nei Paesi *extra*-comunitari, lasciando invece immutato il meccanismo di accesso alla tutela³⁴.

Così, se sul piano oggettivo non ha più rilievo il rischio specifico, essendo indennizzati tutti gli eventi che hanno origine lavorativa, su quello soggettivo la limitazione dell’assicurazione alle attività ritenute pericolose e ai soggetti preposti al loro esercizio pone non solo un problema di compatibilità con il parametro dell’adeguatezza, ma genera delle incongruenze che pregiudicano la coerenza e la razionalità di un assetto normativo evolutosi nel tempo e distaccatosi dall’impianto originario.

4. Il collegamento degli artt. 32 e 38 Cost.: l’ingresso nel sistema indennitario del danno biologico

Sul versante poi dell’oggetto della tutela antinfortunistica, e più nello specifico delle prestazioni da essa garantite, la disciplina apprestata dal t.u. aveva ridotto il canone dell’adeguatezza alle esigenze di vita ad una dimensione prettamente lavorativa, limitando la rilevanza dell’evento dannoso alla perdita o alla menomazione dell’attitudine psicofisica al lavoro, logica ispiratrice non solo delle prestazioni monetarie (artt. 77 ss.), ma anche di quelle sanitarie, riconosciute al lavoratore fino al perdurare dell’inabilità, in quanto necessarie al recupero della capacità lavorativa (artt. 66 e 86).

³² V. fra le tante Cass. 11 febbraio 2002, n. 1944; Cass. 7 maggio 2002, n. 6511; Cass. 28 luglio 2004, n. 14287; Cass. 4 agosto 2005, n. 16417.

³³ V. Cass. 5 febbraio 2015, n. 2136; Cass. 6 febbraio 2018, n. 2838; 3 agosto 2021 n. 22180, in *Dir. & Giust.*, 2021, p. 6, con nota di R. DULIO.

³⁴ L. LA PECCERELLA, *Sulla necessità di un’organica*, cit., p. 696-698.

Il sistema così delineato ha tenuto fin quando il rimedio previdenziale, di natura assicurativo-sociale, e quello risarcitorio, di fonte civilistica, hanno continuato ad operare nella “comune ottica di tipo patrimonialistico”, in cui era stata concepita la regola dell’esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile, salvo il risarcimento del danno differenziale nei casi di dolo e di reato perseguibile d’ufficio (ex art. 10 t.u.)³⁵.

Nel modello tradizionale di responsabilità civile, infatti, il pregiudizio derivante dalla lesione di situazioni giuridiche a contenuto non patrimoniale era ritenuto risarcibile nei soli “casi determinati dalla legge”, secondo i limiti indicati dall’art. 2059 c.c. Tuttavia, l’interpretazione giurisprudenziale a lungo dominante riteneva la disposizione riferibile al solo danno morale, limitandone il risarcimento ai casi in cui il fatto illecito presentasse tutti gli elementi di una fattispecie penale (art. 185 c.p.)³⁶.

A partire dagli anni 70 al danno morale, subordinato alla riserva penale contenuta nell’art. 2059 c.c., dottrina e giurisprudenza sono venute a contrapporre quello biologico, traducibile in una patologia oggetto di precisa valutazione medica, diversa dallo stato di angoscia transeunte e sottratta al potere discrezionale del legislatore ordinario, poiché tutelata dall’art. 32 Cost., costituendo la lesione del diritto alla salute la violazione di un interesse fondamentale della persona, tale da integrare la nozione di ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c.³⁷. Queste elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, convergenti nei loro risultati, condussero la Corte costituzionale a prendere atto dell’esistenza di un “diritto vivente” che individuava “nell’art. 2043 c.c., in relazione all’art. 32 Cost.” la fonte dell’autonoma risarcibilità del danno biologico³⁸.

Scalfita l’impostazione patrimonialistica del rimedio risarcitorio, l’ingresso nell’ambito della responsabilità civile del danno biologico diede origine ad una serie di dubbi di legittimità del rimedio indennitario, mettendo nuovamente in discussione il “meccanismo di raccordo tra le due discipline”³⁹.

Tutto ciò spinse la Corte costituzionale verso un ripensamento del modello assicurativo, ritenendo che l’esclusione del pregiudizio all’integrità psico-fisica contrastasse “con la

³⁵ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 1049 ss., spec. par. 2.

³⁶ C. cost. 26 luglio 1979, n. 87 e 88, *Giust. civ.*, 1980, I, 534, con nota di DE CUPIS; *Giur. it.*, 1980, I, 9, con nota di ALPA.

³⁷ V. T. Genova 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 53, con nota di M. BESSONE, V. ROPPO, *Lesione all’integrità psico-fisica e diritto alla salute. Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*; T. Genova 20 ottobre 1975, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 444, con nota di G. ALPA, *Danno “biologico” e diritto alla salute. Un’ipotesi di applicazione diretta dell’art. 32 Cost.*; T. Genova 15 dicembre 1975. Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, 112 ss.; A. JANNARELLI, *Il risarcimento del danno alla persona e l’analisi economica del diritto*, *Foro it.*, 1979, 249; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, 608 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 85; G. ALPA, *Il Danno biologico. Percorso di un’idea*, Padova, 1993; C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.

³⁸ C. cost. 14 luglio 1986, n. 184, *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di PONZANELLI ed *ibid.*, 2976, con nota di MONATERI.

³⁹ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno*, cit., par. 2.

garanzia della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.)” e al tempo stesso “con la tutela privilegiata che la Carta costituzionale riconosce al lavoro come valore fondante della nostra forma di Stato (artt. 1, comma 1, 4, 35 e 38 Cost.), nel quadro dei più generali principi di solidarietà (art. 2 Cost.) e di eguaglianza, anche sostanziale (art. 3 Cost.)”⁴⁰.

Dunque, le pronunce della Corte costituzionale hanno individuato nel rilievo assegnato dall'art. 32 Cost. al diritto alla salute il fondamento per una garanzia differenziata e più intensa, tale da consentire una tempestiva riparazione del danno biologico che solo la tutela previdenziale, operando nella prospettiva della liberazione dal bisogno, è in grado di conseguire.

Pertanto, il diritto all'adeguatezza della prestazione previdenziale è riaffiorato nell'ambito di una più ampia valutazione sistemica degli interessi costituzionali coinvolti, di cui il soggetto tutelato è portatore come persona, considerata non solo in una dimensione lavorativa e secondo un'accezione meramente reddituale. Si era così creato un “diretto collegamento” tra gli artt. 32 e 38 Cost., che sollecitava l'opportunità di un intervento legislativo, poi sfociato nel d.lg. 25 luglio 2000, n. 38, con cui ha avuto luogo quella radicale innovazione delle prestazioni monetarie e sanitarie garantite, necessaria per rendere più aderente il concetto di bisogno al diritto alla salute e agli altri valori fondamentali della persona⁴¹.

Dopo i vari moniti rivolti al legislatore dalla Corte costituzionale, ha ingresso anche nel sistema indennitario il danno biologico da lesione dell'integrità psicofisica (*ex art. 13 d.lg. n. 38/2000*), comprensivo degli aspetti dinamico-relazionali e suscettibile di valutazione medico legale, con cui sono stati superati i limiti della legislazione previgente, che aveva inteso in modo riduttivo la nozione di “esigenze di vita”, circoscrivendo la garanzia assicurativa al solo pregiudizio patrimoniale, quantificato nella perdita o nella menomazione della capacità lavorativa.

Tuttavia, non essendo più tale capacità il bene da tutelare, l'indennizzo per il danno biologico, sia esso in capitale (per le menomazioni comprese tra il 6% ed il 15%) o in rendita (per quelle di grado superiore), viene determinato attraverso le tabelle di cui al d.m. 12 luglio 2000, indipendentemente dal reddito del danneggiato salve le conseguenze patrimoniali delle menomazioni di grado superiore al 15%, per le quali viene invece riconosciuta una quota aggiuntiva, commisurata alla retribuzione in godimento da parte del lavoratore⁴². Viene così

⁴⁰ C. cost. 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, 1991, I, p. 1664, con nota di D. POLETTI; C. cost. 18 luglio 1991, n. 356, *ivi*, p. 2697, con nota di A. DE MARCO; C. cost. 27 dicembre 1991, n. 485, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 756, con nota di S. GIUBBONI; C. cost. 21 novembre 1997, n. 350, in *Danno e resp.*, 1998, p. 141, con nota di D. POLETTI, *Nuovo invito della Consulta per la riforma dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le tecnopatie*. Cfr. L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. Dir. lav.*, 2017, 3, p. 605, spec. p. 609.

⁴¹ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno*, cit., par. 9.

⁴² Cfr. R. RIVERSO, *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona*, cit., p. 425. Dunque viene meno anche il riferimento alla retribuzione percepita, ritenuto rilevante in un'ottica sistemica, in quanto collegato ai canoni di cui all'art. 36 Cost. Cfr. R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Napoli, 2016, p. 166-168; M. PERSIANI, *Sulla garanzia*

rimessa alle tabelle di cui al d.m. 12 luglio 2000 la definizione dell'importo dell'indennizzo e quindi di quel *quantum* che dovrebbe garantire l'adeguatezza della prestazione alle esigenze di vita del lavoratore, salve le conseguenze patrimoniali delle menomazioni di grado superiore al 15%, per le quali viene invece riconosciuta una quota aggiuntiva, commisurata alla retribuzione in godimento da parte del lavoratore⁴³.

Nel confermare la funzione previdenziale del rimedio indennitario, la Corte costituzionale ha però precisato come l'assicurazione, sebbene non sia "ispirata al criterio della piena socializzazione del rischio", rimanga condizionata dal precetto dell'adeguatezza di cui all'art. 38, comma 2, Cost., il quale "rimette alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali sulla base di un razionale temperamento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie"⁴⁴.

In questa prospettiva trovano giustificazione anche l'esclusione delle lesioni micro-permanenti (di grado inferiore al 6%) e delle voci ulteriori di danno, nonché più in generale l'asimmetria tra il risarcimento e il rimedio indennitario, che non assicura il completo ristoro e resta vincolato "unicamente al parametro dell'adeguatezza seppure interpretato in collegamento con l'art. 32 Cost."⁴⁵.

Queste considerazioni hanno indotto la Corte costituzionale a fugare i dubbi di legittimità costituzionale della normativa sopravvenuta, alimentati dall'erroneo convincimento che anche l'indennizzo previdenziale per il danno biologico fosse ispirato da una logica risarcitoria⁴⁶.

Ne consegue che il collegamento tra i principi sociali e la tutela della salute costituisce uno strumento nelle mani del legislatore, alla cui discrezionalità, nei limiti della ragionevolezza, è affidato il bilanciamento con le esigenze di contenimento della spesa pubblica e con gli altri diritti fondamentali della persona⁴⁷.

costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 290 ss.; M. D'ONGHIA, *Le prestazioni pensionistiche a tutela della vecchiaia nel prisma dei principi costituzionali tra vecchie questioni e nuovi bisogni*, in G. CANAVESI, E. ALES (a cura di), *La vecchiaia nella tutela pensionistica, Seminari Previdenziali Maceratesi – 2017, Collana Fondazione Marco Biagi*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 6; M. GAMBACCIANI, *Mezzi adeguati alle esigenze di vita, Costituzione e previdenza complementare*, in *Var. temi dir. lav.*, 4, 2021, p. 791 ss., spec. p. 801; E. ALES, *La garanzia dei mezzi adeguati alle esigenze di vita dei disoccupati ovvero dell'adeguatezza sistemica*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 277 e ss.

⁴³ Cfr. R. RIVERSO, *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona*, cit., p. 425.

⁴⁴ C. cost. 19 dicembre 2006, n. 426. In senso conforme C. cost. 15 luglio 1994, n. 310; C. cost. 19 gennaio 1995, n. 17; C. cost. 4 febbraio 2000, n. 26, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, p. 551, con nota di MAZZIOTTI, *Ancora in materia di limiti soggettivi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro: una riforma che tarda a venire*.

⁴⁵ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore*, cit., p. 1049 ss.; ID., *Il principio di adeguatezza*, cit., p. 834.

⁴⁶ Cfr. G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza*, cit., p. 834. V. C. cost. 19 dicembre 2006, n. 426, cit.

⁴⁷ Cfr. G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza*, cit., p. 835.

5. I presupposti di risarcibilità del danno differenziale

L'innesto nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali di una nuova tipologia di lesione, con cui il sistema assicurativo si è adeguato all'evoluzione giurisprudenziale dei danni alla persona, si è presentato come il preludio di un cambiamento epocale che ha messo "in discussione gli equilibri disegnati sin dalla fine dell'ottocento nel modello transattivo"⁴⁸. Se da una parte la scelta di includere il ristoro del danno biologico ha segnato "un punto di svolta nella lunga storia dell'assicurazione obbligatoria", arricchendola di nuovi contenuti, dall'altra ha costituito "un aspetto critico", da cui sono scaturite talune ambiguità che rischiavano di tradire la funzione stessa del rimedio assicurativo⁴⁹.

Con l'inclusione del danno biologico nel sistema dell'assicurazione sociale sono così riemersi i nodi del complicato raccordo tra la tutela previdenziale e quella civile, esacerbando i termini di un dibattito risalente sulla definizione dei rispettivi ambiti di competenza, nonché sui presupposti per la configurabilità della responsabilità datoriale e per la risarcibilità del danno differenziale. Nonostante la differenza strutturale e funzionale tra i due rimedi, si era creato un inestricabile intreccio tra di essi, il quale aveva alimentato l'equivoco che anche l'indennizzo per il danno biologico, avente titolo nell'art. 38, comma 2 Cost. e finalizzato alla rapida liberazione dallo stato di bisogno, fosse ispirato da una logica risarcitoria, tendente alla riparazione integrale del pregiudizio del danneggiato.

In particolare, a fronte della progressiva erosione dello spazio riservato all'azione civile e all'attrazione del danno biologico all'interno dell'assicurazione obbligatoria, ci si è chiesti se fosse ancora configurabile il danno biologico differenziale e quali fossero le condizioni per la sua risarcibilità⁵⁰.

Prima della riforma era pacificamente ammessa l'azione civile ex art. 10 t.u. per il risarcimento del danno biologico, definito complementare con gli altri pregiudizi alla persona di natura areddituale, in quanto esclusi dal perimetro della garanzia assicurativa circoscritta al solo pregiudizio patrimoniale, quantificato nella perdita o nella menomazione della capacità lavorativa. Infatti, la questione, sorta all'indomani dell'intervento legislativo, non ha riguardato le voci di danno complementare (morale, biologico temporaneo, patrimoniale in franchigia, etc.) sottratte dall'ambito applicativo dell'assicurazione e ritenute autonomamente risarcibili secondo le comuni regole civilistiche, ma il danno biologico permanente, oggetto privilegiato di quella garanzia, qualora l'effettiva consistenza del

⁴⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *L'assicurazione come alternativa alla responsabilità civile. Diritto privato generale e diritti secondi*, in Id. (a cura di), *La nuova responsabilità civile*, 2006, spec. p. 398.

⁴⁹ Cfr. M. CINELLI, *Il ristoro del danno non patrimoniale alla persona del lavoratore tra diritto civile e diritto speciale*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 269 e ss., spec. p. 292-293.

⁵⁰ Cfr. P. TULLINI, *Il danno differenziale*, cit., 485.

pregiudizio subito dal lavoratore infortunato o malato ecceda l'importo erogato a titolo d'indennizzo⁵¹.

La tesi prospettata a seguito dell'entrata in vigore del d.lg. n. 38/2000, che riteneva risarcibili solo i pregiudizi non coperti dall'assicurazione sociale, con il conseguente superamento del danno biologico differenziale quantitativo, si fondava sulla convinzione della piena esaustività delle prestazioni indennitarie erogate dall'Inail e della loro vocazione risarcitoria, tale da porsi in termini alternativi-esonerativi rispetto alle regole di diritto comune⁵².

In sostanza, la tesi aveva come presupposto l'originario patto transattivo con cui, assolto il pagamento del premio, si realizzerebbe una sorta di transazione sociale, in forza della quale al datore di lavoro spetterebbe l'esonero dalla responsabilità civile all'interno dell'ambito soggettivo e oggettivo, tuttora limitato, in cui opera l'assicurazione obbligatoria.

Tuttavia, il preteso intento del legislatore, di adottare ai fini dell'assicurazione per gli infortuni e delle malattie professionali una nozione di danno biologico coincidente con quella civilistica, contrasterebbe con la finalità tipica del rimedio previdenziale, che non è quella di garantire il ristoro integrale per la lesione del diritto alla salute, ma quella di consentire la rapida liberazione da un bisogno ritenuto socialmente meritevole di tutela, seguendo parametri forfettari ed uniformi. Inoltre, l'art. 13, comma 1, del d.lg. n. 38/2000 offre una nozione di danno biologico in "termini statici", qualificandolo come "lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale", chiarendo espressamente che quella definizione opera "in via sperimentale" e ai soli "fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali"⁵³.

Infine, il decreto fa costantemente riferimento al termine di indennizzo per il danno biologico, in luogo di quello di risarcimento, che vale a sottolineare come quella erogazione fornisca un minimo sociale che, sebbene non assicuri il ristoro integrale, viene comunque garantito anche nelle ipotesi in cui non vi sia colpa del datore di lavoro o di un terzo⁵⁴. Del resto, lo stesso art.

⁵¹ Sull'autonoma risarcibilità di tali voci, v. Cass. 21 marzo 2002, n. 4080, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 31, con nota di A. PIZZOFRATTO; Cass. 17 febbraio 2003, n. 2357; Cass. 12 febbraio 2004, n. 2889.

⁵² V. T. Salerno 5 febbraio 2001; Cass. 29 gennaio 2002, n. 1114; T. Torino 10 giugno 2003, n. 3393; T. Vicenza 3 giugno 2004, n. 82, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 356 ss., con nota di F. Rossi, *Infortunio sul lavoro e risarcibilità del "danno biologico differenziale" dopo il d.lgs. n. 38/2000*; A. Torino 29 novembre 2004; T. Roma 4 dicembre 2007; T. Palermo 18 dicembre 2007; T. Vicenza 10 febbraio 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 895, con nota di L. MONTUSCHI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali: «personalizzare» si può*; T. Salerno 9 marzo 2012, n. 1110. Cfr. V. LUCIANI, *Danni alla persona e rapporto di lavoro*, Napoli, 2007, p. 129 ss.; ID., *Il danno biologico tra trattamento previdenziale e tutela risarcitoria: la questione del danno "differenziale"*, in G. NATULLO, R. SANTUCCI, (a cura di), *Ambiente e sicurezza sul lavoro. Quali tutele in vista del Testo Unico?*, Atti del Convegno di Benevento, 9 novembre 2007, Milano, 2008.

⁵³ Cfr. M. CINELLI, *Il ristoro del danno non patrimoniale*, cit., spec. p. 273 e 281, secondo cui la nozione adottata dall'art. 13 del d.lg. n. 38/2000, che limita il danno biologico alla lesione "suscettibile di valutazione medico legale", avrebbe riportato la "situazione al punto di partenza".

⁵⁴ T. Pinerolo 27 aprile 2004, n. 296; T. Treviso 12 luglio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3408, con nota di V. FERRARI; T. Ravenna 22 marzo 2005, p. 979 ss., con nota di M.G. GRECO; T. Siena 4 settembre 2008, n. 446; T. Torre Annunziata 15 maggio 2018, n. 1017.

13, comma 11, del d.lgs. n. 38/2000 precisa che “per quanto non previsto” dalle sue disposizioni “si applica la normativa del testo unico, in quanto compatibile”. Pertanto, deve ritenersi che le innovazioni introdotte non abbiano inciso sull’operatività dell’art. 10 del t.u., non avendo l’intervento legislativo statuito in merito all’azione civile per il risarcimento del danno differenziale.

La disposizione, com’è noto, dopo aver affermato che l’assicurazione “esonera il datore di lavoro dalla responsabilità per gli infortuni sul lavoro” (art. 10, comma 1°, t.u.), chiarisce che la responsabilità civile permane in caso di condanna penale del datore di lavoro “per il fatto dal quale l’infortunio è derivato” (comma 2), anche se “sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha incaricato della direzione o sorveglianza” (comma 3)⁵⁵. Invece, l’articolo successivo disciplina il diritto di regresso a favore dell’Inail “per le somme pagate a titolo di indennità e per spese accessorie contro le persone civilmente responsabili” (art. 11 t.u.).

Questo modello “sin dalle origini chiamato transattivo”, perché rispondente ad una logica di contemperamento dei contrapposti interessi, assicurava e tuttora assicura una copertura parziale, dovuta alla mancanza di satisfattività del ristoro indennitario rispetto alla consistenza del danno patito dal lavoratore a seguito dell’infortunio e della malattia professionale⁵⁶.

Per cui l’esonero parziale, che copre le voci di danno assicurate, non opera quando per quella stessa voce il danno ascende ad un importo maggiore di quello erogato in sede previdenziale, purché l’evento lesivo sia imputabile alla responsabilità penale del datore di lavoro o di un lavoratore “incaricato della direzione o sorveglianza”⁵⁷. In questa prospettiva, l’orientamento giurisprudenziale dominante, ormai acquisito al diritto vivente, ammette pacificamente la risarcibilità del danno biologico differenziale⁵⁸, escludendo che la prestazione indennitaria esaurisca aprioristicamente il pregiudizio subito dal lavoratore infortunato o malato⁵⁹.

Pertanto, la disciplina delle assicurazioni “s’intreccia da sempre con quella della responsabilità civile” e in questo “concorso di regole”, di integrazione tra forme di tutela sociale e tradizionale, risiede l’effettività del sistema di tutela dei danni alla persona⁶⁰.

⁵⁵ A seguito della sentenza della C. cost. 9 marzo 1967, n. 22, è stato introdotto il comma 3, che ammette l’azione di responsabilità civile quando l’infortunio derivi da fatto imputabile ad un dipendente.

⁵⁶ Cfr. C. CASTRONOVO, *L’assicurazione come alternativa alla responsabilità civile*, cit., p. 381.

⁵⁷ Cfr. R. RIVERSO, *Esiste ancora l’esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile dell’art. 10 del T.U. 1124/1965?*, in *Lav. giur.*, 2008, 11, p. 1083 ss.; M. GAMBACCIANI, *Il danno differenziale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 4, p. 193.

⁵⁸ T. Napoli 5 febbraio 2015; T. Torre Annunziata 14 novembre 2017, n. 2356; T. Torre Annunziata 12 novembre 2021, n. 1647; T. Torre Annunziata 1° marzo 2023, n. 320.

⁵⁹ P. TULLINI, *Il danno differenziale*, cit., par. 2., secondo cui l’esonero ha finito così per perdere la sua centralità, per fungere piuttosto da “congegno di mero raccordo tecnico tra indennizzo e risarcimento”.

⁶⁰ Cfr. M. CINELLI, *Il ristoro del danno non patrimoniale*, cit., spec., p. 281, 292.

6. L'individuazione delle poste risarcibili alla luce degli sviluppi giurisprudenziali del danno non patrimoniale

Il problema dell'esonero si è riproposto nuovamente a seguito delle note acquisizioni giurisprudenziali in materia di danni alla persona che, sul versante della responsabilità civile, hanno condotto dapprima al riconoscimento della risarcibilità anche in ipotesi che integrino il fatto materiale di reato, ma non consentano di provare la colpa del danneggiante secondo i canoni penalistici⁶¹ e, poi, alla definitiva revisione del sistema risarcitorio in termini bipolari⁶². In particolare, a questi arresti giurisprudenziali si deve il superamento del principio della tassatività delle ipotesi richiamate dall'art. 2059 c.c. (in combinato disposto con l'art. 185 c.p.) e il riconoscimento del risarcimento in tutti i casi in cui il danno non patrimoniale, inteso nella sua più ampia accezione, sia determinato dall'ingiusta lesione di interessi costituzionalmente protetti non connotati da rilevanza economica⁶³.

Con questa svolta giurisprudenziale, la tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali è ricondotta nell'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c., superando l'orientamento che vi riconduceva il solo danno morale (distinto da quello biologico e da quello esistenziale), divenendo norma tipizzante, espressiva di un "precetto di tipicità, ma non di tassatività, delle fattispecie lesive e degli interessi lesi", che rimette all'interprete il compito di individuarli⁶⁴. Tale acquisizione giurisprudenziale ha aperto a nuove prospettive interpretative in materia di risarcimento del danno differenziale, determinando l'assorbimento dei criteri di accertamento del fatto di reato perseguibile d'ufficio ex art. 10 t.u. nello schema generale d'imputazione della responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c., in collegamento con l'art. 2087 c.c.).

Tuttavia, "l'ancoraggio costituzionale" del risarcimento e la moltiplicazione delle poste risarcitorie hanno dato vita ad una proliferazione di liti bagatellari, nonostante l'intervento della Suprema Corte che, escludendo il riconoscimento del danno-evento e con esso di sanzioni punitive⁶⁵, ha chiarito come il pregiudizio non patrimoniale, in particolare quello esistenziale, debba essere sempre oggettivamente accertato, oltre che allegato e provato⁶⁶.

⁶¹ Cass. 12 maggio 2003, nn. 7281, 7282, 7283, in *Danno Resp.*, 2003, 7, p. 713, con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 676, con note di D. BARGELLI e P. ZIVIZ.

⁶² Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827, 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2272, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; in *Danno Resp.*, 2003, n. 8-9, p. 819, con note di D. BUSNELLI e G. PONZANELLI.

⁶³ Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827, 8828, cit. Tale indirizzo giurisprudenziale è ratificato lo stesso anno dalla Corte costituzionale (C. cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno Resp.*, 2003, n. 10, p. 939, con note di G. PONZANELLI, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO; in *Giur. it.*, 2003, p. 1777, con note di P. CENDON, P. ZIVIZ).

⁶⁴ E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali*, cit., p. 79-80.

⁶⁵ Cfr. M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Milano, 2022, p. 26.

⁶⁶ Sull'onere del lavoratore di provare il danno esistenziale da demansionamento v. Cass., Sez. Un, 24 marzo 2006, n. 6572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 687, con nota di R. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*. Cfr. G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv.*

L'assetto delineato è stato così messo in discussione dal riaffiorare di crescenti istanze di spersonalizzazione del danno e da rinnovate tentazioni estensive, che hanno indotto le Sezioni Unite nel novembre 2008 a negare l'autonoma configurabilità del pregiudizio morale e di quello esistenziale, per attribuirvi una valenza meramente descrittiva di semplici conseguenze della lesione all'integrità psicofisica della persona che integrano voci del danno biologico, considerato nel suo aspetto dinamico, al quale va riconosciuto carattere unitario⁶⁷. L'impostazione bipolare ha determinato un nuovo cambiamento nell'assetto dei rapporti tra indennizzo e risarcimento, facendo riemergere tutti i nodi di quel complicato raccordo, senza che nell'autorevole arresto giurisprudenziale si potesse intravedere una "chiave di lettura idonea per riscrivere le regole applicabili".

In particolare, per effetto dell'affermata unitarietà della categoria, non scomponibile in autonome voci diversamente etichettate, secondo un primo orientamento, le componenti soggettive e dinamico relazionali del danno alla salute cagionato dall'infortunio non possono più essere ricostruite come componenti del danno complementare, ma vanno valutate in sede di personalizzazione come danno differenziale quantitativo nei limiti di cui all'art. 10 t.u.⁶⁸.

Questa lettura più rigorosa del *dictum* delle Sezioni Unite parte dal presupposto della inscindibilità delle sofferenze fisiche da quelle soggettive e dai pregiudizi anatomo-funzionali conseguenti alla menomazione, conducendo alla negazione del concetto stesso di danno biologico "statico", completamente avulso dalla considerazione di tali aspetti anche ai fini dell'indennizzo previdenziale⁶⁹. Il rischio di scongiurare duplicazioni ed automatismi risarcitori ha così indotto i fautori di tale orientamento ad escludere che il pregiudizio morale e quello esistenziale possano essere imputati alla sfera del danno complementare, in quanto attratti nella più ampia ed omnicomprensiva categoria del danno biologico personalizzato⁷⁰.

dir. comm., 1984, p. 151; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 93; M.P. MONACO, *I danni non patrimoniali da demansionamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 803 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 99 ss.

⁶⁷ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26973. Cfr. P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, I, p. 56; D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, *ivi*, 2009, I, p. 76; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, *ivi*, 2009, I, p. 94; M. ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, p. 930.

⁶⁸ T. Vicenza 10 febbraio 2009; T. Milano 9 giugno 2009, n. 7515; Cass. 4 febbraio 2011, n. 622; T. Piacenza 18 febbraio 2012, n. 102; A. Ancona 10 aprile 2014, n. 120; T. Torre Annunziata 1° febbraio 2022; T. Torre Annunziata 26 aprile 2023. Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno*, *cit.*, spec. par. 4; G. MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Milano, 2003, p. 442.

⁶⁹ Cass. 4 febbraio 2011, n. 622.

⁷⁰ Cfr. L. MONTUSCHI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali: personalizzare si può*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 895; A. VALLEBONA, *Prestazione previdenziale e risarcimento dei danni per infortunio sul lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 268 ss.; L. DI BONA, *Concorso tra indennizzo e risarcimento del danno: profili problematici*, in *Quaderni Riv. inf. mal. prof.*, 2011, p. 171 ss.

Pertanto, le sofferenze soggettive consistenti nella percezione emotiva della menomazione e nelle conseguenti alterazioni delle condizioni di vita nel contesto sociale, prima ricondotte nella sfera del danno complementare, quali pregiudizi morali ed esistenziali esclusi dalla copertura assicurativa e, in quanto tali, reintegrabili secondo le comuni regole della responsabilità civile, divengono risarcibili come residui differenziali dentro i ristretti confini di liquidazione previsti dall'art. 10 t.u.

Seguendo l'impostazione rigorosamente bipolare, però, si perviene ad un ampliamento smisurato dell'ambito di operatività dell'esonero parziale dalla responsabilità datoriale, che non tiene conto dell'estraneità di alcuni pregiudizi dall'indennizzo sociale, in contrasto con l'integralità del risarcimento del danno non patrimoniale e con i principi affermati dalle risalenti pronunce della Corte costituzionale, che avevano creato quel "diretto collegamento" tra gli artt. 32 e 38 Cost., spingendo verso l'intervento legislativo⁷¹.

Queste considerazioni hanno indotto parte della dottrina⁷² e della giurisprudenza a preservare, nel settore degli infortuni e delle malattie professionali, l'autonomia descrittiva delle diverse voci, scomponendo la liquidazione unitaria del danno non patrimoniale, per garantire al lavoratore infortunato o tecnopatico il risarcimento di tutti i pregiudizi esclusi dalla tutela sociale, che continuerebbero a rilevare, anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite, come componenti del danno complementare⁷³. In particolare, la "perdurante rilevanza" del danno complementare, sottratto dai limiti previsti dall'art. 10 t.u., con riferimento ai pregiudizi di carattere soggettivo e dinamico-relazionale, troverebbe giustificazione nella diversità della nozione normativa di danno biologico vigente in ambito assicurativo sociale, a carattere statico e, dunque, più ristretta rispetto a quella di derivazione civilistica⁷⁴.

Infatti, la pronuncia delle Sezioni Unite fa riferimento alle sole norme del Codice delle assicurazioni private (artt. 138 e 139 d.lg. n. 209/2005), senza mai richiamare l'art. 13 d.lg. n.

⁷¹ C. cost. 15 febbraio 1991, n. 87, cit., p. 1664 e ss.; C. cost. 18 luglio 1991, n. 356, cit., p. 2697 e ss.; C. cost. 27 dicembre 1991, n. 485, cit., p. 756 e ss.; C. cost. 21 novembre 1997, n. 350, cit., p. 147.

⁷² Cfr. S. GIUBBONI, *Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 1, spec. p. 30-31; R. RIVERSO, *La liquidazione del danno non patrimoniale del lavoratore dopo le sentenze delle Sezioni Unite del 2008*, in *Lav. giur.*, 2010, p. 1071; V. FILI, *Danno biologico e assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in S. DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile Danno non patrimoniale*, Milano, 2010, p. 255; A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2011, p. 1131; Id., *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni Unite del 2008*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 389 e ss.; M. GAMBACCIANI, *Il danno differenziale*, cit., p. 196; S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 397/2019.

⁷³ V. T. Udine 16 febbraio 2009, n. 221; T. Genova 28 maggio 2009, n. 2116; T. Prato 16 febbraio 2010, n. 59; T. Parma 11 dicembre 2012, n. 1603; T. Monza 28 maggio 2013, n. 1318; T. Torre Annunziata 24 settembre 2021; T. Torre Annunziata 14 gennaio 2022, n. 179; T. Torre Annunziata 26 aprile 2022; T. Torre Annunziata 20 giugno 2022, n. 948; T. Torre Annunziata 22 luglio 2022, n. 1130.

⁷⁴ Cfr. A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2011, p. 1131; Id., *Danno differenziale e danno complementare dopo le Sezioni Unite del 2008*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, spec. p. 397-398.

38/2000 che, al comma 1, ai “fini della tutela dell’assicurazione obbligatoria conto gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali”, definisce il danno biologico come “lesione dell’integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale”⁷⁵. Ne deriverebbe una definizione normativa autonoma e speciale, più ristretta perché non terrebbe conto nelle proprie tabelle (emanate con il d.m. 12 luglio 2000 e recentemente aggiornate dal d.m. 2 agosto 2023) della personalizzazione del danno biologico, che mal si concilierebbe con la standardizzazione propria dell’indennizzo⁷⁶.

Del resto, anche al di fuori dell’ambito dell’assicurazione sociale, poco dopo l’intervento delle Sezioni Unite, il danno morale e quello esistenziale hanno “ripreso a fare capolino”, dimostrando come il prefigurato rischio di duplicare le poste risarcitorie, con una distinzione categoriale attraverso cui si finirebbe per attribuire nomi diversi a pregiudizi identici, servendosi di etichette differenti, non può comunque portare alla negazione delle varie componenti in cui si articola il danno non patrimoniale⁷⁷.

Infatti, “l’iniziale nettezza” dell’unitarietà della categoria, con la conseguente “affermazione circa l’assenza di autonomia” delle singole voci che la compongono, è stata “stemperata” dalla giurisprudenza successiva⁷⁸. In questo solco, alcuni giudici della terza sezione della Suprema Corte hanno iniziato ben presto a prendere le distanze da quello “statuto risarcitorio”, dando origine ad un processo erosivo degli equilibri raggiunti dalle Sezioni Unite con le sentenze di San Martino⁷⁹.

I successivi sviluppi di tale giurisprudenza, insoddisfatta degli esiti interpretativi raggiunti nel novembre del 2008, hanno poi individuato nella diversità del bene oggetto di lesione il presupposto per la considerazione separata delle componenti del “pur sempre unitario”

⁷⁵ Cfr. S. GIUBBONI, *Note d’attualità in tema di risarcimento del danno*, cit., spec. p. 30-3.

⁷⁶ In realtà l’art. 13, comma 2, d.lgs. n. 38/2000, dispone che le «menomazioni conseguenti alle lesioni dell’integrità psicofisica di cui al comma 1 sono valutate in base a specifica “tabella delle menomazioni”, comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali». Secondo i sostenitori di tale orientamento il riferimento a tali aspetti dinamico-relazionali sarebbe solo “formale”. In tal senso v. M. GAMBACCIANI, *Il danno differenziale*, cit., p. 193, spec. p. 196. In senso contrario v. M. CASOLA, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. t. dir. lav.*, 2009, n. 1, p. 99 ss., spec. par. 21.

⁷⁷ Cfr. M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno*, cit., p. 28.

⁷⁸ Cfr. S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: vecchie e nuove questioni in tema di danno differenziale*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 397/2019, spec. p. 14.

⁷⁹ V. Cass. 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1779, con nota di P. ZIVIZ; Cass. 7 giugno 2011, n. 1273, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2798, con nota di G. PONZANELLI, *lo sconvolgimento della vita di relazione nelle macrolesioni: rapporto tra tabelle potere equitativo del giudice*; Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585, *ivi*, 2013, I, c. 3433, con nota di G. PONZANELLI, *Nomofilachia tradita e le tre voci di danno non patrimoniale*; Cass. 24 marzo 2011, n. 6750; Cass. 12 settembre 2011, n. 18641; Cass. 30 dicembre 2011, n. 30668, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 3, p. 591, con nota di V. Allocca, *La liquidazione del danno non patrimoniale da licenziamento ingiurioso tra autonomia e personalizzazione del risarcimento*. Cfr. G. PONZANELLI, *Giudice e legislatore liquidano le decisioni delle sezioni unite sul danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 924.

concetto di danno non patrimoniale, da intendersi come unitarietà rispetto alla violazione di qualsiasi interesse costituzionalmente rilevante non suscettibile di valutazione economica⁸⁰. Muovendo da questo presupposto, a fronte di una lesione permanente alla salute (art. 32 Cost.), costituisce duplicazione risarcitoria il riconoscimento di un autonomo “danno esistenziale”, aggiuntivo a quello biologico, la cui misura *standard*, già di per sé comprensiva del *vulnus* arrecato agli aspetti dinamico-relazionali propri del grado percentuale di invalidità, può essere aumentata in sede di personalizzazione, in relazione alle allegazioni e alle prove specificamente addotte, in presenza di compromissioni peculiari e straordinarie, espressive della violazione di altri diritti costituzionalmente protetti⁸¹. A sostegno di tale soluzione interpretativa, si segnala come tale pregiudizio, a cui le Sezioni Unite nel 2008 avevano dedicato particolare attenzione⁸², sia stato riconosciuto, per la prima volta a livello normativo, proprio dall’art. 13, comma 2, d.lgs. n. 38/2000, per precisare che le tabelle sulla base delle quali valutare il danno biologico indennizzabile dall’Inail, sono comprensive «degli aspetti dinamico-relazionali»⁸³.

Da essi, invece, deve essere distinto il profilo interiore del danno, che conserva la sua autonomia, anche quando conseguente ad una lesione dell’integrità psicofisica, consistente nella sofferenza morale in tutti i suoi aspetti «che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado di percentuale di invalidità permanente»⁸⁴. In tal senso depongono le modifiche legislative al sistema tabellare di cui ai novellati artt. 138 e 139 cod. ass. che, a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 124/2017, nell’ambito delle lesioni micropermanenti, riconoscono anche a livello normativo la differenza intercorrente tra il danno biologico e quello morale. Nel solco di tale dicotomia, ormai consolidata, espressione della doppia dimensione fenomenologica della sofferenza, si inserisce la più recente giurisprudenza in materia di danno differenziale, secondo cui solo il pregiudizio morale, a differenza di quello esistenziale, mantenendo la sua

⁸⁰ Cass. 9 giugno 2015, n. 11851; Cass. 8 maggio 2015, n. 9320. Tale orientamento è stato avallato anche dalla Sezioni Unite nell’escludere l’autonoma risarcibilità del danno da lesione della vita (Cass., S.U., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015; I, c. 26 82, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI). Per un più ampio approfondimento della questione, v. da ultimo P. TULLINI, *Patologie da amianto e risarcimento del danno differenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, II, p. 142, spec. p. 146.

⁸¹ Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, in *Foro it.*, 2018, 3, I, c. 911, con nota di G. PONZANELLI; Cass. 11 novembre 2019, n. 28989, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 6, 1901. Cfr. C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e Resp.*, 2019, p. 15 e ss.; D. COMANDÈ, *Dal sistema bipolare al sistema biforcuto: le linee guida della Cassazione sul danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze dell’Estate di San Martino*, ivi, 2019, p. 156 e ss. In senso contrario v. M.A. GARZIA, *Danno differenziale e azione di regresso I.N.A.I.L.: le regole comuni per l’accertamento della responsabilità*, in *Lav. Giur.*, 2021, 5, p. 509, spec. p. 513, secondo cui l’indennizzo copre solo “la lesione all’integrità psicofisica, senza considerare le altre voci di danno esistenziale e alla vita di relazione”.

⁸² Cfr. G. PONZANELLI, *Giudice e legislatore*, cit., c. 923, evidenzia come la risposta all’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, basata proprio sul pregiudizio dinamico relazionale, era stata “perentoria”, nel senso di ritenere che «di danno esistenziale come categoria autonoma non è più dato discorrere» (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.).

⁸³ Cass. 27 marzo 2018, n. 7513. Cfr. G. PONZANELLI, *Giudice e legislatore*, cit., c. 923 e ss.

⁸⁴ Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, cit.; Cass. 27 marzo 2018, n. 7513, cit.

autonomia rispetto alla lesione all'integrità psicofisica, si qualifica come danno complementare, essendo escluso *ab origine* dalla copertura assicurativa⁸⁵.

Invece, il pregiudizio alle attività realizzatrici della persona umana "ordinariamente" conseguente alla menomazione, consistente nell'impossibilità di compiere taluni atti fisici quotidiani, costituirebbe un effetto naturale della lesione alla salute e, dunque, si configurerebbe come una componente del danno biologico *standard* oggetto d'indennizzo, che trova adeguato ristoro nei criteri tabellari ritenuti, per espressa previsione normativa, comprensivi degli aspetti dinamico-relazionali, salvo l'accertamento di conseguenze eccezionali ed ulteriori.

7. I criteri di calcolo del danno differenziale tra detraibilità dell'indennizzo ed integralità del risarcimento

Questa complessa elaborazione giurisprudenziale in materia di danno non patrimoniale, caratterizzata dalla moltiplicazione di poste risarcitorie, "sfociata" dapprima nell'affermazione dell'unitarietà della categoria e successivamente "rivista" in termini nuovamente bipolari (con il riconoscimento dell'autonomia ontologica del danno morale rispetto a quello biologico), ha avuto notevoli ripercussioni sul tema della responsabilità contrattuale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, incidendo in maniera significativa anche sul versante, tuttora controverso, dei criteri di liquidazione del danno differenziale⁸⁶.

In particolare, la questione è sorta dopo la socializzazione del danno biologico ed ha riguardato le menomazioni all'integrità psicofisica di grado pari o superiore al 16% poiché, in questo caso, l'Istituto eroga una rendita dalla natura composita, riferita per una quota alla lesione della salute e, per l'altra, alle conseguenze patrimoniali derivanti dall'inabilità permanente (art. 13, comma 2, lett. a) e b) d.lg. n. 38/2000)⁸⁷.

All'indomani dell'intervento legislativo, la giurisprudenza di merito, chiamata a fare i conti con la presenza di una diversa componente del danno nell'ambito della tutela sociale, pur con alcune oscillazioni, ha accolto il criterio del calcolo per sommatoria, ritenendo che il raffronto tra il risarcimento integrale secondo le regole civilistiche e l'indennizzo erogato dall'Inail deve avvenire confrontando l'ammontare complessivo dei rispettivi importi, atteso il combinato disposto di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 10 t.u. i quali, facendo espresso riferimento al solo

⁸⁵ T. Torre Annunziata 25 novembre 2021; T. Torre 1° marzo 2023. V. da ultimo Cass. 31 ottobre 2023, n. 30293.

⁸⁶ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto comune, diritti speciali e schizofrenia legislativa*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 392/2019, p. 10.

⁸⁷ Cfr. A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale secondo la più recente giurisprudenza di legittimità*, in Riv. dir. sic. soc., 2017, 1, spec. p. 94.

complesso di tali ristori, senza ulteriori scomposizioni, considererebbero indistintamente le singole voci⁸⁸.

In questa fase, però, il principio della indistinzione delle poste ha riguardato i soli pregiudizi ricompresi nella tutela previdenziale, ferma restando la scomposizione per le voci estranee alla copertura del sistema assicurativo. Pertanto, esclusi tali titoli, riferibili al danno complementare, spettante in via esclusiva al lavoratore, è possibile procedere alla determinazione del danno differenziale quantitativo, detraendo dal valore complessivo degli importi liquidati in ambito civile per il danno biologico e per quello patrimoniale, l'intero importo delle prestazioni erogate dall'assicuratore sociale. I fautori di tale orientamento hanno poi rilevato che, adottando il metodo di computo del danno differenziale per poste omogenee, l'Istituto incontrerebbe evidenti difficoltà nel recuperare la quota di rendita destinata ad indennizzare la riduzione della capacità lavorativa specifica, in molti casi non determinandosi un danno patrimoniale parimenti apprezzabile in termini civilistici⁸⁹.

Così operando, si verificherebbe un indebito arricchimento del lavoratore, al quale verrebbe corrisposto dall'Inail un "maggior danno patrimoniale" non spettante in applicazione dei criteri risarcitori, giungendo al riconoscimento di una somma superiore a quella ottenibile secondo gli ordinari canoni civilistici, in violazione del principio di non locupletazione⁹⁰.

Altri, ancora, hanno sottolineato la "diversità ontologica" tra risarcimento ed indennizzo per giungere alla conclusione che l'unica modalità di confronto tra fattispecie così "eterogenee", con funzioni "profondamente" distinte sia quella di tipo quantitativo, ossia avendo riguardo al loro complessivo ammontare⁹¹, contrariamente a quanti sostengono che proprio tali differenze renderebbero impraticabile questa operazione liquidatoria⁹².

⁸⁸ In tal senso nella giurisprudenza di merito v. *ex multis* T. Bassano del Grappa 7 novembre 2005, n. 59; T. Milano 10 maggio 2005, n. 5298; T. Vicenza 4 gennaio 2007, n. 321; T. Vicenza 4 maggio 2007, n. 80; T. Arezzo 14 marzo 2007, n. 235; T. Pisa 23 gennaio 2008, n. 19; T. Terni 12 giugno 2008, n. 148; T. Siena 2 settembre 2008, n. 414; T. Siena 24 ottobre 2008, n. 541. In quella fase, tale orientamento, dominante nella giurisprudenza di merito chiamata a pronunciarsi dopo la socializzazione del danno biologico, ha ricevuto anche l'avallo della Suprema Corte (Cass. 25 maggio 2004, n. 10035). In senso contrario v. T. Monza 16 giugno 2005, n. 1828; T. Como 12 luglio 2007.

⁸⁹ Cfr. R. VIANELLO, *Principio di adeguatezza*, cit., 869; S. GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 183, spec. p. 192-193, 197-198. In senso contrario R. CASILLO, *I confini tra tutela sociale e rimediale nel calcolo del danno differenziale, biologico e patrimoniale*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, 3, p. 652, spec. p. 662-663,

la quale rileva che la tutela sociale "non risarcisce", ma "attende ad un bisogno" e, pertanto, se il risarcimento vincola al soddisfacimento dei soli danni effettivamente patiti, l'indennizzo previdenziale non è limitato da quel ristoro.

⁹⁰ Cfr. P. SCOGNAMIGLIO, *Il danno differenziale rispetto alla prestazione dell'Inail*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 4, p. 256 ss., spec. 262; A. DE MATTEIS, *Assicurazione infortuni: perché non esiste più la regola dell'esonero*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 2, p. 355 e ss., spec. p. 372; A. LEUZZI, *Indennizzo previdenziale e risarcimento del danno. Profili processuali del danno differenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, p. 855, spec. p. 863; A. VALLEBONA, *Prestazione previdenziale e risarcimento*, cit., p. 268; M. GAMBACCIANI, *Il danno differenziale*, cit., p. 193 e ss., spec. p. 197.

⁹¹ Cfr. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno*, cit., par. 12.

⁹² Cfr. P. TULLINI, *Il danno differenziale*, cit., p. 485 e ss.; R. CASILLO, *I confini tra tutela sociale e rimediale*, cit., p. 662-663,

Tuttavia, questo orientamento ha tenuto fin quando il pregiudizio non patrimoniale è rimasto “frazionato” in distinte “sottocategorie” e, dunque, il calcolo per sommatoria, riguardando solo quanto liquidato per il danno biologico e per quello patrimoniale, non ha compromesso l’integrale ristoro delle voci estranee alla tutela sociale⁹³.

Lo “scenario” muta dopo il novembre 2008⁹⁴, quando la giurisprudenza di merito, per allinearsi ai principi espressi dalla Sezioni Unite, ha iniziato ad applicare il criterio del calcolo per sommatoria senza preservare le poste estranee alla tutela sociale, decurtando dal risarcimento del danno non patrimoniale, considerato in forma unitaria, senza ulteriori scomposizioni, l’importo complessivo dell’intera rendita erogata dall’Inail, finendo per compromettere il diritto al risarcimento integrale⁹⁵.

Per evitare tale compromissione, la Cassazione ha inaugurato un “nuovo corso”⁹⁶, optando per il criterio di calcolo “posta per posta”, da preferire a quello per sommatoria, affermando che dall’ammontare complessivo del danno biologico deve essere sottratto il solo valore capitale della quota di rendita destinata a ristorare tale pregiudizio, escludendo espressamente la detrazione da tale posta di somme erogate per compensare le conseguenze patrimoniali⁹⁷.

La Suprema Corte ha poi ribadito, a più riprese, la necessità che il calcolo del danno differenziale quantitativo avvenga distinguendo il valore capitale della parte di rendita riferita al danno biologico da quella destinata al ristoro delle conseguenze patrimoniali, individuando nel calcolo per poste omogenee l’unico criterio di liquidazione coerente con la logica unitaria del danno non patrimoniale⁹⁸.

In questo scenario si inserisce la pronuncia delle Sezioni Unite del maggio 2018 in materia di *compensatio lucri cum damno* la quale, nel chiarire che l’indennizzo corrisposto dall’Inail va detratto dal credito risarcitorio solo quando siano entrambi destinati a ristorare pregiudizi identici, ha riaperto il dibattito tra quanti sostengono che la loro comparazione debba essere effettuata confrontando voci qualitativamente omogenee e, quanti, invece, ritengono che occorra avere riguardo all’ammontare complessivo dei rispettivi ristori⁹⁹.

⁹³ Cfr. A. ROSSI, *Il calcolo del danno differenziale*, cit., p. 95.

⁹⁴ Cfr. R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, cit., p. 361.

⁹⁵ T. Vicenza 10 febbraio 2009; T. Milano 9 giugno 2009, n. 7515; T. Milano 31 agosto 2010, n. 3562; T. Siena 27 ottobre 2010, n. 554; T. Reggio Emilia 7 marzo 2011, n. 330; T. Piacenza 18 febbraio 2012, n. 102; T. Torre Annunziata 31 ottobre 2017, n. 2243.

⁹⁶ Cfr. S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 292.

⁹⁷ Cass. 26 giugno 2015, n. 13222; Cass. 20 aprile 2016, n. 7774; Cass. 30 agosto 2016, n. 17407.

⁹⁸ Cass. 12 dicembre 2016, n. 25327; Cass. 10 aprile 2017, n. 9166.

⁹⁹ Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12565, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 4, p. 1160, con nota di L. NIVARRA, *Le Sezioni Unite restituiscono un ordine auspicabilmente definitivo al discorso sulla compensatio lucri cum damno*. Secondo parte della dottrina l’arresto giurisprudenziale avrebbe contraddetto il criterio analitico di raffronto per voci distinte, se non altro perché determina un’ingiustificata locupletazione, cfr. G. CORSALINI, A. DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle*

Di lì a poco è intervenuto il legislatore che, in occasione della legge di bilancio per il 2019 (art. 3, comma 1126, l. n. 145/2019), ha modificato i commi 6 e 7 dell' art. 10 t.u., con puntuali innesti normativi, i quali specificavano come il risarcimento del danno calcolato «complessivamente» e per i soli «pregiudizi oggetto di indennizzo», avesse luogo per le somme eccedenti quelle liquidate «complessivamente» dall'Inail, «a qualsiasi titolo ed indistintamente».

Questi innesti normativi, chiaramente adesivi al calcolo per sommatoria, hanno però avuto vita breve, stante il repentino ripensamento del legislatore che, con l'art. 3-sexies, comma 1, d.l. n. 34/2019, convertito dalla l. n. 58/2019, ha abrogato le modifiche introdotte ai commi 6 e 7 dell'art. 10 t.u., con conseguente reviviscenza delle disposizioni nel loro testo previgente. In questo modo si è tornati *allo status quo ante*¹⁰⁰ e, mentre la giurisprudenza di legittimità prende definitivamente le distanze dal metodo di computo per poste complessive, permangono i dubbi di quanti già in precedenza avevano sottolineato il rischio di duplicazioni ed ingiustificate locupletazioni¹⁰¹.

Per tali ragioni, si è fatta strada in dottrina una tesi mediana, basata sul bilanciamento degli interessi in rilievo che, facendo leva sulla successiva riappropriazione giurisprudenziale delle diverse voci descrittive del danno non patrimoniale, ripropone la soluzione che applica il calcolo per sommatoria del danno differenziale, senza però intaccare il risarcimento integrale del danno complementare, scorporando *a priori* le voci escluse dall'indennizzo previdenziale¹⁰².

In evidente risposta a tali censure, nei più recenti sviluppi giurisprudenziali, la Cassazione ha chiarito come i principi statuiti dalle Sezioni Unite nel 2018, in tema di *compensatio lucri cum damno*, conducano a ritenere che la detrazione dell'indennizzo Inail dal credito risarcitorio sia possibile solo quando «l'uno e l'altro siano destinati a ristorare pregiudizi identici», applicando «il criterio per poste identiche e non per poste omogenee»¹⁰³.

Secondo la Suprema Corte, questo implica non solo che si tenga conto della distinzione tra le «due grandi poste» del danno, quella patrimoniale e non patrimoniale, ma che la detrazione

giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 1, spec. p. 165; R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, cit., p. 363.

¹⁰⁰ Cfr. R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, cit., p. 385-6.

¹⁰¹ Cass. 30 gennaio 2019, n. 2550; Cass. 27 maggio 2019, n. 14362; Cass. 4 novembre 2020, n. 24474; Cass. 23 giugno 2021, n. 17967; Cass. 27 settembre 2021, n. 26117; Cass. 13 giugno 2022. Tale orientamento viene richiamato da una parte della giurisprudenza interna all'Ufficio giudiziario presso cui è stata condotta l'attività, v. T. Torre Annunziata 25 novembre 2021, n. 1763; 20 giugno 2022, n. 948; 7 febbraio 2023, n. 209; 14 gennaio 2022, n. 179.

¹⁰² Cfr. S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 2020, p. 494-495; A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano 2020, p. 820; E. GAMBACCIANI, L. LA PECCERELLA, *Il danno differenziale nell'evoluzione del rapporto tra tutela risarcitoria e tutela indennitaria: interventi del legislatore, interpretazioni della giurisprudenza ed esigenza di una soluzione di sistema*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 1, p. 28, spec. p. 41; S. GIUBBONI, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 311-312.

¹⁰³ Cass. 31 ottobre 2023, n. 30293.

dell'indennizzo dal risarcimento avvenga al “netto” delle voci non coperte dalla garanzia assicurativa. La vicenda sembra finalmente giunta ad un epilogo e, nonostante lo sviluppo argomentativo dia l'impressione di un mutamento d'indirizzo, in realtà, il recente arresto, più che traghettare verso inediti criteri, si allinea in sostanza ai propri precedenti, consolidando le acquisizioni giurisprudenziali sul calcolo del danno differenziale, confermando al tempo stesso la perdurante rilevanza del complementare¹⁰⁴.

Valeria Allocca

Ricercatrice dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Già assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

¹⁰⁴ In particolare, il calcolo del danno differenziale deve avvenire distinguendo la quota di indennizzo attinente al danno patrimoniale da quella riferibile al danno biologico da invalidità permanente. Da tale operazione liquidatoria, invece, restano escluse le poste del danno complementare, spettanti in via esclusiva al lavoratore, in quanto non coperte dalla garanzia assicurativa, riguardanti il danno biologico temporaneo e permanente in franchigia, quello morale, la personalizzazione per le compromissioni peculiari e le conseguenze patrimoniali per le inabilità di grado inferiore al sedici per cento.



BENEDETTA DE PAOLA

L'orientamento della Cassazione su inadempimento degli intermediari finanziari e risoluzione dei singoli ordini di investimento: ancora un problema di tutela selettiva?

La Corte di Cassazione ha negli ultimi anni rivisto la ricostruzione che in precedenza era stata fatta, dagli stessi giudici di legittimità a Sezioni Unite nel 2007, delle conseguenze della violazione degli obblighi di comportamento da parte degli intermediari finanziari. Affermando la natura autonoma e contrattuale delle operazioni di investimento, la Corte ammette la possibilità di domandare la risoluzione del singolo investimento. Il lavoro ripercorre in chiave critica le argomentazioni addotte dalle pronunce in esame a sostegno delle proprie conclusioni, fornendo una diversa possibile chiave di lettura.

In recent years the Court of Cassation has revised its previous 2007 framework about the consequences of the violation of the behavioral obligations by financial intermediaries. Stating that investment transactions are autonomous contracts, the Court admits the possibility of cancelling the single order. The present work critically examines the arguments on which the sentences based their conclusions, providing a possible different interpretation.

Sommario: 1. L'orientamento della Cassazione sulla risoluzione degli ordini di borsa - 2. La qualificazione della relazione negoziale tra cliente e intermediario – 3. Il collocamento e la funzione degli obblighi inadempiti – 4. Considerazioni conclusive.

1. L'orientamento della Cassazione sulla risoluzione degli ordini di borsa

La legislazione in materia di servizi di investimento di matrice europea prevede, come noto, a carico degli intermediari, una serie di obblighi informativi, tradizionalmente distinti in attivi e passivi, per cui se da un lato l'intermediario è tenuto a operare in modo che i clienti "siano sempre adeguatamente informati", dall'altro esso deve acquisire dagli stessi "le informazioni necessarie"¹ a fornire il servizio in modo da rispettare gli ulteriori obblighi di comportamento previsti a suo carico, così come specificati dalla normativa di dettaglio.

Gli Stati membri sono stati, però, lasciati liberi di individuare il rimedio più adeguato alla violazione delle norme legislative e regolamentari, al fine di consentire di tenere conto delle specificità del settore e dell'impianto rimediare previsto dai vari ordinamenti nazionali.

A poco più quindici anni dalle pronunce della Cassazione riguardanti le conseguenze della violazione da parte degli intermediari delle regole di comportamento poste a loro carico, che sembravano aver fissato un punto fermo nella riaffermazione della distinzione tra regole di comportamento e di validità, la questione dei rimedi è ancora quantomai attuale, e si concreta nuovamente nella necessità di una scelta tra rimedi meramente risarcitori o invalidatori,

¹ Così all'art. 21 del t.u.f., d. lg. n. 58/1998.

presentandosi non più, però, nelle forme di una contrapposizione tra nullità e mero risarcimento del danno, quanto piuttosto nella rinnovata proposizione di un rimedio caducatorio, quale è quello della risoluzione, riferita non più solo, come nel 2007, al contratto di intermediazione, ma anche alla singola operazione di investimento.

Infatti, parallelamente alla diffusione della prassi della nullità selettiva², anche un'altra è stata, negli anni più recenti, la via percorsa dagli investitori che si assumevano danneggiati, e precisamente quella della risoluzione per inadempimento³, finalizzata però a chiedere lo scioglimento della sola operazione specificamente individuata dall'attore, senza toccare il contratto-quadro.

La Corte di Cassazione ha con varie pronunce avallato tale orientamento, mettendo in luce come si possa giungere ad una risoluzione sia del contratto quadro sia delle varie operazioni compiute, a seconda della collocazione sistematica e temporale, nonché della natura e del contenuto degli obblighi asseritamente violati.

Nonostante, dunque, i giudici di legittimità nel 2007⁴, nel risolvere la discussa questione delle conseguenze della violazione degli obblighi di comportamento a carico degli intermediari, avessero in maniera chiara affermato come alcuni obblighi riguardassero la fase antecedente la conclusione del contratto-quadro, mentre altri si collocassero nella fase attuativa di quest'ultimo, e allo stesso tempo, essendo funzionali alla corretta formazione del consenso da parte dell'investitore, nella fase antecedente rispetto alle singole operazioni di investimento, al contrario, le più recenti pronunce della Cassazione⁵ hanno ritenuto di rivedere quelle posizioni i cui assunti sembravano oramai acquisiti, affermando che il fatto che nelle predette sentenze si facesse riferimento alla sola risoluzione del contratto-quadro non

² Ovvero la prassi consistente nell'impugnazione, pur a fronte della declaratoria dell'intero contratto-quadro, da parte dell'investitore delle sole operazioni rivelatesi infruttuose, lasciando invece in piedi quelle che abbiano avuto un esito positivo. In merito v. la nota n. 28.

³ Sulla risoluzione per inadempimento G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in Scritti in onore di Giuseppe Auletta, II, Milano, 1988; B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto: profili generali*, Napoli, 1973; R. SACCO, *Risoluzione*, in *Digesto*; R. SACCO – G. DE NOVA, *I rimedi sinallagmatici*, in *Il contratto*, ed. IV, Vicenza, 2016, pp. 1583 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 62 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, Tomo II, in *Trattato dei contratti* diretto a P. Rescigno ed E. Gabrielli, pp. 1709 ss.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1454, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 3 ss.; COVIELLO jr., *Risoluzione per inadempimento: retroattività del contratto e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 2 ss.).

⁴ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. Civ.* 2008, 12, 2775, con nota di Febbrajo, *Danno e resp.*, 2008, 525 ss., con note di Roppo e di Bonaccorsi, in *Società*, 2008, 449 ss., con nota di Scognamiglio, in *Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di Sangiovanni.

⁵ Cass. 19 settembre 2022, n. 27378; Cass. 3 novembre 2021, n. 31494; Cass. 31 marzo 2021, n. 8997; Cass. 31 agosto 2020, n. 18122; Cass. 22 maggio 2020, n. 9468; Cass. 4 luglio 2018, n. 17497; Cass. 9 febbraio 2018, n. 3261; Cass. 7 luglio 2017, n. 16861; Cass. 27 aprile 2016, n. 8394; Cass. 18 maggio 2016, n. 10161; Cass. 9 agosto 2016, n. 18820; Cass. 19 maggio 2014, n. 23717; nella giurisprudenza di merito si vedano A. Campobasso, 28 marzo 2022, n. 101; A. Firenze, 24 gennaio 2022, n. 134.

necessariamente significa che esse intendessero negare in radice la possibilità di risolvere anche i singoli ordini⁶.

Più precisamente, per la Corte il contratto quadro è un contratto normativo, le cui prescrizioni si devono intendere automaticamente trasfuse nei contratti che danno vita alle varie operazioni di investimento, queste ultime costituendo distinti ed autonomi contratti, e come tali potendo essere risolti in caso di inosservanza dei doveri informativi nascenti dopo la conclusione del contratto quadro.

Ma il fatto che una violazione posta in essere dall'intermediario possa riferirsi, logicamente e funzionalmente, ad un investimento specifico, non può automaticamente portare ad ammettere, sul piano giuridico e strutturale, che quella violazione possa causare la risoluzione della sola operazione incriminata.

L'ammissibilità della autonoma risolubilità degli ordini di borsa dipende dalla natura non solo negoziale, ma altresì contrattuale, e, più precisamente, di contratto a prestazioni corrispettive, dell'operazione di investimento conclusa, nonché dalla sussistenza di un nesso sinallagmatico tra l'obbligo a carico dell'intermediario che sia rimasto inadempito e la prestazione da parte del cliente delle somme da impiegare per l'investimento, alla cui restituzione in ultima analisi la domanda di risoluzione tende.

2. La qualificazione della relazione negoziale tra cliente e intermediario

Volendosi contestualizzare le affermazioni della Corte, deve in via di premessa ricordarsi come la struttura complessa, a livello temporale e negoziale, del rapporto giuridico tra intermediari finanziari e investitori, rende ragione delle difficoltà applicative delle prescrizioni normative che ad esso si riferiscono. È ben noto, e pertanto qui ci si limita a brevissimi cenni, come il contratto con il quale intermediario e investitore disciplinano la prestazione dei servizi di investimento⁷ sia qualificato da alcuni interpreti come contratto normativo⁸ con il quale le

⁶ Così in particolare Cass. 9 agosto 2016, n. 16820.

⁷ Tale contratto è analiticamente disciplinato, nel suo contenuto, per il caso in cui sia stipulato con un cliente al dettaglio, dall'art. 37 del c.d. Regolamento Intermediari, adottato dalla Consob con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018. L'art. 37 del predetto regolamento disciplina nello specifico il contratto relativo alla gestione di portafogli e l'art. 166 quello di consulenza in materia di investimenti.

⁸ D. PACE, *Gli ordini di borsa tra forma e mera archiviazione*, in *Banca borsa*, 2010, II, p. 118, per cui esso ha la "funzione di disciplinare, conformemente alle norme di legge e regolamentari, i futuri rapporti contrattuali tra intermediario e cliente che si svilupperanno in occasione della prestazione, da parte del primo, dei servizi di investimento richiesti"; G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 6, 2017; seppur non parla espressamente di contratto normativo, ritiene che configuri un "contratto cornice" con cui le parti programmano future e non ancora definite operazioni contrattuali di investimento, A. LUMINOSO, *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1422; B. INZITARI - V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, p. 13; A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi d'investimento*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1119 ss.; ID., *"Servizio" e "contratto" nel rapporto fra intermediario e cliente*, in *I contratti del mercato finanziario*, in Trattato dei contratti a cura di R. Lener ed E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 201, il quale però allo stesso tempo trova utile un richiamo al contratto di mandato come "archetipo" di riferimento

parti programmano le future, eventuali e plurime operazioni contrattuali che tra di esse avranno luogo, da altri come contratto di mandato⁹, il quale dà luogo ad un'attività di cooperazione gestoria dell'intermediario, tenuto a perseguire l'interesse del cliente, nel contesto di un intenso affidamento di quest'ultimo nelle sue qualifiche professionali.

In conseguenza della ricostruzione del contratto in oggetto quale contratto normativo, dovrebbe ritenersi che esso non sia l'unico contratto concluso tra intermediario e cliente, ma che ad esso anzi seguano altri contratti, volti a concludere le varie operazioni di investimento¹⁰. Gli ordini del cliente configurerebbero delle proposte contrattuali, suscettibili di accettazione o meno da parte dell'intermediario, come tali idonei a dare a vita ad altrettante autonome fattispecie negoziali, o meglio contrattuali. Più precisamente, nel caso di negoziazione in contropartita diretta, l'ordine configurerebbe una proposta di acquisto¹¹, che l'intermediario potrà accettare ex art. 1337 c.c. eseguendolo e trasferendo al cliente gli strumenti finanziari richiesti che siano in suo possesso, mentre, nel caso di negoziazione per conto del cliente, dovendo l'intermediario procurare altrove i valori oggetto dell'ordine, quest'ultimo configurerà una proposta di mandato ad acquistare, che potrà perfezionarsi, del pari, con l'esecuzione dell'incarico da parte del soggetto abilitato, costituendo quindi la base

del rapporto di cooperazione fra due soggetti"; A. MASI, *Il rimedio risolutorio nel contesto della prestazione di servizi di investimento*, in *Giur. Comm.*, 4, 2022, p. 91, nota a Cass., 31 marzo 2021, n.8997; V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss., il quale afferma che il contratto di investimento regola la prestazione dei servizi da parte dell'intermediario e che gli ordini costituiscono autonomi contratti di compravendita di strumenti finanziari; F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009, p. 42 ss.; C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, 1, p. 313.

⁹ A favore di una qualificazione del contratto-quadro in termini di mandato si collocano F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite*, in *Contr. e impr.*, 2008, I; D. MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in cui l'A. afferma che "siamo in presenza della causa gestoria e quindi del dovere sostanziale di cura dell'interesse"; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 445; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contrattuale "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano 1996, 175; F. GALGANO e N. ZORZI GALGANO, *Tipologia dei contratti fra intermediario e risparmiatore*, in AA. VV., *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, in *Trattato dir. comm. dir. pubbl. ec.*, XLIII, Padova, 2006, p. 66; E. BIVONA, *Violazione degli obblighi informativi dell'intermediario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 2, 212 ss.

In giurisprudenza, nell'ambito della celebre decisione riguardante la questione delle conseguenze discendenti dalla violazione delle regole di condotta gravanti sugli intermediari, v. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 cit.; i giudici di legittimità affermano a proposito del contratto-quadro che esso "per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato"; nella giurisprudenza di merito in particolare T. Rovereto, 18 gennaio 2006, in *Contr. impr.*, 2006, 578.

¹⁰ I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2010, p. 161, sottolinea come nella maggioranza dei casi il contratto-quadro "non "contiene l'accettazione incondizionata dell'incarico gestorio ricevuto", ma anzi è solo con il successivo ordine che il cliente rende "attuale e concreto l'impegno generico assunto" con l'accordo iniziale. Gli ordini configurano allora proposte contrattuali, suscettibili di accettazione o meno da parte dell'intermediario, e idonei a dare a vita ad altrettante autonome fattispecie negoziali.

¹¹ Cfr. R. BENCINI, *Ordine di investimento: il rimedio della risoluzione per inadempimento*, in *Il corriere del merito*, 11, 2012, p. 1011; F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori, o.c.*, 2009, p. 58; M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, cit., p. 485.

di legittimazione a porre in essere contratti di scambio con terzi per conto e nell'interesse dell'investitore.

È proprio, dunque, dalla qualificazione del contratto quadro come contratto normativo che le pronunce in esame hanno inteso far discendere la risolubilità dei singoli ordini¹², laddove invece il precedente orientamento era incline a considerarlo assimilabile a quello di mandato. Tuttavia, tale qualificazione viene considerata da più parti inadeguata a cogliere l'essenza del contratto che deve essere stipulato prima della prestazione dei servizi da parte del soggetto abilitato e dall'investitore che ad esso si rivolga. Con il contratto normativo le parti intendono disciplinare futuri contratti che esse non sono comunque obbligate a concludere, laddove dal contratto di intermediazione discendono obblighi e diritti per entrambe le parti sin dalla sua stipulazione. Il cliente deve pagare oneri e commissioni; l'intermediario, qualora il cliente effettui un ordine di investimento, è, ferma restando l'esigenza di effettuare le valutazioni di legge, tenuto ad eseguirlo.

Tutt'altro quadro sistematico, invece, discende dalla configurazione del contratto-quadro quale contratto di natura gestoria, gli ordini di investimento configurandosi quali istruzioni mediante le quali il cliente determina i confini della cooperazione richiesta all'intermediario e delimita il contenuto dell'incarico¹³, indicandogli, seppur sempre nella cornice di affidamento che caratterizza il rapporto tra i due soggetti, quali siano gli investimenti che intende effettuare.

Conseguentemente, non si potrebbe convenire con la teoria per cui l'ordine configura una proposta contrattuale (di mandato ad acquistare nella negoziazione per conto del cliente, di compravendita nella negoziazione in contropartita diretta), in quanto esso va ricostruito come un autonomo segmento della sequenza negoziale intercorrente tra i due soggetti coinvolti, avente natura di atto (esecutivo) unilaterale, cui segue il compimento dell'operazione¹⁴.

A seguito della conclusione del contratto-quadro e della manifestazione di un ordine di investimento (autonomamente impartito in caso di servizio esecutivo, oppure conseguente ad un servizio di consulenza, la sostanza non cambia¹⁵) l'intermediario potrà eseguire l'ordine principalmente secondo due modalità e cioè, nel servizio di negoziazione per conto proprio¹⁶,

¹² Cass. 9 agosto 2016, n. 16820.

¹³ Al contrario, ritengono che i vari ordini costituiscano a loro volta proposte di mandato ad acquistare V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento* cit.; A. M. CAROZZI, *Regole di condotta degli intermediari e rimedi civilistici*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 697; C. CASTRONOVO, *Il diritto della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare* cit.; in giurisprudenza Cass. civ. 29 settembre 2005, n. 19024; T. Milano, 25 luglio 2005; T. Genova 18 aprile 2005, in *Danno resp.*, 2005, p. 604; T. Cagliari 11 gennaio 2006 in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1418, con nota di A. Luminoso.

¹⁴ Ritene invece che l'ordine assuma una differente connotazione a seconda della tipologia di servizio che è in concreto prestato dall'intermediario G. AFFERNI, *Sulla risoluzione dei singoli ordini di investimento*, nota a Cass. civ. 23 maggio 2017, n. 12937, in *Le Società*, 5, 2018, p. 620; così anche A. LUMINOSO, *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario* cit.

¹⁵ Come riconosciuto da G. AFFERNI, *Sulla risoluzione dei singoli ordini di investimento* cit.

¹⁶ L'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta, ex art. 1 comma 5-bis d. lgs. n. 58/1998.

trasmettendo direttamente al cliente gli strumenti finanziari che esso già detenga nel proprio patrimonio¹⁷, nel servizio di esecuzione di ordini per conto dei clienti¹⁸, concludendo un contratto di compravendita con un terzo soggetto, per procurare gli strumenti finanziari da trasferire al portafogli del cliente. In quest'ultimo caso, così come nel caso di sottoscrizione degli strumenti presso l'emittente nell'ambito di un accordo con lo stesso (nel servizio di assunzione o collocamento a fermo sulla base di un impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente¹⁹), si ha un rapporto contrattuale tra l'intermediario e il soggetto terzo emittente/venditore degli strumenti, non già tra l'intermediario e l'investitore, il quale ultimo beneficerà solo dell'acquisto al suo patrimonio degli strumenti finanziari procuratigli dall'intermediario mediante la provvista fornitagli, qualificabile, dunque, come "mezzo necessario per l'esecuzione del mandato" alla stregua dell'art. 1719 c.c.

Ciò che sarà inquadrabile come contratto sinallagmatico è, dunque, solo l'eventuale contratto concluso dall'intermediario con il terzo dante causa nel prestare il servizio. Così come l'unico contratto concluso tra cliente e intermediario rimane quello di intermediazione di cui all'art. 23 t.u.f. ed è solo su di esso e sulle istruzioni impartite dal cliente che si riflettono le violazioni poste in essere dagli intermediari, non sui successivi contratti stipulati con il terzo.

3. Il collocamento e la funzione degli obblighi inadempiti

Tutto ciò sopra ricordato, è evidente che se si aderisce all'impostazione per la quale, in conseguenza dell'inquadramento del contratto di investimento entro la tipologia del mandato, gli ordini di borsa non hanno natura negoziale, è automatica conseguenza che essi non siano qualificabili come contratti, per di più come contratti sinallagmatici. Ma anche laddove si aderisca alla teoria che vede nel predetto schema negoziale un contratto normativo e che individua nelle successive operazioni di investimento altrettanti contratti intercorrenti tra l'investitore e l'intermediario (come detto, di mandato ad acquistare o di compravendita di strumenti finanziari), l'ammissibilità della possibilità di risolvere il singolo investimento non è pacifica.

A ben vedere, l'argomento decisivo nel ragionamento che si conduce non è tanto affermare in via definitiva quale natura precisamente abbiano il contratto di investimento e le varie

¹⁷ Non si condivide la ricostruzione di chi, come G. BOMBAGLIO, *Contratto e postcontratto: repetita et nova in tema di obblighi informativi dell'intermediario finanziario*, in *Contratti*, 4, 2018, p. 437, configura un contratto con sé stesso, cioè concluso dal mandatario in proprio quale venditore degli strumenti, e per conto del cliente quale acquirente degli stessi. Piuttosto, laddove il mandatario abbia nel proprio patrimonio gli strumenti richiesti dal cliente, si concretizza come detto un negozio attuativo del mandato e dell'ordine del cliente, alla stregua di un pagamento traslativo unilaterale, in quanto atto di adempimento di un obbligo preesistente e avente fonte in un precedente rapporto tra le medesime parti.

¹⁸ Ovvero "la conclusione di accordi di acquisto o di vendita di uno o più strumenti finanziari per conto dei clienti, compresa la conclusione di accordi per la sottoscrizione o la compravendita di strumenti finanziari emessi da un'impresa di investimento o da una banca al momento della loro emissione", ex art. 1 comma 7-septies d. lgs. n. 58/1998.

¹⁹ Art. 1 comma 5, lett. c) del d. lgs. n. 58/1998.

conseguenti operazioni, quanto piuttosto capire, al fine di ammettere la risoluzione degli ordini in un'ottica che si ripresenta come selettiva, quale sia, se vi sia, la controprestazione che si ponga in un rapporto sinallagmatico con il corrispettivo obbligo inadempito dall'intermediario, e, quindi, se l'inadempimento di quest'ultimo si possa, nella prospettiva della risoluzione, riflettere sull'ordine e sul negozio che concretizza l'operazione economica. La risposta apparirà dover essere negativa, stanti le brevi ma, si spera, chiare considerazioni che seguono.

Il primario ostacolo all'accoglimento della teoria della risoluzione dei singoli ordini consiste, infatti, nella collocazione temporale e nell'inquadramento funzionale degli obblighi il cui inadempimento dovrebbe giustificare la risoluzione delle operazioni di volta in volta individuate dal cliente. Ovvero, la fondamentale, se non unica, argomentazione posta a base delle decisioni in esame è quella consistente nell'affermazione per la quale vi sono obblighi informativi che non precedono l'investimento, ma che lo seguono, andando a influire sul sinallagma funzionale che sarebbe instaurato tra l'obbligo informativo stesso e il trasferimento della somma da parte del cliente. La Corte però afferma che "la normativa prevede una serie di informazioni che, invece, vanno comunicate successivamente alla conclusione del contratto quadro e, specificamente, in tempo utile *prima* della prestazione dei servizi di investimento o accessori, la cui violazione assume potenzialmente rilievo rispetto alle singole operazioni", riconoscendo cioè come anche gli obblighi informativi, seppur successivi alla stipula del contratto di investimento, siano funzionali e quindi precedenti alla concreta prestazione dei servizi, non argomentando chiaramente come essi, possano invece inerire alla fase esecutiva dell'operazione²⁰.

Gli obblighi di informazione sono funzionali al corretto compimento della specifica operazione e, pertanto, è *in re ipsa* che siano alla stessa precedenti, non successivi²¹, ciò essendo vero sia che si ricostruisca il contratto quadro come contratto normativo, sia che lo si consideri come mandato²².

²⁰ Leggermente oscuro, e soprattutto poco pregnante poi ai fini di argomentare l'attinenza degli obblighi in questione alla fase esecutiva dell'operazione, il riferimento di Cass. 23 maggio 2017, n. 12937 ad un "ponte endocontrattuale", così come ad una "cinghia di trasmissione" tra contratto di investimento e singoli investimenti.

²¹ In tal senso si veda tra gli altri E. BIVONA, *Violazione degli obblighi informativi dell'intermediario* cit.

²² Infatti V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore* cit., qualifica il contratto di investimento quale contratto che "programma" le singole operazioni, ma in ogni caso riconosce che gli obblighi informativi discendono dallo stesso e non dalle singole operazioni, per cui la loro violazione deve dar luogo a risoluzione del contratto quadro e solo eventualmente, a cascata, a quelle dei singoli acquisti dei titoli, cioè "per una pronuncia del genere, invero, sembrano mancare i presupposti elementari: il contratto di acquisto genera a carico della banca impegni traslativi, e non obblighi informativi, i quali rispetto ad esso sono «precontrattuali» proprio perché esistono prima del contratto medesimo essendo funzionali alla sua soddisfacente conclusione; e non si può risolvere un contratto per violazione di obblighi che non nascono dal contratto risolvendo". Lo sottolinea correttamente A. MASI, *Il rimedio risolutivo nel contesto della prestazione di servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 4, 2022, p. 912, per la quale "lo svolgimento effettivo del servizio prestato si realizza solo in seguito al conferimento degli ordini di investimento e alla loro esecuzione, che rivestono pertanto una centralità assoluta nel rapporto"; così come emerge

Al contrario, intanto può assumersi che sia stato alterato il sinallagma funzionale in quanto l'obbligazione violata sia di natura contrattuale, cioè discenda specificamente dal contenuto pattuito nel regolamento negoziale di cui si chiede la risoluzione, e, più precisamente, sia attinente alla fase esecutiva dello stesso, ponendosi in correlazione rispetto all'obbligazione dell'altro contraente non inadempiente. Ma non è dato rinvenire alcuna sinallagmaticità tra l'obbligazione inadempita dall'intermediario e la corresponsione da parte del cliente del denaro necessario all'investimento, alla cui restituzione la domanda di risoluzione dell'ordine in ultima analisi tende, in quanto le somme fornite da quest'ultimo costituiscono i mezzi necessari per l'esecuzione da parte del prestatore del servizio dell'incarico affidatogli.

Inoltre, è stato affermato²³ come "in assenza di un consenso informato dell'interessato, il sinallagma del singolo negozio non trova difatti piena attuazione, con conseguente risoluzione per inadempimento del medesimo", che "solo a fronte di un'adeguata informazione può ritenersi che il cliente abbia consapevolmente individuato, in relazione alle proprie esigenze, lo strumento nel quale investire"²⁴ e che quella degli ordini è la fase essenziale e realmente decisionale, frutto di un lungo "iter decisionale"²⁵. Viene, quindi, più volte messo in luce dalle pronunce in esame come la funzione degli obblighi inadempiti sia quella di permettere all'investitore di formarsi un consapevole convincimento al termine di un iter decisionale il cui frutto è rappresentato dall'ordine di investimento. Anche dalla ricostruzione della Corte emerge, dunque, come l'obbligazione dell'intermediario non sia posta in correlazione con uno specifico e sinallagmatico obbligo dell'investitore, ma sia propedeutica all'adozione della decisione di investimento che concretizza il contenuto economico del rapporto, e dunque che essa attenga alla fase preparatoria dell'ordine, ed esecutiva del solo contratto di intermediazione.

Oltre quello della natura giuridica degli ordini di borsa, dunque, il piano rilevante, in una ben nota dialettica tra questioni strutturali e teleologiche, è quello funzionale, che spesso da solo è valso a risolvere problematiche applicative di fondamentale rilevanza discendenti dalla normativa dei servizi di investimento, orientando in maniera decisiva i ragionamenti dei giudici

anche dal pensiero di M. MAGGIOLO, *Tutela restitutoria e tutela risarcitoria nella prestazione di servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 3, 2010, p. 496, per cui "la violazione commessa prima del conferimento del singolo ordine di acquisto non può infatti essere considerata inadempimento del rapporto negoziale, comunque lo si voglia intendere, rappresentato dall'ordine stesso"; v. anche A. BERTOLINI, *Risparmio tradito: una riflessione tra teoria generale del contratto e disciplina dei mercati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 352.

²³ Cass. 31 marzo 2021, n. 8997; così anche Cass. 7 luglio 2017, n. 16861.

²⁴ Cass. 27 aprile 2016, n. 8394; in termini analoghi Cass. 7 luglio 2017, n. 16861, per la quale "l'obbligo informativo assume rilievo determinante, essendo diretto ad assicurare scelte di investimento realmente consapevoli".

²⁵ Cass. 23 maggio 2017, n. 12937.

di legittimità specialmente in materia di contratto monofirma²⁶ e di esercizio selettivo dell'azione di nullità²⁷.

Neanche tale ambito della risoluzione va esente da considerazioni di tipo funzionale, dovendocisi però anche in tale caso domandare fino a che punto un argomento di tipo teleologico, quale è quello della finalità protettiva dell'investitore, sia idoneo a giustificare in una differente ricostruzione della vicenda negoziale e rimediale.

²⁶ Al riguardo, si rinvia alla dottrina precedente alla pronuncia delle Sezioni Unite in tema, a G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e «forma informativa» nei contratti del mercato finanziario* cit.; A. TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento* cit.; D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, Giuffrè, 2010. Le Sezioni Unite in seguito dell'ordinanza di rimessione del 27 aprile 2017, n. 10447, si sono pronunciate con sentenza del 16 gennaio 2018 n. 898, quindi con le sentenze nn. 1200 e 1021 del 18 gennaio 2018 e n. 1653 del 23 gennaio 2018; n. 18838 del 16 luglio 2018; n. 121750 del 27 gennaio 2019; per i commenti successivi si vedano, quindi A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare, il «balletto» delle forme*, in *Giur. It.*, 2018, 3, p. 569; S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 TUF*, in *Contratti*, 2018, 2, p. 143; A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle sezioni unite: oltre il contratto «monofirma»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 5, p. 658; R. NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Società*, 2018, 4, p. 485; G. LA ROCCA, *«Interessi contrapposti» e «conseguenze opportunistiche» nella sentenza delle Sezioni unite sulla sottoscrizione del contratto*, in *Foro it.*, 2018, 4, *La Tribuna*, I, c. 1289; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. Giur.*, 2020, 1, p. 5; si veda anche ID., *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 1, p. 176; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23. TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 1, p. 26; D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 1, p. 160; A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, in *Giur. Comm.*, 2020, p. 142.

²⁷ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Contratti*, 2020, 1, p. 11, con nota di Pagliantini, in *Corr. Giur.*, 2020, 1, p. 5, con nota di C. SCOGNAMIGLIO.

Per la dottrina espressasi sull'uso selettivo della nullità, prima della sentenza in discussione si veda D. SEMEGHINI, o.c.; A. TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, cit.; A. PERRONE, *Regole di comportamento e tutela degli investitori. Less is more*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 5, p. 537; G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 3, p. 283; ID., *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 5, p. 612; in sede di commento all'ordinanza di rimessione Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la «particolare importanza» di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti* e M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite*, entrambi in *Corr. Giur.*, 2019, 2, pp. 173 e 177; per i commenti alla sentenza in esame, si veda A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, cit.; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e «le nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, Editoriale del 4 dicembre 2019 su *dirittobancario.it*; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del «di protezione»)*, in *Contratti*, 2020, 1, p. 18; dello stesso Autore, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 1, p. 169; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede* cit., nonché ID., *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, cit.; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23. TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente*, cit.; D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna* cit.; più ampiamente, C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 119 ss.; sia altresì consentito il rinvio a B. DE PAOLA, *La nullità selettiva nel contesto dell'intermediazione finanziaria. Tra statuto generale delle nullità di protezione e fattispecie gestoria*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2021, p. 447.

Forzare gli obblighi informativi inadempiti entro la fase esecutiva del singolo ordine così da giustificare il rimedio della risoluzione delle singole operazioni di investimento, è un'operazione ermeneutica che non trova sufficiente fondamento nel potere creativo-interpretativo del giudice, il quale si trova pur sempre dinanzi al dato letterale da un lato, e alla *ratio* dell'impianto normativo dall'altro.

La Corte richiama, a fondamento delle sue statuizioni, anche l'art. 34 reg. Consob n. 16190/2007, il quale si sarebbe espresso sulla tempistica degli obblighi che qui rilevano, disposizione che però del pari non sembra possa supportare la tesi dei giudici di legittimità, in quanto esso afferma che le varie obbligazioni a carattere informativo cui è tenuto l'intermediario vanno eseguite in tempo utile 'prima' della prestazione dei servizi di investimento".

Considerando l'attuale disciplina regolamentare dettata dal Regolamento Consob n. 20307 del 2018, viene in evidenza, poi, l'art. 41 che, disciplinando la valutazione di adeguatezza nell'ambito del servizio di consulenza, prevede che gli intermediari forniscano ai clienti *retail* "una dichiarazione di adeguatezza che specifichi la consulenza prestata e indichi perché corrisponda alle preferenze, agli obiettivi e alle altre caratteristiche del cliente", tutto ciò "prima che la transazione sia effettuata".

Insomma, anche il dato normativo e regolamentare ci conforta sul fatto che il collegamento logico e temporale tra la trasmissione dell'informazione, l'adozione di una decisione informata e consapevole e l'esecuzione di quella decisione, non è stato stravolto come la Cassazione vorrebbe, e che intanto un dovere informativo ha senso in quanto sia precedente alla formazione della volontà, essendo funzionale a fornire gli elementi ed i dati sulla cui base la scelta deve essere compiuta. Ciò emerge, invero, anche dall'ulteriore elemento argomentativo che si rinviene nelle pronunce della Cassazione, laddove affermano che, dovendo la risoluzione del singolo ordine deve fare in ogni caso i conti con il presupposto codicistico della non scarsa importanza, questa vada valutata in relazione all'operazione specifica. Si dovrebbe allora, come da alcuni ipotizzato, con un giudizio *ex post*, indagare se l'investitore, ottenendo le adeguate e dovute informazioni prima dell'investimento, avrebbe effettuato ugualmente quella scelta²⁸, e se cioè la violazione perpetrata dall'intermediario abbia effettivamente impedito al cliente di elaborare ad una decisione consapevole. Ma è la stessa prospettazione di un tale criterio a rendere evidente che la violazione in esame attiene al profilo precontrattuale, e pone, semmai, problemi di vizi genetici nella formazione del consenso, secondo ragionamenti che però non è possibile condurre in tal sede.

D'altro canto, la Corte riconosce che la risolubilità dei singoli ordini non può discendere dalla natura di protezione della disciplina in esame, ma poi sostiene che se non la si ammettesse si

²⁸ Ipotizza tale criterio A. MASI, *Il rimedio risolutorio* cit.

farebbe perdere all'investitore l'utilità che pur il rapporto gli abbia arrecato²⁹. Ma allora, si sta, come anticipato, parlando nuovamente di un problema di tutela di tipo selettivo.

4. Considerazioni conclusive

I giudici, nel consentire la risoluzione delle singole operazioni secondo i ragionamenti che si è sovra illustrato e sottoposto ad analisi critica, hanno nuovamente orientato la disciplina civilistica propria dei contratti e delle obbligazioni alle specifiche esigenze di tutela dell'investitore, senza preoccuparsi delle conseguenze che ciò può avere da un lato sulla funzionalità del mercato, dall'altro sulla coerenza del sistema delle impugnative negoziali, laddove è invece necessario indagare quale sia il rimedio che precisamente attenga, quanto a presupposti, all'atto interessato³⁰.

Nel processo di interpretazione giuridica e di applicazione della normativa, l'interprete e quindi in primo luogo il giudice, è tenuto ad un'opera di concretizzazione della disciplina, la quale avviene in primis, appunto, mediante l'individuazione del rimedio adatto alla violazione di cui trattasi, a volte dando luogo a soluzioni *lato sensu* di compromesso, dovendosi tenere conto non solo della debolezza dell'investitore alla cui tutela la disciplina tende, ma anche dell'esigenza di non traslare totalmente sull'intermediario i costi delle operazioni e i rischi intrinseci alle stesse, come invece avviene quando a rendersi autori di comportamenti opportunistici siano non i soggetti abilitati, ma gli investitori stessi.

In tal modo, si deve cercare di distribuire correttamente tra cliente e intermediario i rischi connessi alla natura delle operazioni di investimento, collegati sistemicamente al mercato e alle caratteristiche degli strumenti in cui si è scelto di investire, e quelli legati a possibili comportamenti opportunistici tanto degli intermediari, che la predetta scelta del cliente possono inficiare e alterare, quanto dei clienti stessi, che potrebbero mirare a traslare sui soggetti abilitati le conseguenze economiche negative delle loro decisioni, correttamente assunte, seppur poi rivelatesi infelici.

Laddove una coerenza va rispettata anche in relazione a differenti aspetti di un medesimo impianto normativo, non si può, affermata in più occasioni la funzione informativa in collegamento alla formazione del consenso degli obblighi di comportamento degli intermediari, pretendere invece poi di riferirli alla fase esecutiva dell'investimento, al fine di giustificare la risoluzione selettiva.

Volendosi, in conclusione, tentare di rinvenire i motivi per i quali la Suprema Corte abbia ritenuto di operare un deciso *revirement* rispetto ai precedenti e faticati approdi giurisprudenziali di cui si è detto, questi possono essere rinvenuti in una doppia tendenza.

²⁹ Cass. civ. 23 maggio 2017, n. 12937 cit.

³⁰ Evidenziava energicamente una confusa applicazione dei rimedi V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento* cit.

In primo luogo, emerge l'intento di optare per un rimedio invalidatorio, una tendenza rafforzatasi in un periodo, quale era quello dei primi anni del Millennio, caratterizzato da una particolare sfiducia nel mercato causata da tracolli finanziari e dai deficit informativi in danno dei risparmiatori, e ripresentatosi in tempi più recenti di crisi bancarie; rimedio invalidatorio, inizialmente individuato nella nullità, il quale consenta all'investitore di recuperare automaticamente, in virtù del meccanismo restitutorio, le somme profuse nell'operazione rivelatasi infruttuosa. L'automaticità degli obblighi restitutori nascenti dalla decisione del giudice che pronuncia l'invalidità del contratto di investimento, infatti, solleva il giudicante e, sotto il profilo dell'onere probatorio, l'attore danneggiato, dall'accertamento della consistenza del danno patrimoniale da quest'ultimo subito, e della sua diretta derivazione dalla condotta inadempiente dell'intermediario finanziario, senza dimenticare che non impone la valutazione dell'eventuale concorso di colpa dell'investitore il quale, avvedutosi dell'andamento negativo del titolo, non se ne sia liberato in tempo utile a, quantomeno, contenere le perdite.

In secondo luogo, in un'ottica sempre di tutela dell'investitore, come si è ammessa la pratica della nullità selettiva, così si è consentito di impugnare con la domanda di risoluzione le sole operazioni rispetto alle quali avesse avuto influenza l'inadempimento dell'intermediario, al fine di evitare che il cliente, per far valere il comportamento illecito del soggetto abilitato, fosse costretto, domandando la nullità o la risoluzione del contratto-quadro, a causare la caducazione di tutte le operazioni effettuate nella cornice di quest'ultimo.

In realtà, i giudici potrebbero essersi resi conto che conseguenza di un rimedio caducatorio, nullità o risoluzione che sia, non potrebbe essere che quella del venir meno di tutti gli atti che trovano giustificazione nel contratto dichiarato nullo o risolto. Da qui, il riconoscimento della possibilità per l'investitore di operare una selezione delle operazioni da impugnare, possibilità riconosciuta in materia di nullità mediante l'ammissione della pratica di vera e propria *selezione* degli investimenti, in materia di risoluzione mediante il riconoscimento della risolubilità dei singoli ordini.

In realtà, l'esito sostanziale derivante dalla risoluzione del contratto di intermediazione è differente laddove si tenga in debito conto che si tratta di un contratto di durata, cui si applica allora l'art. 1458 c.c. il quale esclude per tali contratti la retroattività, anche tra le parti, della risoluzione. Non conseguirebbe pertanto, a quest'ultima, alcun effetto caducatorio né restitutorio, non solo relativamente alle operazioni *già eseguite*, ma neanche in riferimento a quelle oggetto del giudizio e di inadempimento. Come, infatti, si è avvertito sin dall'inizio, non è possibile rinvenire alcuna corrispettività tra l'obbligo di informazione inadempito e la corresponsione delle somme da investire da parte del cliente. Il primo discende dal contratto-quadro e precede l'operazione di investimento, alla quale è funzionale e propedeutico; la seconda concreta l'adempimento dell'obbligo di corrispondere al gestore i mezzi necessari al

compimento dell'attività specificata con l'ordine³¹. Le stesse motivazioni che dovrebbero portare a escludere la possibilità di risolvere il singolo ordine, dunque, porterebbero anche alla conclusione che, quando sia risolto il contratto-quadro, non potendosi individuare quella "coppia di prestazioni rimaste inadempite" che sarebbero le uniche a poter essere caducate in occasione della risoluzione di un contratto di durata, non sorga alcuna obbligazione restitutoria, rimanendo spazio per il solo rimedio risarcitorio.

Ciò che ultimamente da più parti sembra, invece, sfuggire è come non sia sempre possibile ragionare in un'ottica prettamente contrattuale³², men che meno di sinallagmaticità. La corrispettività è rinvenibile, al più, solo tra l'attività di *facere* dell'intermediario e la commissione pagata dal cliente, ma non tra l'obbligo di informazione e la somministrazione della provvista per l'esecuzione dell'operazione; le attribuzioni patrimoniali intercorrenti tra le due parti aventi ad oggetto le somme investite e gli strumenti finanziari, trovano la loro giustificazione formale non in uno scambio ma nella causa gestoria³³.

Il contratto di investimento non esaurisce i suoi effetti in una logica di scambio tra controprestazioni, ma è destinato a operare nel tempo disciplinando lo svolgimento di una precisa *attività* e dettando le regole che in detto svolgimento dovranno essere osservate, come dimostra anche l'attenzione rivolta alle procedure interne di organizzazione³⁴, senza che si possa individuare una correlazione di precisa sinallagmaticità tra le prestazioni poste a

³¹ Cfr. con A. LUMINOSO, *Mandato* cit., p. 147, il quale evidenzia come non rientri in alcun nesso di corrispettività gli spostamenti patrimoniali dal mandatario al mandante aventi ad oggetto i beni costituenti i risultati dell'attività gestoria. Gli acquisti del mandatario hanno un carattere strumentale rispetto al programma negoziale formulato.

³² È quanto rilevava P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Volume I, Torino, 2012, p. 64-65, in relazione al diritto d'impresa e nello specifico al diritto finanziario, per cui non si dovrebbe apoditticamente le previsioni di diritto privato all'impresa, rilevando cioè, a seguito in particolare della ricomprensione del sistema commercialistico nel Codice civile, "la tendenza a privatizzare tal sistema, a tentare, ma sovente acriticamente, di applicare, alla disciplina commercialistica schemi, istituti, discipline privatistiche", e riferisce questa tendenza anche alla giurisprudenza, p. 214.

³³ In questi termini, relativamente al mandato, A. LUMINOSO, *Mandato* cit., p. 150, affermando che è la stessa causa gestoria in sé considerata a sottrarsi "ad una possibile classificazione in termini sia di commutatività che di liberalità".

³⁴ L'adozione di idonee misure organizzative da parte degli intermediari risulta cioè momento fondamentale non solo nell'ambito della loro organizzazione interna, e quindi alla luce dell'attività di vigilanza delle autorità pubbliche, ma anche nell'ambito del giudizio di corretto adempimento degli obblighi di condotta su di essi gravanti. Nel valutare l'esatto adempimento delle prestazioni dovute nei confronti dei clienti cioè il fattore organizzativo potrà essere preso in considerazione da parte dell'autorità giudiziaria come elemento costitutivo della prestazione stessa. Per tali considerazioni v. A. TUCCI, *Profili del contratto nell'investimento finanziario*, in *Riv. dir. comm.*, II, 2016, 347. Per l'A. l'idoneità dell'organizzazione interna a fornire un servizio adatto all'investitore non costituisce meramente un elemento rilevante sotto il profilo della sana e prudente gestione dell'impresa, quindi in una dimensione pubblicistica, ma è una "componente non secondaria" della prestazione a carico dell'intermediario, come tale sindacabile in sede giudiziaria ai fini del giudizio di esatto adempimento. In tema si veda inoltre v. A. PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1, 2015, 31; G. BERTI DE MARINIS, *Regolamentazione del mercato e principio di trasparenza*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2016, 0991B; B. INZITARI, *Sanzioni Consob per l'attività in derivati: organizzazione, procedure e controlli quali parametri della nuova diligenza professionale e profili di ammissibilità delle cd. rimodulazioni*, in *Giur. it.*, 2009, 1704, nota ad A. Milano 13 novembre 2008.

carico di ambedue le parti. E, d'altro canto, il fatto che il contratto di intermediazione detti la cornice per le future operazioni non significa che tutte le vicende che lo riguardino debbano influenzare tutto il successivo rapporto che intercorra tra cliente e intermediario.

Benedetta De Paola

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”



LORENZO MARICONDA

Sulla rilevanza del provvedimento della Banca d'Italia in tema di fideiussioni *omnibus* su schema ABI: da prova privilegiata a *probatio diabolica*?

Il contributo si sofferma sulle fideiussioni *omnibus* redatte in conformità allo schema ABI e, in particolare, sulla ripartizione dell'onere probatorio in ambito processuale quando le suddette garanzie siano state concluse in un momento successivo al Provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia.

The paper focuses on *omnibus* guarantee agreement drafted in accordance with the ABI model and, in particular, on the burden of proof when the said guarantees has been concluded after Bank of Italy Provision No. 55/2005.

Sommario: 1. La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi antitrust: impostazione del problema – 2. La nozione di prova «privilegiata» nella giurisprudenza di legittimità – 3. La natura vincolante del provvedimento AGCM dopo l'introduzione del d.lgs. 3/2017 – 4. Le fideiussioni *omnibus* anteriori o successive all'istruttoria: la necessaria prova dell'attualità dell'intesa restrittiva secondo le Corti di merito – 5. (segue) L'istanza di esibizione quale temperamento del rigorismo formalistico – 6. Quali prospettive?

1. La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi antitrust: impostazione del problema

Con l'annotatissima sentenza 30 dicembre 2021, n. 41994¹, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ripercorrendo le tappe dell'annoso dibattito relativo al rapporto tra le intese restrittive della concorrenza e gli accordi che a queste ultime diano concreta attuazione, si sono nuovamente pronunciate sugli strumenti di tutela riservati ai destinatari finali del prodotto offerto sul mercato². In particolare, all'attenzione dei giudici di legittimità è stata posta la specifica questione dei rimedi invocabili dal soggetto che abbia sottoscritto un contratto di garanzia qualificabile come fideiussione *omnibus* e contenente clausole conformi

¹ Il riferimento è, ovviamente, a Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, c. 499 ss., con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*; S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*; A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, e C. ROMANO, *Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?*.

² Sul tema non può prescindere dalla lettura di Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 ss., con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, ed E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*, che, superando le ambiguità manifestatesi in una precedente pronuncia resa in sede di legittimità (v. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1121 ss.), ha espressamente riconosciuto, a conclusione di una controversia tra il sottoscrittore di una polizza RCA ed un'impresa operante nel settore assicurativo, la legittimazione attiva del consumatore ad agire in giudizio, ai sensi dell'art. 33, l. 287/1990, per ottenere l'accertamento della nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza nonché la condanna della convenuta, quando a quest'ultima partecipante, al risarcimento del danno eventualmente cagionatogli.

a quelle di cui agli artt. 2, 6 e 8 del cd. *schema ABI*, già censurate dalla Banca d'Italia con il Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005³ per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a), l. 287/1990. Partendo dalla considerazione, ormai pacificamente accolta dalla giurisprudenza antitrust, che la sorte dei negozi «a valle» non può essere scissa da quella dell'intesa di cui rappresentino – realizzandone gli effetti anticoncorrenziali – estrinsecazione pratica⁴, la Suprema Corte ha aderito, come noto, alla tesi della tutela reale e, segnatamente, della nullità parziale. In sostanza, dopo un'accurata esposizione delle motivazioni che non consentono di valorizzare, quantomeno in termini di esclusività, una prospettiva prettamente risarcitoria⁵, la sentenza propende per una caducazione *in parte qua* della fideiussione *omnibus* su schema *ABI*, ai sensi degli artt. 1419 c.c. e 2, comma 3, l. 287/1990, che operi con riferimento alle singole clausole riproduttive di quelle ritenute illegittime a seguito della citata istruttoria amministrativa⁶.

Orbene, benché tale conclusione abbia pienamente assolto all'onere di fornire puntuale risposta alle questioni poste dall'ordinanza di rimessione⁷, la pronuncia – sui cui contenuti non ci si potrà soffermare analiticamente in questa sede⁸ – ha determinato l'insorgenza di una serie di nuovi interrogativi, oggi all'attenzione degli interpreti teorici e della giurisprudenza stessa. In particolare, tra i tanti profili meritevoli di indagine, obiettivo del presente contributo è quello di soffermarsi sul tema della ripartizione degli oneri probatori nell'ambito dei giudizi

³ È bene ricordare come tale provvedimento sia stato reso dalla Banca d'Italia nella sua qualità di Autorità garante della concorrenza del settore creditizio, prima che tale compito fosse trasferito, a far data dal 12 gennaio 2006, all'AGCM, a seguito dell'abrogazione dei commi 2, 3 e 6 dell'art. 20, l. 287/1990, ad opera dell'art. 19, comma 11, l. 28 dicembre 2005, n. 262.

⁴ In termini cfr., ancora, Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit., ben commentata sul punto da E. SCODITTI, *op. cit.*, 1019, e ripresa, qualche anno dopo, anche da Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097 ss., con nota bibliografica di A. PALMIERI e commento di R. PARDOLES, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*; il ragionamento è, peraltro, coerente con quanto era già stato affermato da Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, 831 ss., con nota bibliografica di L. LAMBO, secondo cui, allorché l'art. 2, l. antitrust, stabilisce la nullità delle intese, non attribuisce rilevanza «esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza».

⁵ Prima della pronuncia a Sezioni Unite, ad esempio, negava la possibilità di attivare una tutela caducatoria, valorizzando il profilo dello «squilibrio contrattuale», G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vingt ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2021, p. 1175 ss.; in senso favorevole al solo rimedio risarcitorio, seppur fondandosi su differenti argomentazioni, si era espressa anche la Procura Generale della Corte di Cassazione, con requisitoria reperibile in www.dirittobancario.it e fortemente criticata, ad esempio, da A.A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza» della tutela reale; la «qualità» della tutela reale*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, II, p. 1 ss.

⁶ Cfr. *Principio di diritto*, Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

⁷ Cass., sez. I, 30 aprile 2021, n. 11486, in *Foro it.*, 2021, I, c. 2007 ss.

⁸ Per alcuni dei commenti successivi alla pubblicazione della pronuncia si rimanda, senza alcuna pretesa di esaustività, a M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021*, n. 41994, in *Odc*, 2022, p. 1 ss.; M. MAGLIULO, *Contratti di fideiussione omnibus attuativi di intesa anticoncorrenziale: nuovi dubbi e vecchie incertezze*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, p. 163 ss.; A. MONTANARI, *Sulla tutela privata antitrust dopo le Sezioni unite n. 41994/2021*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 682 ss.; L. MORISI, *Fideiussioni omnibus a valle: vecchie questioni e nuovi rimedi?*, in *ODCC*, 2022, p. 305 ss.

civili in materia antitrust – con particolare riguardo a quelli concernenti i contratti di garanzia *de quibus* – e sulla rilevanza all'uopo attribuibile al provvedimento dell'Autorità di vigilanza. A tale scopo, prima di concentrarsi sulle elaborazioni pretorie diffuse presso le Corti di merito⁹, appare opportuno soffermarsi sulle posizioni in proposito avallate in sede di legittimità e da ultimo confermate, seppur laconicamente, dalle Sezioni Unite nell'arresto sopra citato. È, invero, innegabile che quest'ultimo abbia dedicato all'argomento ben poco spazio – specialmente se parametrato alla lunghezza complessiva del provvedimento ed all'analiticità con cui sono stati affrontate questioni ritenute più rilevanti ai fini della decisione – essendosi il Collegio limitato a rievocare la nozione di «prova privilegiata»: sul reale significato di tale locuzione è, allora, necessario condurre un'accurata riflessione, che consenta di affrontare anche quei risvolti problematici della cui risoluzione la Cassazione non sembra essersi eccessivamente preoccupata.

2. La nozione di prova «privilegiata» nella giurisprudenza di legittimità

La ricostruzione secondo cui il provvedimento amministrativo assumerebbe il valore di «prova privilegiata»¹⁰ nel successivo giudizio *follow-on* ha riscosso, benché l'espressione *de qua* non abbia una precisa definizione da un punto di vista *stricto sensu* giuridico¹¹, un discreto seguito già nella giurisprudenza in materia antitrust della Corte di Cassazione¹² antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 3/2017¹³ ed è, poi, divenuta oggetto, soprattutto negli ultimi anni, di un'evoluzione esegetica non sempre sorretta da un adeguato apparato argomentativo. In uno dei primi arresti sul punto, ci si limitava a circoscrivere il carattere qualificato della decisione dell'AGCM – nonché, a maggior ragione, di quella della giustizia amministrativa che dovesse confermarla o riformarla¹⁴ – alla prova della sola esistenza

⁹ Si anticipa che si trarranno utili indicazioni in proposito dal testo di due recenti sentenze, pressoché coeve, del Tribunale di Torre Annunziata, inedite e redatte dal medesimo estensore, che hanno affrontato nel dettaglio la problematica descritta nel testo: ci si riferisce, in particolare, a Trib. Torre Annunziata, sez. III, 1 aprile 2022, n. 692, e Trib. Torre Annunziata, sez. III, 16 luglio 2022, n. 1795. La consultazione dei due provvedimenti è avvenuta, anche grazie all'ausilio garantito dagli addetti all'Ufficio per il Processo (U.p.P.), nel corso dell'attività di ricerca riferita al progetto dal titolo «*Modelli organizzativi e innovazione digitale: il nuovo ufficio per il processo per l'efficienza del sistema-giustizia*», realizzato nell'ambito del rapporto di collaborazione tra l'Università di Napoli *Federico II* ed il Tribunale oplontino.

¹⁰ La locuzione ha trovato una prima enunciazione testuale in Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901 ss., con note bibliografiche di A.L. BITETTO e A. PALMIERI, sebbene, in termini sostanziali, la tendenza ad attribuire un valore privilegiato al provvedimento dell'Autorità di vigilanza si fosse già diffusa anche all'interno di pronunce più risalenti.

¹¹ In questo senso si veda A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, p. 441.

¹² Tanto da indurre F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. Ind.*, 2016, p. 256, a definirla come un «ibrido di successo».

¹³ Come si vedrà, si tratta dell'atto con cui è stata recepita in Italia la Direttiva 2014/104/UE sul cd. *private enforcement*.

¹⁴ Motivo per cui C. TESAURO, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Merc. conc. reg.*, 2011, p. 444, qualifica le questioni inerenti al valore probatorio del provvedimento dell'Autorità Garante come un problema «teorico e formalistico».

dell'intesa restrittiva vietata¹⁵, rispetto al cui accertamento, tuttavia, le parti avrebbero potuto allegare in giudizio ulteriori elementi finalizzati a dimostrare, alternativamente ed a seconda dello specifico interesse, l'effettivo verificarsi della condotta anticoncorrenziale¹⁶ ovvero, all'opposto, la sua insussistenza¹⁷. Una volta che l'attore – o, più spesso, opponente a decreto ingiuntivo – avesse adempiuto al proprio onere di allegazione del provvedimento reso a conclusione dell'istruttoria e del contratto specificamente sottoscritto, il giudice civile, pur potendo procedere ad una valutazione dell'esistenza del nesso di causalità tra la condotta collusiva e il danno concretamente lamentato dal ricorrente sulla base di criteri probabilistici o presuntivi fondati su un rapporto di sequenza costante tra un dato antecedente e un effetto conseguente¹⁸, avrebbe dovuto tenere in considerazione, ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria, «tutti gli elementi di prova» utili a contrastare siffatta presunzione¹⁹ o a dimostrare l'interruzione del legame eziologico²⁰.

Tuttavia, in pronunce di poco successive si è precisato che, nel caso in cui l'impresa abbia preso parte all'istruttoria amministrativa, nella successiva azione *follow-on* la convenuta non potrà più chiedere che sia accertata la rescissione del nesso causale sulla base delle medesime prove o argomentazioni che siano state ritenute irrilevanti allo scopo nel procedimento innanzi all'AGCM²¹, e, comunque, dovrà incentrare le proprie difese su circostanze interruttive

essendo ben difficile che il giudice civile possa discostarsi dall'accertamento di un fatto contenuto in una decisione del Consiglio di Stato.

¹⁵ O, in caso di sussistenza di una posizione dominante, del suo abuso.

¹⁶ Come potrebbe accadere, ad esempio, quando l'AGCM si sia espressa con un provvedimento di diniego o di archiviazione.

¹⁷ Cfr. ancora Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, cit.

¹⁸ Nel caso del contenzioso assicurativo, come evidenziato da Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit., l'elemento antecedente sarebbe rappresentato da una condotta *preparatoria* costituita dalla partecipazione dell'impresa all'intesa anticoncorrenziale accertata in sede amministrativa ed una *finale* sostanziante nella polizza sottoscritta dal singolo consumatore, mentre il dato conseguente si esplicherebbe nell'incremento dei premi rispetto a quelli che sarebbero stati pagati se il mercato non fosse stato viziato sotto il profilo concorrenziale.

¹⁹ Che M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *NLCC*, 2018, p. 480, qualifica come «presunzione relativa cd. impropria di formazione giurisprudenziale, il cui effetto sarebbe, quindi, quello di una mera *relevatio ad onere probandi* [corsivo nel testo originale, n.d.r.]»; sulla categoria delle presunzioni giurisprudenziali si veda ampiamente G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 177 ss., ove è presente anche una minuziosa elencazione casistica.

²⁰ Sul punto si veda Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit., la quale criticava la sentenza impugnata in quanto «adagiata sul mero contenuto del provvedimento amministrativo, quasi ad avallare l'aberrante tesi che il danno sia *in re ipsa*»; in senso analogo, seppur in maniera più generica, cfr. anche Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, cit.

²¹ In termini, si vedano Cass., 10 maggio 2011, n. 10211 e Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, entrambe in *Foro it.*, 2011, I, c. 2675 ss., con nota bibliografica di C.D. PIRO e commento critico di A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, secondo il quale, aderendo alle conclusioni prospettate dalle due pronunce annotate, si rischierebbe di attribuire all'AGCM «un ruolo improprio di "giudice del danno", i cui *dicta* vanno pedissequamente recepiti dal giudice ordinario»; in maniera fortemente critica rispetto alle conclusioni della Cassazione si esprime anche A. FRIGNANI, *op. cit.*, 442, il quale ritiene che per quanto possa essere comprensibile concedere all'attore il vantaggio di poter usufruire di un

collegate alla singola situazione contrattuale e non al mercato in generale²². Pertanto, anche in virtù di argomentazioni fondate sulla natura complementare di *private* e *public enforcement* – i cui scopi sono assolutamente sovrapponibili alla luce dei principi di effettività e unitarietà dell’ordinamento²³ – e sulla necessità di compensare l’evidente asimmetria informativa tra l’impresa ed il singolo consumatore²⁴, si è giunti ad affermare che l’accertamento proveniente dall’AGCM ha «elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l’astratta idoneità della stessa condotta a procurare un danno ai consumatori»²⁵.

Orbene, le riflessioni sulla locuzione di «prova privilegiata»²⁶ e sulla sua effettiva pregnanza nelle azioni *follow-on*, dapprima circoscritte ai soli giudizi inerenti al mercato assicurativo – che, come visto, ha rappresentato, sin dall’introduzione della disciplina antitrust, ambito elettivo di indagine dei rapporti tra intese anticoncorrenziali e contratti «a valle» –, sono state riproposte, più di recente, anche rispetto al tema, qui oggetto d’esame, delle fideiussioni *omnibus* su schema *ABI*. In particolare, in coerenza con le coordinate ermeneutiche sopra descritte, la giurisprudenza ha attribuito al Provvedimento n. 55/2005, con cui la Banca d’Italia ha concluso l’istruttoria avviata nel novembre 2003 sulle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8 del modello predisposto dall’associazione d’imprese bancarie, dichiarandone la contrarietà all’art. 2, l. 287/1990 quando applicate in modo uniforme, il valore di accertamento *qualificato*

accertamento già compiuto in sede amministrativa, non è giustificabile che ne possa conseguire una limitazione del diritto di difesa del convenuto, peraltro non prevista in alcuna norma di legge.

²² Allo scopo, secondo Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, cit., occorre, in particolare, che i dati posti a difesa della singola impresa assicuratrice «fossero tali da dimostrare che — nel caso oggetto di esame — il livello del premio non era stato determinato dalla partecipazione all’intesa illecita, ma da altri fattori», quali, ad esempio, una situazione di difficoltà economica della convenuta o i particolari rischi coperti in polizza (cfr. § 7.4.). Contrario a questa ricostruzione si mostra, ad esempio, R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell’Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Soc.*, 2014, p. 786-787, secondo cui una simile affermazione non risulterebbe del tutto in linea con l’autonomia decisionale del giudice e vi sarebbe il concreto rischio di rendere il procedimento amministrativo una fase del giudizio sulla responsabilità civile.

²³ In termini, citando a sostegno della natura complementare delle due forme di tutela il *Considerando* n. 7 del Reg. 1/2003, cfr. Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1729 ss., con nota critica di R. PARDOLES, *Danno antitrust e (svuotamento dell’) onere probatorio a carico del consumatore*; sui rapporti tra *private* e *public enforcement* a livello sovranazionale si veda W.P.J. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Comp.* 40, no. 1, 2017, p. 3 ss., nonché, ID., *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Comp.* 32, no. 1, 2009, p. 3 ss.

²⁴ In dottrina, sottolinea R. RORDORF, *op. cit.*, p. 786, come, in effetti, la ricostruzione dello scenario controfattuale utile a provare il danno e il nesso di causalità necessita di strumenti d’indagine e di dati raramente nella disponibilità del singolo attore, specialmente se privato consumatore; pone in evidenza le medesime criticità anche C. TESAURO, *op. cit.*, 442.

²⁵ Così, testualmente, Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, cit., secondo cui il pregiudizio concreto al singolo ricorrente derivante dall’illegittimità del contratto funzionalmente collegato all’intesa vietata potrà presumersi, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, sulla base del nocumento (anch’esso presuntivamente) arrecato alla collettività dei consumatori.

²⁶ Categoria di cui, peraltro, quantomeno da un punto di vista formale, Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, cit., asserisce l’inesistenza, pur non negando, di fatto, l’elevata attitudine probatoria dell’accertamento compiuto dall’AGCM.

nei successivi giudizi di nullità promossi dai fideiussori²⁷. Corollario di tale premessa interpretativa è che, qualora il garante abbia allegato l'atto amministrativo e il giudice accerti – con un'agevole attività di comparazione – che le clausole negoziali contenute nell'accordo concretamente sottoscritto siano conformi a quelle censurate, sarà onere dei singoli Istituti bancari fornire la prova contraria rispetto alla sussistenza della condotta anticoncorrenziale. D'altronde, in questo senso si sono espresse anche le Sezioni Unite nel 2021, che, preso atto delle conclusioni della Corte d'Appello di Roma, secondo il cui insindacabile giudizio di merito i contratti scrutinati, sottoscritti l'uno nel maggio 2004 e l'altro nel giugno 2006²⁸, contenevano delle clausole coincidenti con quelle di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI²⁹, hanno dichiarato la nullità parziale delle garanzie *sub iudice*³⁰.

3. La natura vincolante del provvedimento AGCM dopo l'introduzione del d.lgs. 3/2017

Da quanto finora detto emerge chiaramente come la nozione di «prova privilegiata» sia stata utilizzata dalla giurisprudenza per (mal)celare quella natura sostanzialmente vincolante dei provvedimenti amministrativi nei procedimenti civili *follow-on*³¹ che, prima delle recenti riforme incidenti sul nostro ordinamento, era positivamente riconosciuta, nella sola legislazione sovranazionale, dall'art. 16, comma 1, Regolamento CE n. 1/2003³², il quale, nel

²⁷ Benché possa apparire scontato, è opportuno precisare che i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia prima delle modifiche normative introdotte dalla l. 262/2005, hanno, al pari di quelli emessi dall'AGCM, elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle sanzioni ivi comminate: in questo senso cfr. Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, pubblicata in *Corr. Giur.*, 2018, p. 1063 ss., con nota di R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, e in *Giur. comm.*, 2019, II, p. 571 ss., con nota di S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*; Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 460 ss., con nota di P.C. RUGGIERI, *La Corte di cassazione e la "prova privilegiata" della condotta anticoncorrenziale: accanto alle vecchie, nuove incertezze*; in dottrina, tra i cultori del diritto amministrativo, pone in evidenza questo profilo anche F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 50.

²⁸ Sulla rilevanza del profilo temporale ai fini del discorso che s'intende sviluppare si rinvia alle considerazioni svolte nei paragrafi successivi.

²⁹ Sul punto, v. Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., spec. § 2.19.

³⁰ È chiaro che, differentemente dal giudizio di natura risarcitoria, nel procedimento volto alla caducazione – seppur meramente parziale – di un accordo negoziale il profilo della causalità, che, come si è visto, è stato oggetto di alterne interpretazioni in giurisprudenza, risulta pressoché irrilevante, dovendosi semplicemente accertare il «collegamento funzionale» tra l'intesa a monte e la fideiussione «a valle», secondo la ricostruzione, ancora, di Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., spec. § 2.16.

³¹ In questi termini si veda P. FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il «Decreto enforcement» (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *AGE*, 2017, p. 368-369; della stessa opinione anche F. GOISIS, *op. cit.*, 50, e P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 1007, nonché M. NEGRI, *op. cit.*, p. 481, la quale conclude affermando che la ricostruzione giurisprudenziale giungeva comunque ad un approdo *praeter legem* tale da introdurre un vincolo *de facto* quasi equivalente a quello poi introdotto dal legislatore nel 2017.

³² Cfr. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*: per una disamina sulla genesi, gli obiettivi e gli effetti della normativa a distanza di

disciplinare il coordinamento tra le giurisdizioni nazionali e le decisioni della Commissione Europea, sancisce, infatti, l'obbligo del giudice interno di non disattendere le decisioni di quest'ultima³³, addirittura prescindendo dalla loro definitività³⁴.

Orbene, tale vincolatività è stata formalmente consacrata a livello normativo, anche in ambito domestico, con l'entrata in vigore del noto d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (cd. decreto *enforcement*), approvato in attuazione dell'art. 9, par. 1, della Direttiva 2014/104/UE³⁵, che ripropone un meccanismo di massima già sperimentato, seppur non in termini sempre perfettamente coincidenti, anche in altre esperienze continentali³⁶. Infatti, l'art. 7, comma 1, del suddetto decreto stabilisce che, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno in materia antitrust³⁷, si ritiene accertata nei confronti dell'autore – con riguardo ai profili della «natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale»³⁸, ma non, si badi bene, del nesso di causalità e dell'esistenza del danno – la violazione del diritto della concorrenza così come constatata in una decisione dell'AGCM³⁹ che sia ormai inoppugnabile o che sia stata confermata da una pronuncia della giurisdizione amministrativa passata in

vent'anni dalla sua introduzione, si veda l'interessante contributo di W.P.J. WILS, *Regulation 1/2003: An Assessment after Twenty Years*, in *World Comp.* 46, no. 1, 2023, 3 ss.

³³ In merito, si vedano le lucide parole di R. RORDORF, *op. cit.*, p. 785-786, secondo cui tale pregiudizialità giuridica non poteva sussistere, invece, quando il procedimento amministrativo era di competenza dell'Autorità nazionale; evidenzia la differenza tra le due ipotesi anche A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 433-434; in termini possibilisti, invece, si esprimeva C. TESAURO, *op. cit.*, 445, secondo cui il superamento di questo principio di «doppio binario» sarebbe stato auspicabile, quantomeno nel caso in cui la pronuncia dell'AGCM fosse in applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, sia per ragioni di certezza del diritto che per garantire l'effetto utile del Reg. 1/2003.

³⁴ P. FABBIO, *op. cit.*, 377, sottolinea come il giudice possa, tutt'al più, valutare l'opportunità di sospendere in giudizio in attesa che si definisca l'eventuale giudizio di impugnazione.

³⁵ Cfr. d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, *Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*: per delle interessanti considerazioni a livello di legislazione sovranazionale si veda J. BASEDOW, *Damages actions for breach of competition law: the contest between national judiciaries in the EU*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 633 ss.

³⁶ In particolare, nella legislazione tedesca, il § 33.b del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (corrispondente alla nostra legge antitrust) prevede la vincolatività nel giudizio civile delle decisioni finali della Commissione Europea, dell'Autorità Garante della concorrenza nazionale e di quelle di altri Stati membri; in termini più restrittivi, invece, si esprime, ad esempio, il *Competition Act* britannico, che, ai sensi del combinato disposto tra le *sections* 47A e 58, limita tale effetto ai giudizi per danni intentati a seguito di provvedimenti definitivi resi dalla sola Autorità nazionale.

³⁷ Tuttavia, ciò non esclude che il vincolo di cui all'art. 7, d.lgs. 3/2017, possa trovare applicazione anche rispetto a rimedi civili diversi dal risarcimento per equivalente, quale quello della nullità, rilevante nella fattispecie oggetto del presente contributo: in senso favorevole all'interpretazione analogica cfr., *ex multis*, P. FABBIO, *op. cit.*, p. 390, e M. NEGRI, *op. cit.*, p. 486, testo e nt. 29.

³⁸ Per un'analisi del significato delle singole voci si veda P. FABBIO, *op. cit.*, p. 384 ss.

³⁹ Diversamente, l'art. 7, comma 2, d.lgs. 3/2017 – con quella che P. FABBIO, *op. cit.*, p. 375-376, definisce una «scelta di bandiera» volta a rispondere alla preoccupazione che in altri Stati membri dell'UE non sarebbe garantito il diritto di difesa dell'autore della violazione in sede amministrativa – stabilisce che le decisioni definitive di un'Autorità straniera costituiscono una prova «valutabile insieme ad altre prove».

giudicato⁴⁰. In sostanza, *rebus sic stantibus*, le statuizioni contenute nei provvedimenti del Garante della Concorrenza e del Mercato pubblicati e divenuti definitivi⁴¹ dopo l'entrata in vigore del decreto *enforcement* non potranno più essere messe in discussione nel successivo procedimento civile *follow-on* – quantomeno rispetto ai profili indicati nella legge – mentre quelle ricomprese in atti conclusivi di istruttorie provenienti da *Authorities* differenti o, comunque, terminate prima della vigenza del decreto *enforcement*, potranno considerarsi, ai fini processuali, come «prova privilegiata», qualunque sia il significato della locuzione *de qua*⁴².

Tale considerazione consente, in primo luogo, di apprezzare la crescente tendenza sistematica al rafforzamento dell'indissolubile legame tra *public* e *private enforcement*, valorizzandone l'indiscutibile complementarità a fini rimediali; inoltre, rispetto allo specifico tema oggetto d'indagine, fornisce una chiave interpretativa d'indubbio rilievo nell'analisi sugli orizzonti temporali entro cui il provvedimento della Banca d'Italia sullo schema *ABI* possa considerarsi come elemento istruttorio preminente. Infatti, se è vero che quest'ultimo non può soggiacere al regime – particolarmente favorevole per i ricorrenti privati – di cui al d.lgs. 3/2017, essendo stato pubblicato ben prima della sua entrata in vigore, e, al contempo, può costituire, a rigore, «prova privilegiata» della condotta anticoncorrenziale posta in essere dai membri dell'associazione d'impresa *solo* con riguardo ai contratti sottoscritti durante il periodo oggetto di accertamento, è altrettanto chiaro che la sua rilevanza rispetto ai giudizi di nullità inerenti a fideiussioni *omnibus* risalenti ad un momento antecedente o successivo a quello di svolgimento dell'istruttoria amministrativa dovrebbe essere indagato alla luce delle riflessioni sopra svolte sul mutato quadro normativo. Tuttavia, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, tale questione problematica – la cui valutazione critica, per vero, è sostanzialmente

⁴⁰ La disposizione ha, inoltre, cura di precisare, in merito, che «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima»: per una critica a tale formulazione cfr. P. FABBIO, *op. cit.*, p. 370-371, secondo il quale il dato testuale costituirebbe un travisamento di Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in quanto la Corte di legittimità avrebbe, in realtà, incluso all'interno degli aspetti sottoponibili a controllo giudiziale anche quei profili tecnici che presentino un obiettivo margine di opinabilità, alla luce di quell'orientamento della giustizia amministrativa secondo cui sarebbe ammissibile un sindacato pieno sui provvedimenti dell'AGCM, pur, ovviamente, senza attribuire al giudice la possibilità di sostituirsi all'Autorità stessa nell'emanazione del provvedimento.

⁴¹ Sempre nell'interessante ricostruzione di P. FABBIO, *op. cit.*, p. 377, quelli che non abbiano natura finale – essendo pendente il giudizio di impugnazione o, addirittura, ancora decorrente il termine per introdurlo – potrebbero comunque rilevare come «prova privilegiata».

⁴² In questo senso, si veda anche M. GOLIA, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di «prova privilegiata»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 398-399; analogamente cfr. E. CAMILLERI, *La prova privilegiata «sbiadita» e le ambizioni frustrate del contraente a valle. Spunti per una presunzione legale iuris tantum*, in *Foro it.*, 2023, I, c. 1667 ss.

pretermessa nella sentenza delle Sezioni Unite⁴³ – è stata finora affrontata dalla giurisprudenza di merito mediante ragionamenti di carattere spesso formalistico e poco coerenti con la logica complessiva della disciplina dell'*enforcement* antitrust, sui quali, pertanto, appare opportuno soffermarsi.

4. Le fideiussioni *omnibus* anteriori o successive all'istruttoria: la necessaria prova dell'attualità dell'intesa restrittiva secondo le Corti di merito

Il problema del valore probatorio del provvedimento reso dalla Banca d'Italia nei giudizi caducatori aventi ad oggetto garanzie concluse anteriormente o successivamente al limitato arco temporale dell'istruttoria costituisce, anche alla luce dei quasi quattro lustri trascorsi dalla fine di quest'ultima, un argomento di difficile risoluzione pratica per i giudici civili, che saranno, peraltro, tenuti a confrontarsi con sempre maggiore frequenza.

Il procedimento all'esito del quale l'Autorità di vigilanza del mercato creditizio ha censurato alcune clausole dello schema *ABI* che, se applicate in modo uniforme, avrebbero determinato una restrizione del mercato concorrenziale, è stato avviato, ai sensi degli artt. 2 e 14, l. 287/1990 *ratione temporis* vigenti, nel mese di novembre 2003 e si è concluso con la pubblicazione del Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005. Pertanto, visto che l'esistenza di un'intesa vietata può considerarsi accertata soltanto per questo lasso di tempo – presumibilmente retrodatabile fino all'ottobre 2002, momento in cui il modello unilaterale poi sottoposto al vaglio dei soggetti competenti era stato concordato dall'Associazione Bancaria Italiana con alcune organizzazioni di consumatori – *solo* rispetto alle cause *follow-on* relative alle fideiussioni concluse in quell'intervallo biennale l'atto amministrativo potrà fungere da «prova privilegiata» della suddetta condotta anticoncorrenziale.

Con riguardo ai contratti conclusi prima del 2002 è plausibile immaginare che, soprattutto quando la garanzia sia stata sottoscritta in prossimità dell'inizio dell'indagine, l'allegazione del provvedimento *de quo* esoneri il ricorrente dal dover dimostrare la sussistenza del comportamento vietato da parte dell'impresa, risultando sufficiente, ai fini dell'assolvimento dell'onere probatorio a carico di quest'ultimo, la deduzione sulla corrispondenza tra le condizioni negoziali concretamente accettate e quelle del modello *ABI* censurate. D'altro canto, che l'intesa fosse già operante prima dell'avvio dell'istruttoria sembra paventato, oltre che dalla Corte di Cassazione⁴⁴, anche dalla stessa Banca d'Italia, la quale ha precisato che l'adozione uniforme delle condizioni illegittime sarebbe discesa da «una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'*ABI* (non ancora diffuso presso le associate),

⁴³ La sentenza, infatti, sanziona con la declaratoria di nullità parziale tanto la fideiussione sottoscritta nel 2004 – e, dunque, coperta dall'accertamento – quanto quella, del giugno 2006, posteriore alla conclusione dell'istruttoria di circa un anno.

⁴⁴ Si veda, in tal senso, Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810, cit.

che potrebbe però essere perpetuata dall'effettiva introduzione di quest'ultimo»⁴⁵. Al contrario, la giurisprudenza di merito che ha affrontato *ex professo* la questione si è dimostrata piuttosto rigorosa nel sottolineare come in tali ipotesi la dimostrazione di esistenza dell'intesa – da cui far discendere la caducazione parziale della garanzia ad essa funzionalmente collegata – debba essere fornita dalla parte che si dolga della validità del contratto⁴⁶, essendo «ben possibile, infatti, che lo schema elaborato dall'ABI nel 2002 abbia solo preso atto di clausole applicate nella pratica senza che, tuttavia, prima vi fosse un effettivo accordo anticoncorrenziale tra gli istituti di credito»⁴⁷.

Anche per quanto concerne le fideiussioni sottoscritte dopo il 2005, allo stato statisticamente più frequenti, la Corte di Cassazione sembrerebbe aver fornito, mediante la dichiarazione di nullità *in parte qua* di un accordo risalente al giugno 2006, un indizio inequivoco circa la persistenza del valore di «prova privilegiata» del Provvedimento n. 55/2005⁴⁸. Infatti, sul punto il Collegio ha evidenziato come al giudice di merito, da un lato, spetti il compito di un apprezzamento del contenuto negoziale in termini complessivi, senza limitarsi ad esaminarne parti isolate, e, dall'altro, competa una valutazione relativa alla coincidenza delle disposizioni convenute contrattualmente con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva⁴⁹. Benché tale riflessione appaia indiscutibilmente coerente con la *ratio* della disciplina antitrust, volta ad attribuire rilevanza non tanto all'efficacia giuridica in termini formali della delibera associativa (nel caso di specie, l'approvazione dello schema da parte dell'ABI) quanto piuttosto alla sua pratica idoneità – evidentemente passibile di dilatazione nel tempo – ad orientare i contegni delle imprese consociate⁵⁰, è, altresì, vero che, per poterne accogliere le conclusioni, sarebbe

⁴⁵ Cfr. Provvedimento 55/2005, cit., Punto 93. Peraltro, secondo quanto affermato dall'AGCM nel parere n. 14251/2005, reso in sede consultiva nell'ambito del medesimo procedimento istruttorio, la condotta uniforme sarebbe temporalmente retrodatabile, addirittura, al 1987, in quanto «lo schema negoziale in esame ripropone, infatti, sostanzialmente clausole già presenti nelle condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni omnibus, da essa elaborate e diffuse con la circolare serie tecnica O, n. 20 del 17 giugno 1987» (cfr., in proposito, il Punto 37).

⁴⁶ In tal senso, qualificando esplicitamente l'azione avente riguardo ad una fideiussione sottoscritta nel 1992 come *stand-alone*, si è espresso, da ultimo, Trib. Roma, sez. Impr., 28 aprile 2023, n. 6749.

⁴⁷ Cfr. App. Napoli, sez. Impr., 23 febbraio 2023, n. 815.

⁴⁸ D'altronde, nell'atto reso a conclusione dell'istruttoria la Banca d'Italia non si soffermava tanto sui profili relativi alla delimitazione soggettiva o temporale del provvedimento – che, anzi, appaiono esposti in forma quasi sbrigativa – quanto piuttosto sulla rilevanza della (oggettiva) riproposizione uniforme delle condizioni contrattuali censurate, che si appalesa, dunque, come elemento preponderante della valutazione giudiziale.

⁴⁹ Sul punto cfr. Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., § 2.19, che, riprendendo testualmente le affermazioni di Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, cit., conclude nel senso che, a tale scopo, non si possa attribuire «rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento, con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario».

⁵⁰ Ne è convinto M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 31-32, secondo il quale nulla esclude che anche una delibera revocata possa continuare ad avere, di fatto, un «effetto inerziale» tale da continuare ad orientare in senso uniforme le condotte delle imprese; sensibile al problema si mostra anche E. CAMILLERI, *op. cit.*, p. 1667 ss.; in giurisprudenza, d'altronde, già Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, cit., segnalava come, addirittura, un effetto distorsivo della concorrenza sanzionabile ai sensi della l. 287/1990 potesse

necessario procedere all'ardua individuazione del momento fino al quale l'uniformità delle condotte possa considerarsi funzionalmente riconducibile all'intesa vietata e non, piuttosto, ad una pratica concordata successiva ed autonoma ovvero, addirittura, ad un parallelismo, spontaneo e non concertato, di comportamenti⁵¹.

Proprio la difficoltà nel fissare un simile *dies ad quem* ha, probabilmente, indotto le successive pronunce di merito ad optare per un orientamento maggiormente restrittivo in relazione alla distribuzione degli oneri della prova, come plasticamente confermato, ad esempio, da due sentenze di recente rese dal Tribunale di Torre Annunziata, che, vista la loro chiarezza espositiva, garantiscono un punto di vista privilegiato sullo stato dell'arte del formante giurisprudenziale in materia. Il primo dei due arresti, emesso all'esito di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo⁵², ribadisce, innanzitutto, la sottoposizione al principio di allegazione del provvedimento della Banca d'Italia, in quanto, vista la sua natura di atto amministrativo, a quest'ultimo non sarebbe applicabile il noto brocardo *iura novit curia* di cui al combinato disposto degli artt. artt. 113 c.p.c. e 1, *Preleggi*⁵³, né, dato il carattere settoriale della questione sottostante, circoscritta all'ambito creditizio, gli sarebbe attribuibile la qualifica di «fatto notorio»⁵⁴. Inoltre, spetterà, ovviamente, al garante dimostrare – in questo caso con un mero raffronto *per tabulas* – la corrispondenza delle condizioni contrattuali espressamente accettate con quelle predisposte in via standardizzata all'interno degli artt. 2, 6 e 8 dello schema *ABI* e censurate dall'Autorità Garante dell'epoca.

realizzarsi anche quando la fonte dello stesso fosse riconducibile ad un momento anteriore rispetto all'entrata in vigore della disciplina antitrust.

⁵¹ Sul punto, M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 32, dopo aver evidenziato come la soluzione adottata dalle Sezioni Unite sia quella del collegamento funzionale tra intesa «a monte» e contratto «a valle», sembra, comunque, escludere che le condotte odierne delle banche possano essere ragionevolmente ricondotte allo schema *ABI* del 2002.

⁵² Cfr. Trib. Torre Annunziata, sez. III, 1 aprile 2022, n. 692, cit.

⁵³ Incidentalmente, è possibile notare come la questione relativa all'applicabilità del principio *de quo* abbia trovato differente soluzione, nella recente giurisprudenza di legittimità, con riguardo ai decreti ministeriali di rilevazione trimestrale dei T.E.G.M. in materia di usura bancaria, indispensabili ai fini dell'individuazione dei tassi-soglia di riferimento: secondo Cass., 29 novembre 2022, n. 35102, infatti, trattandosi di atti amministrativi di carattere generale ed astratto – ma anche innovativo, e quindi normativo, perché completano i precetti di rango primario in materia di usura inserendo una normativa di dettaglio – tali decreti, pubblicati in Gazzetta Ufficiale, vanno considerati quali fonti integrative del diritto, che il giudice deve conoscere a prescindere dalle allegazioni delle parti; in senso analogo cfr. anche Cass., 13 maggio 2020, n. 8883. Peraltro, Cass., 6 luglio 2022, n. 21407, ha ritenuto che il principio *iura novit curia* possa operare anche rispetto a quelle delibere di Autorità Amministrative Indipendenti che siano provviste del valore di fonte normativa regolamentare.

⁵⁴ In senso espressamente contrario si esprime condivisibilmente E. PANZARINI, *Ancora sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus redatte in conformità allo schema ABI 2003: questioni rimaste irrisolte*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, p. 70, la quale, peraltro, prim'ancora di sottolineare come la nozione di «fatto notorio» di cui all'art. 115, comma 2, c.p.c., possa ricomprendere anche i «fatti acquisiti alla "collettività giuridico-bancaria" in un dato tempo e luogo», evidenzia che, qualora la Banca non proceda a disconoscere l'affermazione del fideiussore di sovrapposibilità delle clausole contrattuali con quelle dello schema *ABI*, opererebbe comunque il principio di non contestazione di cui al primo comma della medesima disposizione del codice di rito.

Tuttavia – continua il Tribunale oplontino affrontando *ex professo* l'argomento nella seconda pronuncia citata, redatta dal medesimo estensore⁵⁵ – qualora s'invochi l'invalidità parziale di una fideiussione *omnibus* conclusa dopo il termine dell'istruttoria amministrativa, l'istante sarà tenuto a provare, trattandosi di fatto costitutivo della domanda⁵⁶, anche la persistenza dell'intesa anticoncorrenziale alla data di sottoscrizione della garanzia⁵⁷, nonché la perdurante idoneità della stessa ad incidere sulle condotte degli intermediari bancari, determinandone orientamenti uniformi⁵⁸. Tale ragionamento, tendente a valorizzare l'idea secondo cui le clausole censurate dalla Banca d'Italia non hanno natura anticoncorrenziale *ex se*, ma solo «nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme»⁵⁹, pur se ineccepibile nel suo formalistico rigore processuale, non appare altrettanto soddisfacente se analizzato nel prisma di parametri di «giustizia sostanziale». Infatti, inevitabile conseguenza della ricostruzione sopra riproposta è che al contraente debole sia addossato l'onere – pressoché impossibile da ottemperare – di riuscire a provare l'esistenza di una circostanza indissolubilmente connessa a dinamiche generali di mercato, privando, di fatto, l'accertamento da parte della Banca d'Italia di qualsivoglia rilevanza processuale *pro futuro*.

5. (segue) L'istanza di esibizione quale temperamento del rigorismo formalistico

Allo scopo di agevolare la difficile incombenza istruttoria posta in capo al fideiussore si è, dunque, tentato di introdurre dei temperamenti di natura processuale che possano alleggerirne la posizione. In particolare, sul punto, si registra un orientamento inaugurato dal Tribunale di Milano volto a ritenere ammissibili e rilevanti le istanze di esibizione proposte ai

⁵⁵ Trib. Torre Annunziata, sez. III, 16 luglio 2022, n. 1795, cit.

⁵⁶ Peraltro – sottolinea la pronuncia *de qua* – tale onere potrebbe essere assolto anche «mercé elementi [non meglio specificati, *n.d.r.*] capaci di provare, anche solo a livello indiziario, l'esistenza dell'illecito concorrenziale dedotto in giudizio».

⁵⁷ In termini cfr. anche la recentissima App. Napoli, sez. III, 30 settembre 2023, n. 4317.

⁵⁸ Nel caso di specie, la fideiussione *omnibus* di cui si denunciava l'illegittimità era stata prestata nel 2006, analogamente rispetto ad una di quelle sottoposte al vaglio delle Sezioni Unite: ciononostante, il giudice rigetta la domanda, ritenendo non provata la circostanza che nel periodo successivo a quello oggetto di accertamento «un numero significativo di istituti di credito (con adeguata rappresentatività sul territorio) abbiano, all'interno del medesimo mercato, coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei modelli uniformi di fideiussione *omnibus* tali da privare quella stessa clientela del diritto ad una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi e in reciproca concorrenza a dimostrazione di un'intesa, anteriore o coeva alla stipulazione della garanzia qui considerata»; di recente nel medesimo senso cfr. anche ABF, Coll. Coord., 29 dicembre 2022, n. 16511, in *Foro it.*, 2023, I, c. 1659 ss., con commento critico di E. CAMILLERI, *op. cit.*, 1667 ss., il quale evidenzia come l'idea che la prova privilegiata debba essere interpretata in termini meramente storici, costringendo il contraente a valle ad agire quale promotore di azione *stand-alone* piuttosto che *follow-on*, sembrerebbe contraddittoria dal punto di vista della politica del diritto, in quanto, a fronte di un'ormai acclarata tutela caducatoria in favore del garante, ne renderebbe praticamente impossibile l'accesso in punto di prova.

⁵⁹ Afferma espressamente che la dimostrazione della suddetta conformità sia posta in capo all'attore ai sensi dell'art. 2697 c.c., Cass., 28 novembre 2018, n. 30818, reperibile in www.dirittobancario.it.

sensi dell'art. 210 c.p.c. e dell'art. 3, decreto *enforcement*⁶⁰, che siano finalizzate ad ottenere i modelli contrattuali di fideiussione *omnibus* in uso presso istituti bancari, diversi da quelli interessati come parte in causa, nel periodo di tempo in cui sia stato sottoscritto l'accordo di garanzia oggetto dell'accertamento di invalidità, onde verificarne la sostanziale uniformità⁶¹. Qualora l'esito di tale indagine – in alcuni casi, è bene precisarlo, considerata, comunque, come strumento «complementare» e non «sostitutivo» rispetto all'adempimento dell'onere probatorio posto in capo al garante⁶² – fosse positivo, si dovrebbe ritenere dimostrata l'esistenza dell'intesa vietata con riguardo al lasso temporale vagliato.

Orbene, benché una soluzione di questo genere sia da accogliere con indubbio favore, è evidente che anche il mezzo processuale *de quo* non possa essere sempre risolutivo ai fini che ci occupano. È fin troppo semplice sottolineare, infatti, come in tal modo si finisca per attribuire un'eccessiva discrezionalità – quasi ai limiti dell'arbitrio – al giudice civile, in relazione al campione statistico da assumere quale rilevante, tanto da un punto di vista numerico⁶³, quanto in termini qualitativi⁶⁴. Inoltre, residuano delle remore sulla reale efficacia – in termini sostanziali – dell'ordine di esibizione, il cui inadempimento, sia nel precetto contenuto nel codice di rito che in quello della legge speciale, non è assistito da sanzioni particolarmente afflittive⁶⁵, e, dunque, rischia di costituire una prescrizione priva di portata dissuasiva rispetto a condotte ostruzionistiche di soggetti professionali e solvibili quali gli intermediari bancari⁶⁶. In proposito, è, quindi, da accogliere con assoluto favore l'introduzione

⁶⁰ Sul rapporto tra le due disposizioni cfr. P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 998, il quale evidenzia come la norma di settore manifesti un'evidente attenuazione dei requisiti di ammissibilità dell'ordine di esibizione rispetto a quelli previsti all'interno del codice di rito.

⁶¹ Cfr., in tal senso, l'ordinanza istruttoria di Trib. Milano, sez. Impr. A, 25 gennaio 2022, (est.: dott. Carni), reperibile in www.diritto bancario.it, che ha ordinato ad otto istituti bancari di esibire i modelli standard di fideiussione *omnibus* utilizzati in quattro periodi differenti (agosto 2006; febbraio 2008; maggio 2008 e giugno 2014); nel medesimo senso, si veda, ancor più di recente, sempre Trib. Milano, sez. Impr. A, 9 gennaio 2023, n. 107, che ha successivamente accolto, anche a seguito di un ordine ex art. 210 c.p.c. nei confronti di dieci intermediari, sia di carattere locale che a diffusione nazionale, la domanda di nullità parziale di una fideiussione *omnibus* del 2011.

⁶² In tal senso si esprime, infatti, il Collegio di Coordinamento ABF nella citata decisione n. 16511/2022.

⁶³ La Banca d'Italia svolse, infatti, la propria istruttoria chiedendo informazioni ad un campione di sette banche di differente dimensione, ma nulla esclude che il giudice possa ritenere tale numero inidoneo a dimostrare l'intesa o addirittura eccessivamente elevato allo scopo.

⁶⁴ Non esistono, infatti, indicazioni univoche né in termini di grandezza degli istituti da analizzare né, soprattutto, in relazione alla loro diffusione sul territorio nazionale.

⁶⁵ D'altronde, che l'efficacia di un provvedimento istruttorio dipenda dalle sanzioni in caso di sua inottemperanza è ricordato da P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 1001.

⁶⁶ In proposito è opportuno segnalare come non appaia idoneo ad indurre ad una rimeditazione dell'opinione riportata nel testo né la previsione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. 3/2017, stabilita in un *range* oscillante tra i 15.000 e 150.000 euro da devolversi in favore della Cassa delle ammende, né, a maggior ragione, la recente modifica all'art. 210, c.p.c., avvenuta ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, con cui, aggiungendosi un ultimo comma alla disposizione, si è stabilito come, in caso di inadempimento del terzo all'ordine di esibizione, il giudice potrà condannarlo ad un'irrisoria pena pecuniaria dai 250 ai 1.500 euro.

della sanzione di natura processuale di cui all'art. 6, comma 6, d.lgs. 3/2017⁶⁷, volta a punire il rifiuto senza giustificato motivo di rispettare l'ordine giudiziale o di adempiere allo stesso, consentendo, in simili ipotesi, al giudice, valutato ogni elemento istruttorio, di «ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce»⁶⁸.

6. Quali prospettive?

In conclusione, anche alla luce di quanto finora affermato e dei *vulnera* della soluzione formalistica, si potrebbero provare ad immaginare delle prospettive interpretative che, in un'ottica di riequilibrio dell'assetto di interessi rilevanti, conducano ad un alleggerimento della posizione del contraente debole. Analizzando la vicenda dal punto di vista del *public enforcement*, sarebbe senz'altro auspicabile l'avvio di una nuova istruttoria che indaghi sull'attuale esistenza di condotte degli operatori del settore creditizio che, caratterizzandosi secondo i canoni di un'intesa vietata ex art. 2, l. 287/1990, abbiano come conseguenza l'uniformazione degli schemi contrattuali offerti sul mercato dei consumatori, analogamente a quanto avveniva ad inizio millennio. In questo caso, ovviamente, gli esiti della procedura amministrativa – la cui competenza sarebbe dell'AGCM – risulterebbero vincolanti, nei limiti dell'art. 7, decreto *enforcement*, per il giudice civile adito nell'eventuale causa *follow-on* e, dunque, particolarmente utili a rafforzare la tutela dei fideiussori⁶⁹.

In attesa di tale intervento pubblicistico, in ogni caso, sarebbe da valutarsi favorevolmente un *revirement* da parte della giurisprudenza di merito, che, a prescindere dal momento storico in cui si sia concluso il contratto oggetto di causa, consenta di ritenere sufficiente ai fini della dimostrazione dell'anticoncorrenzialità della condotta, la corrispondenza delle clausole negoziali con quelle censurate dal provvedimento amministrativo⁷⁰, spettando così – magari

⁶⁷ Si tratta, ovviamente, di una norma il cui ambito di applicazione è circoscritto alla sole specifiche fattispecie sottoposte alla disciplina speciale.

⁶⁸ Accoglie con favore tale prescrizione, equiparandola ad una *ficta confessio* o, quantomeno, ad un'inversione dell'onere probatorio, P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 1003.

⁶⁹ Nelle cause *stand-alone*, invece, aderendo ad una tesi già espressa da R. RORDORF, *op. cit.*, p. 788, si potrebbe immaginare di attribuire all'Autorità di vigilanza il ruolo di *amicus curiae*, che funga da ausilio alla raccolta dei dati necessari alla ricostruzione dello scenario processuale.

⁷⁰ Ad esempio, Trib. Vicenza, sez. I, 12 gennaio 2023, n. 66, sembra ritenere sufficiente, ai fini di una presunzione *iuris tantum* di illegittimità, la sola corrispondenza letterale delle clausole contrattuali con quelle dello schema ABI; in un *obiter dictum* si esprime analogamente anche Trib. Roma, sez. Impr., 31 marzo 2023, n. 5288, il cui testo è riportato in www.foroplus.it, e che, dopo il richiamo alla citata Cass. n. 13846/2019, conclude nel senso che «il giudice, lungi dal dover accertare se l'intesa restrittiva della concorrenza persista al momento della sottoscrizione della fideiussione omnibus o se, successivamente al Provv. della B.I. n. 55 del 2005, le banche hanno dato concreta attuazione all'intesa restrittiva della concorrenza attraverso l'uniforme applicazione delle clausole (nn. 2, 6 e 8) dello Schema abi ritenute illecite dal citato provvedimento della B.I., deve limitarsi a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente (anche a distanza di anni dal citato provvedimento) coincidono o meno con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva della concorrenza».

anche alla luce di eventuali, ulteriori, elementi indiziari⁷¹ – alla banca convenuta l’onere di fornire prova contraria⁷². È bene, comunque, precisare che l’impresa potrebbe assolvere a quest’ultimo tanto mediante la produzione in giudizio del testo di analoghi negozi di garanzia che, sottoscritti da clienti differenti presso proprie filiali o presso altri istituti di credito nel medesimo arco temporale, non contengano le condizioni illegittime⁷³ quanto con la dimostrazione – invero piuttosto complicata – che le fideiussioni *omnibus*, seppur conformi allo schema *ABI*, nel caso concreto non siano attuazione dell’intesa vietata, ma costituiscano esito di un’espressa pattuizione con la controparte. Soprattutto con riguardo a tale secondo profilo, è evidente che la prova a carico dell’intermediario sarà senza dubbio più agevole per garanzie concluse in momenti cronologicamente distanti dal 2005, risultando più facile ricondurre le clausole a fattori connessi allo specifico interesse del singolo intermediario, piuttosto che ad un’uniformazione illegittima⁷⁴.

Lorenzo Mariconda

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

⁷¹ Trib. Napoli Nord, sez. III, 22 marzo 2023, n. 1179, con riferimento ad una garanzia stipulata nel giugno 2007, ha, dunque, attribuito rilevanza all’allegazione, da parte di un opponente a decreto ingiuntivo, di cinque contratti stipulati in un arco temporale dal 2007 al 2011 che, seppur conclusi con banche differenti, prevedevano tutti la compresenza delle clausole censurate.

⁷² D’altronde, si tratta del medesimo ragionamento svolto per le garanzie *ante* 2002 da E. PANZARINI, *op. cit.*, p. 67 ss.

⁷³ In tal senso, Trib. Napoli Nord, sez. III, 22 marzo 2023, n. 1179, cit.; analogamente, con riferimento specifico alle fideiussioni *omnibus* antecedenti rispetto all’avvio dell’istruttoria, cfr. E. PANZARINI, *op. cit.*, 70, testo e nt. 30.

⁷⁴ In termini, cfr. Trib. Vicenza, sez. I, 12 gennaio 2023, n. 66, cit.; sembra questo il senso letterale anche di Trib. Napoli, sez. II, 9 febbraio 2023, che, analizzando i profili di invalidità di una garanzia fideiussoria *omnibus* sottoscritta nel novembre 2006, ne ha dichiarato la nullità parziale osservando come fosse evidente che il contratto oggetto di causa rappresentasse una «derivazione» dell’intesa anticoncorrenziale, non soltanto in ragione della conformità del testo rispetto alle clausole dello schema *ABI*, ma anche per la «contiguità temporale tra le condotte anticoncorrenziali accertate dall’ABI e le fideiussioni rilasciate nel 2006, non essendo per converso stata fornita alcuna prova contraria da parte della Banca opposta rispetto alla cennata prova privilegiata»; valorizza tale profilo, da ultimo, Trib. Napoli Nord, sez. III, 22 marzo 2023, n. 1179, cit.



FEDERICA PINTO

La riunione dei procedimenti per ragioni di connessione e continenza: osservazioni a margine dell'esperienza progettuale¹.

Il lavoro dà atto dei risultati della ricerca che l'A. ha condotto presso il Tribunale di Napoli, nella prospettiva di individuare il modello più efficiente per la trattazione simultanea di cause.

The paper gives an account of the results of the research the A. conducted at the Court of Naples, in order to identify the most efficient model for the simultaneous handling of cases.

Sommario: Premessa metodologica e introduzione al tema della ricerca – Sezione I: La riunione di procedimenti pendenti innanzi allo stesso ufficio giudiziario. La disciplina prevista dagli artt. 273 e 274 c.p.c.; 1. Riunione di procedimenti relativi alla stessa causa o a cause connesse – 2. Dalla teoria alla prassi, il confronto con i dati raccolti presso il Tribunale di Napoli – 2.1. Il rapporto tra la riunione dei procedimenti e la sospensione necessaria – 3. I compiti demandati agli addetti UPP. Sezione II: Il *simultaneus processus* nell'ipotesi in cui le cause (connesse) pendano innanzi a diversi uffici giudiziari – 1. La riunione dei procedimenti nelle ipotesi di continenza e connessione – 2. Dalla teoria alla prassi (quasi inesistente) – 2.1. (*segue*) I provvedimenti di sospensione – 2.2. I problemi connessi all'utilizzo dei sistemi informatici attualmente in uso.

Premessa metodologica e introduzione al tema della ricerca.

Il presente contributo è stato realizzato nell'ambito del più ampio progetto "Modelli organizzativi e innovazione digitale: il nuovo ufficio per il processo per l'efficienza del sistema-giustizia". Il progetto, che vede come capofila l'Università degli studi di Napoli Federico II, si proponeva come principale obiettivo quello di migliorare l'efficienza e la qualità del sistema giudiziario, tramite un potenziamento dell'ufficio per il processo (d'ora in avanti, anche UPP). La ricerca oggetto di questo scritto è il frutto di un approccio metodologico peculiare basato sull'analisi di atti e provvedimenti (resi perlopiù nel periodo ricompreso tra il 2020 e il 2023)

¹ Intendo esprimere un sincero ringraziamento ai Presidenti Sdino e Cataldi, per il loro tempo e per l'aiuto nello svolgimento delle ricerche.

che sono stati raccolti presso il Tribunale di Napoli tramite l'accesso autorizzato al Pacchetto Ispettori² e al SICID³.

Tramite l'esame dei provvedimenti e lo svolgimento di altre attività progettuali è stato possibile: ricostruire il contesto di riferimento e verificare come in concreto è avvenuto l'inserimento degli addetti UPP nel Tribunale di Napoli; esaminare le criticità legate al funzionamento dell'ufficio giudiziario nel suo complesso (soprattutto con riferimento all'impiego di strumenti informatici che si rivelano inadeguati rispetto alle esigenze); elaborare una proposta di un modello organizzativo di gestione delle cause connesse, che ha come perno proprio l'UPP.

Più nel dettaglio, l'elaborato ha ad oggetto lo studio del modello più efficiente per la trattazione simultanea di cause, mediante lo svolgimento di verifiche preliminari in ordine ai presupposti per la riunione delle cause (pendenti innanzi allo stesso ufficio giudiziario o a diversi uffici) in caso di connessione e di continenza. La scelta di soffermarsi sulla riunione dei procedimenti, finalizzata alla trattazione simultanea delle cause, è dettata dal fatto che tale istituto nasce – come si vedrà – per realizzare obiettivi di economia processuale e migliorare la qualità della decisione.

Il risultato che ci si proponeva di raggiungere era quello elaborare una proposta rivolta agli uffici giudiziari per incrementare – anche mediante un potenziamento del ruolo degli addetti – l'impiego dell'istituto in esame allo scopo deflazionare il contenzioso, contrastare la tendenza alla parcellizzazione della domanda giudiziale e incentivare lo scambio in tempo reale di informazioni (tra gli uffici e all'interno dell'ufficio) in merito all'esistenza di procedimenti connessi.

Si è quindi proceduto, in un primo momento, all'esame dei provvedimenti per comprendere sia le modalità tramite le quali viene disposta la riunione nell'ufficio giudiziario di riferimento sia con quale frequenza vi si fa ricorso; di seguito, sono state individuate le problematiche relative al tema indagato, nonché elaborate alcune proposte.

Il presente lavoro si articola in due sezioni. Nella prima ci si occuperà dell'ipotesi in cui la medesima causa o più cause connesse pendano innanzi allo stesso ufficio giudiziario, muovendo dall'esame dei provvedimenti di riunione disposti a norma degli artt. 273 e 274

² Il Pacchetto ispettori è un *software* sviluppato all'interno della D.G.S.I.A. (Direzione generale per i servizi informativi automatizzati) per consentire principalmente all'Ispettorato Generale di poter estrapolare autonomamente e preventivamente all'accesso presso gli uffici, i dati necessari ai fini delle ispezioni, sollevando gli uffici da tale onere. L'applicativo, tuttavia, è posto anche a disposizione degli uffici giudiziari – indipendentemente dalle ispezioni – per consentire agli addetti del settore civile di utilizzare lo stesso ai fini del monitoraggio e della verifica dei dati gestiti. Pertanto, tale *software*, più evoluto rispetto ad altri programmi, è utilizzato dall'ufficio innovazione del Tribunale di Napoli per la rilevazione dei dati statistici e ha consentito di superare le criticità emerse in passato nella preparazione delle statistiche.

³ Si tratta di un applicativo ministeriale utilizzato dalle cancellerie per la gestione dei fascicoli informatici delle cause civili ordinarie, di lavoro e per i procedimenti di volontaria giurisdizione. Questa gestione riguarda l'intero procedimento, dall'iscrizione a ruolo fino al passaggio degli atti all'archivio o all'ufficio del giudice di grado superiore.

c.p.c.; mentre nella parte successiva saranno affrontati i problemi relativi alla riunione, quando le cause (connesse) sono instaurate innanzi a uffici giudiziari diversi.

Sezione I: La riunione di procedimenti pendenti innanzi allo stesso ufficio giudiziario.

1. Riunione di procedimenti relativi alla stessa causa o a cause connesse. La disciplina prevista dagli artt. 273 e 274 c.p.c.

La riunione dei procedimenti è «un istituto sorto nella prassi dei tribunali e volto ad alleggerire il lavoro giudiziario e renderlo più coerente, evitando che la pendenza dinanzi allo stesso giudice di più processi [identici o] collegati per l'oggetto renda necessaria la ripetizione di atti eguali nel contenuto e negli effetti, o almeno con una parte del contenuto o degli effetti identica»⁴.

Il codice del 1865 non faceva cenno all'istituto in parola, l'unico riferimento si rinviene nel regolamento generale giudiziario (art. 229, R.D. 14 dicembre 1865, n. 2641), seguito poi dal regolamento di esecuzione della legge di riforma del procedimento sommario (art. 31, R.D. 31 agosto 1901, n. 413), ciò probabilmente a conferma del fatto che si tratta di un istituto nato nella prassi degli Uffici giudiziari per sopperire all'esigenza di evitare un inutile dispendio di energie processuali.

L'importanza dell'istituto venne colta dal legislatore del 1942, il quale ha provveduto a inserire nell'attuale codice due norme che disciplinano la riunione dei procedimenti nell'ipotesi in cui gli stessi pendano innanzi allo stesso ufficio giudiziario: si tratta degli artt. 273 e 274 c.p.c.

Il primo, disciplina – com'è noto – l'ipotesi in cui la stessa causa pende innanzi al medesimo giudice o a giudici diversi appartenenti allo stesso ufficio giudiziario, prevenendo rispettivamente, nel primo caso, che il giudice investito di entrambe le cause *debba* riunirle d'ufficio⁵; mentre, nella seconda ipotesi, che il giudice che ha notizia della pendenza del procedimento davanti a un altro giudice o altra sezione del medesimo ufficio giudiziario *debba* riferirlo al presidente dello stesso, il quale previa audizione delle parti, *deve* ordinare con decreto la riunione, indicando la sezione o designando il giudice davanti al quale il procedimento dovrà proseguire.

Con riguardo più nello specifico al provvedimento di riunione, questo – secondo l'opinione maggioritaria – non integra un provvedimento sulla competenza (data l'unicità dell'organo adito) e, per tale ragione, non è riconducibile alla litispendenza in senso tecnico⁶, di

⁴ G. FRANCHI, voce *Riunione di procedimenti*, in *Nss. Dig. It.*, 1969, XVI, Torino, p. 220.

⁵ Come emerge dalla prassi la riunione avviene sotto il numero d'iscrizione della causa più risalente. In dottrina tale soluzione era già stata suggerita da V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3 a ed., Napoli, 1964, p. 236.

⁶ Sul punto, Cass., 28 aprile 2004, n. 8101, nella quale si è affermato che «la pendenza di due procedimenti innanzi allo stesso ufficio esclude che si sia realizzata l'ipotesi di litispendenza, atteso che in una tale evenienza il giudice può disporre la riunione

conseguenza non trova applicazione l'art. 39, comma 1°, c.p.c.⁷. Si tratta dunque di un provvedimento ordinatorio non impugnabile ma revocabile, purché si dimostri l'inesistenza di un'unica causa⁸.

Apparentemente simile è la disciplina prevista per le ipotesi di cause connesse. L'art. 274 c.p.c. prevede infatti che se le cause connesse pendono innanzi allo stesso giudice questi *può* disporre d'ufficio la riunione; diversamente, se si tratta di cause connesse pendenti innanzi a giudici diversi appartenenti al medesimo ufficio, il giudice istruttore o il presidente di sezione che viene a conoscenza della riunione *potrà* riferirlo al presidente dell'ufficio il quale, sempre previa audizione delle parti, *potrà* ordinare con decreto «che le cause siano chiamate alla medesima udienza».

L'ipotesi in parola si differenzia da quella prevista dall'art. 40 c.p.c., dal momento che mentre in tale ultimo caso sono previste deroghe ai criteri di competenza al fine di realizzare il *simultaneus processus*, in quelli disciplinati dall'art. 274 c.p.c. non vi è alcuna conseguenza in termini di competenza⁹, dal momento che si tratta di cause pendenti innanzi al medesimo ufficio e che i rapporti tra le diverse sezioni del Tribunale integrano questioni di mero riparto interno piuttosto che di competenza¹⁰.

ai sensi dell'art. 273, comma 1°, c.p.c. dei vari procedimenti. Il mancato esercizio, di tale facoltà, da parte del giudice del merito, non costituisce - peraltro - errore denunciabile in cassazione».

⁷ Sulle differenze tra le due discipline v. Cass., 17 marzo 2006, n. 5894, nella quale si afferma: «deve escludersi che, in applicazione di un parallelismo con l'istituto della litispendenza, la regola disciplinatrice del quale è nel senso che il processo iniziato per secondo dev'essere definito in rito e non dev'essere trattato, nell'ipotesi in cui la riunione abbia luogo avanti allo stesso giudice di due procedimenti identici, il giudice debba trattare il processo considerando soltanto il primo giudizio, di modo che se esso presenta un problema in rito che impedisce la trattazione del merito, quest'ultima resti preclusa anche sul secondo. Infatti, ciò, oltre ad essere in contrasto con la stessa previsione della riunione obbligatoria dei procedimenti identici pendenti avanti al medesimo giudice, sarebbe anche in manifesto contrasto con quanto accade allorquando un giudizio venga definito con pronuncia di rito e venga successivamente proposto un nuovo identico giudizio, la cui proposizione non è impedita dalla pronuncia in rito sul primo giudizio. Il parallelismo con l'istituto della litispendenza può soltanto suggerire che, in relazione a riti processuali imperniati sulle preclusioni, la verifica di una preclusione (di rito o di merito) nel primo processo determini l'effetto di impedire che nel secondo processo la preclusione possa essere superata». In un analogo ordine di idee, Cass., 21 aprile 2010, n. 9510.

⁸ Cass., 2 giugno 2000, n. 7377; Cass., 20 luglio 2001, n. 9906; Cass., 16 settembre 1995, n. 9785; App. Napoli, 26 gennaio 2009, n. 232.

⁹ C. E. BALBI, *Connessione e continenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. Priv. sez. civ.*, Agg., I, Torino, 2000; G. FRANCHI, *Riunione dei procedimenti*, cit., p. 214 e in App., VI, Torino, 1986, p. 220; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 3 a ed., Padova, 2002, p. 474; L. MONTESANO e G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, 2., Padova, 2001, p. 1404; S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13 a ed., Padova, 2000, p. 311; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 2., 2 a ed., Milano, 2002, p. 191.

¹⁰ Da ultimo, si veda la pronuncia delle Sez. Un. (23 luglio 2019, n. 19882, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1, p. 336, con nota di G. RUFFINI) che ha fatto il punto sui rapporti tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di impresa, chiarendo che nel caso in cui entrambe le sezioni facciano parte del medesimo ufficio giudiziario, il rapporto tra le stesse non attiene alla competenza, ma rientra nella mera ripartizione degli affari interni dell'ufficio giudiziario. Diversamente, per quanto concerne le sezioni specializzate agrarie, la qualificazione dei rapporti, tra queste e quelle ordinarie, nello schema della competenza dipende dalle «particolari caratteristiche della sezione» derivanti dall'apporto al collegio giudicante di membri laici.

Le differenze tra le ipotesi del 273 e quelle del 274 c.p.c. sono state oggetto di un ampio dibattito dottrinale. Secondo una prima opinione, esse risiedevano nel fatto che – nonostante in entrambe le norme si facesse riferimento alla riunione dei procedimenti, da intendersi come «l'atto con il quale il magistrato riduce ad unità due o più processi pendenti dinanzi alla stessa autorità giudiziaria» – la *ratio* sottesa alle due disposizioni fosse diversa. Giacché si riteneva che, mentre nei casi di cui all'art. 273 c.p.c. – trattandosi della medesima causa – l'obiettivo fosse quello di eliminare uno dei due processi pendenti (art. 273 c.p.c.); negli altri, lo scopo fosse quello di realizzare un cumulo di cause nell'ambito di uno stesso processo (art. 274 c.p.c.)¹¹. A tal riguardo, si sottolineava che nonostante sotto il profilo formale la disciplina prevista dalle norme in esame fosse pressoché identica, così come pure la stessa nozione di *riunione*, sotto il profilo funzionale le due ipotesi divergessero notevolmente.

In una direzione opposta si muovevano quanti sostenevano che nei casi del 273 c.p.c. più che di eliminazione (del processo instaurato per secondo) era opportuno discorrere di fusione dei procedimenti (divenendo unica la causa da decidere), il che comporterebbe l'acquisizione all'unico procedimento, che risulta a seguito della riunione, degli atti e di tutto il materiale istruttorio eventualmente raccolto nei due processi, sicché il giudice potrebbe avvalersi di tutte le allegazioni e delle prove raccolte nei due giudizi sino all'emanazione del provvedimento di riunione¹².

Dopo la novella del '90 è prevalsa l'opinione secondo cui nei casi di cui all'art. 273 c.p.c. non si assiste a una *reductio ad unum* dei due procedimenti ma essi preservano la loro autonomia; con la conseguenza che il giudice investito della decisione possa conoscere solo i fatti allegati e il materiale istruttorio acquisito nel processo instaurato preventivamente, salva l'eventualità che, non potendo tale causa concludersi con una pronuncia di merito, venga meno l'impedimento alla trattazione di quella successivamente instaurata¹³. La ragione alla base di questa impostazione, che ha avuto seguito anche in giurisprudenza, è quella di evitare che le parti si servano dell'espedito della riunione al fine di superare le decadenze maturate nel primo giudizio¹⁴.

Diversamente, nei casi previsti dall'art. 274 c.p.c. (*i.e.* cause connesse) si ritiene pacificamente che la loro trattazione congiunta lasci inalterata l'autonomia dei giudizi, tant'è vero che al momento della decisione le cause sono considerate singolarmente. E ciò determina delle

¹¹ G. FRANCHI, *op. loc. cit.*

¹² G. FRANCHI, *Riunione dei procedimenti*, cit., p. 220 s.; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, cit., p. 475; S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 310; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., p. 462; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1960, p. 310.

¹³ A. LORENZETTO PESERICO, *La continenza di cause*, Padova, 1992, p. 112; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, 1., Padova, 1999, p. 300 s. V., inoltre, G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 226 e S. CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 1992, p. 200.

¹⁴ Cass., 15 gennaio 2015, n. 567, in *Foro it.*, 2015, 11, I, p. 3691, con nota di O. DESIATO.

ripercussioni anche con riguardo alle preclusioni eventualmente maturate nel corso del processo e il materiale istruttorio raccolto.

Oltre che sul piano funzionale, le fattispecie in esame divergono anche per altri aspetti.

Si osserva, in primo luogo, che a differenza dell'ipotesi prevista dall'art. 273 c.p.c., nella quale il provvedimento di riunione è frutto di una scelta vincolata e può essere – anche previa sollecitazione di parte – disposto d'ufficio, nei casi di cui all'art. 274 c.p.c. la riunione viene disposta dal giudice solo se ritenuta opportuna. In altre parole, il provvedimento di riunione in tali casi è facoltativo e, di conseguenza, l'esercizio del relativo potere è rimesso a un apprezzamento insindacabile del giudice di merito¹⁵. Inoltre, la valutazione in termini di opportunità tiene conto non solo dell'esistenza in concreto di una connessione tra le cause ma anche dello stato in cui si trovano i diversi processi, in quanto l'utilità della trattazione simultanea non può essere vanificata dagli eventuali ritardi o complicazioni che deriverebbero dalla riunione¹⁶.

Peraltro, in tali casi, a differenza di quelli soggetti alla disciplina dell'art. 273 c.p.c., il presidente, al quale vengono trasmessi i fascicoli, non ordina la riunione delle cause bensì la chiamata delle cause innanzi al giudice designato (secondo i criteri previsti dall'art. 40 c.p.c., vale a dire quelli innanzi al quale pende la causa principale) il quale all'esito dell'udienza valuta l'eventuale riunione.

Infine, un ultimo aspetto sul quale è opportuno soffermarsi brevemente concerne l'ambito di applicazione.

Il concetto di *stessa causa* previsto dall'art. 273 c.p.c., coincide con quello previsto dall'art. 39, comma 1°, c.p.c. e deve pertanto desumersi ricorrendo agli usuali criteri soggettivi e oggettivi. Sennonché si è soliti estendere l'ambito applicativo della norma in esame ricomprendendo al suo interno anche le ipotesi di continenza di causa¹⁷. Diversamente, l'art. 274 c.p.c. troverebbe applicazione non solo nelle ipotesi di connessione oggettiva propria ma anche nei casi di connessione oggettiva impropria o connessione meramente soggettiva.

Una volta svolte le necessarie premesse in merito alla disciplina è bene evidenziare che entrambe le norme mirano soddisfare esigenze di economia processuale. È fuor di dubbio che la *ratio* dell'art. 273 c.p.c. è, oltre quella di prevenire un possibile contrasto tra giudicati, quella di evitare una duplicazione dell'attività giurisdizionale sulla medesima controversia¹⁸; lo stesso

¹⁵ Sul punto v., tra le altre, Cass., 30 settembre 2022, n. 28539.

¹⁶ La riunione è invece obbligatoria, a norma dell'art. 151 disp. att., in caso di «[...] procedimenti relativi a controversie in materia di lavoro e di previdenza e di assistenza e a controversie dinanzi al giudice di pace, connesse anche soltanto per identità delle questioni dalla cui risoluzione dipende, totalmente o parzialmente, la loro decisione». In questi casi il giudice *deve* disporla a meno che la riunione non renda troppo gravoso o comunque ritardi eccessivamente il processo. In queste ipotesi la riunione, salvo gravi e motivate ragioni, è, comunque, disposta tra le controversie che si trovano nella stessa fase processuale.

¹⁷ Sul punto, v. Cass., 2 luglio 2021, n. 18808, in merito alle preclusioni laddove vi sia continenza di cause.

¹⁸ A. LORENZETTO PESERICO, *La continenza di cause*, cit., p. 112 s.

può dirsi anche con riguardo all'ipotesi prevista nell'art. 274 c.p.c., dal momento che la norma mira a favorire la realizzazione del *simultaneus processus* allo scopo di garantire non solo il coordinamento tra le decisioni ma anche il rispetto delle esigenze di economia processuale. In questa prospettiva, lo strumento della riunione costituisce uno mezzo potenzialmente deflattivo del contenzioso, tramite il quale è possibile ridurre ad unità uno o più processi.

Tuttavia, sotto il profilo dell'utilità è bene spendere qualche ulteriore considerazione. Se nei casi previsti dall'art. 273 c.p.c. lo scopo ultimo della riunione è quello di ottenere un'unica decisione valevole per entrambi i processi; nel caso della connessione è opportuno distinguere a seconda che le cause siano connesse per identità della *causa petendi* o del *petitum*. Se le due cause hanno in comune il titolo, l'esigenza di economia si manifesta prevalentemente nella fase istruttoria, dal momento che «le energie processuali spese per una causa sono utilizzate per la decisione dell'altra, senza che vi sia ripetizione di atti»¹⁹; se invece hanno in comune l'oggetto l'economia non si realizza tanto nella fase istruttoria, quanto all'atto decisionale, dal momento che l'accoglimento di una domanda esclude quello dell'altra. Infine, nel caso in cui la connessione sia soggettiva l'unico vantaggio derivante dalla riunione, in termini di economia processuale, è dato dalla maggiore probabilità di pervenire a una conciliazione.

Sennonché, è bene precisare che non sempre le esigenze di economia processuale sono destinate a prevalere, potendo il giudice – investito della decisione di entrambe le cause – disporre la separazione delle stesse. Tuttavia, mentre nelle ipotesi dell'art. 273 c.p.c. la revoca del provvedimento presuppone una censura implicita del provvedimento di riunione, nelle ipotesi di connessione fra le cause la separazione può essere ancora una volta frutto di una scelta in termini di opportunità.

2. Dalla teoria alla prassi, il confronto con i dati raccolti presso il Tribunale di Napoli.

È bene a questo punto esaminare l'*iter* che conduce all'emanazione del provvedimento di riunione. Se le cause, connesse o identiche (le due ipotesi, come si dirà a breve, sono assoggettate alla medesima disciplina), pendono innanzi allo stesso giudice (persona-fisica) questi, conformemente al dato positivo, dispone d'ufficio la riunione delle cause; se invece le cause pendono innanzi a giudici diversi della stessa sezione, i fascicoli vengono trasmessi al presidente della *sezione* il quale rimette la trattazione di entrambe le cause al giudice investito della causa previamente iscritta al ruolo.

Solo quando le cause pendono innanzi a sezioni diverse del Tribunale, il giudice – che per primo ravvisa la sussistenza di una connessione tra le cause – lo segnala all'ufficio ruolo generale. Un incaricato presso l'ufficio provvede a chiedere alle cancellerie la trasmissione dei relativi fascicoli; una volta acquisiti li trasmette al presidente di gabinetto (ossia, un magistrato

¹⁹ G. FRANCHI, *op. cit.*, p. 221.

scelto tra i presidenti di sezione che mediante un meccanismo di rotazione settimanale ricopre tale ruolo), il quale – mediante la compilazione di un modulo *standard* nel quale non sono indicati i presupposti giuridici che legittimano la riunione – si limita ad individuare il giudice (che solitamente è quello della causa preveniente), al quale verranno trasmessi i fascicoli, che dovrà valutare se disporre eventualmente la riunione.

Capita per prassi che nonostante si segua l'*iter* ora indicato, il magistrato incaricato della decisione di entrambe le cause si rifiuti di disporre la riunione previa verifica dello stato delle cause pendenti. Da ciò si evince che di fatto spetta a quest'ultimo la valutazione in ordine all'opportunità di disporre la riunione delle cause connesse. In buona sostanza, a differenza di quanto traspare dalla lettera della norma la verifica in termini di opportunità è compiuta esclusivamente *a valle* dal magistrato investito della decisione di entrambe le cause, tant'è vero che, nonostante il dettato normativo lo preveda, in nessun caso il presidente dispone l'audizione delle parti.

L'assenza di un controllo immediato in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 273 e 274 c.p.c. genera una serie di problematiche che incidono sulla corretta applicazione delle norme citate.

In particolare, si osserva che allo stato non constano provvedimenti di riunione disposti a norma dell'art. 273 c.p.c., mentre risultano – dai dati raccolti, relativi al triennio 2020-2023 – 903 riunioni disposte a norma dell'art. 274 c.p.c. Eppure, si verificano casi in cui la medesima causa pende innanzi a giudici diversi dello stesso ufficio.

La ragione di ciò è che vi è un [inspiegabile] assorbimento delle ipotesi naturalmente riconducibili alla previsione di cui all'art. 273 c.p.c. nella disciplina prevista dall'art. 274 c.p.c. Emblematico è il caso della causa iscritta al ruolo due volte. Le ragioni di tale duplice iscrizione – come si evince dalla lettura dei provvedimenti di riunione – è rappresentata il più delle volte dalla mancata allegazione, all'atto della prima iscrizione al ruolo, di alcuni documenti ovvero da imprevisti sorti al momento dell'invio della PEC. La giurisprudenza ha più volte ribadito che in tali circostanze la riunione dovrebbe avvenire a norma dell'art. 273 c.p.c.²⁰, e non dell'art. 274 c.p.c., con la conseguenza che il giudice – come si è visto in precedenza – dovrebbe conoscere solo i fatti allegati e il materiale istruttorio raccolto nel procedimento iniziato in un momento anteriore.

Inoltre, la sovrapposizione tra le ipotesi di cui all'art. 273 e quelle previste dall'art. 274 c.p.c. si verifica anche nelle ipotesi – assai frequenti, soprattutto in materia di famiglia – in cui la medesima domanda sia stata proposta due volte ma a parti invertite. Anche in tali casi, il giudice dovrebbe procedere alla riunione secondo quanto disposto dall'art. 273 c.p.c., decidendo esclusivamente la domanda proposta per prima.

²⁰ Cass., 25 marzo 2003, n. 4376.

La mancata applicazione dell'art. 273 c.p.c. comporta, dunque, anche l'assoggettamento delle ipotesi di continenza di cause nell'ambito di applicazione dell'art. 274 c.p.c. Ancora una volta la prassi diverge rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, la quale anche in una recente pronuncia ha avuto modo di ribadire che le ipotesi di continenza devono essere ricomprese nella previsione di cui all'art. 273 c.p.c.²¹.

La sovrapposizione dell'ambito applicativo delle norme in esame è un dato al quale guardare con preoccupazione, dal momento che – come si evince chiaramente dalla lettera della norma – solo la riunione ex art. 273 c.p.c. è obbligatoria. Di conseguenza l'applicazione dell'art. 274 c.p.c., in luogo di quest'ultima, fa sì che la riunione sia sempre frutto di una scelta discrezionale rimessa [come di fatto accade] al magistrato indicato dal presidente dell'ufficio.

Inoltre, come si è visto, quando la riunione è disposta a norma dell'art. 273 c.p.c. il giudice conosce esclusivamente dei fatti allegati e il materiale istruttorio acquisito nel processo instaurato preventivamente, diversamente da quanto accade nelle ipotesi di cui all'art. 274 c.p.c. Da ciò deriva che la mancata applicazione dell'art. 273 c.p.c. potrebbe agevolare la parte che intende superare le decadenze maturate nel primo giudizio.

Inoltre, e più in generale, per come è concepito il sistema, l'istituto in esame diventa uno strumento che si presta facilmente ad abusi da parte dei difensori.

Si osserva, infatti che la corretta applicazione delle norme in tema di riunione presuppone che il giudice adito abbia contezza della pendenza di una causa identica o connessa pendente innanzi ad altro giudice appartenente al medesimo ufficio. Tuttavia, non esistono allo stato strumenti dei quali il giudice, o i suoi ausiliari, possono valersi per verificare la sussistenza dei presupposti per la riunione. Di conseguenza, il provvedimento è sempre emanato a seguito di una segnalazione da parte dei difensori, che possono (e non devono) sollecitare l'emanazione del provvedimento. Ciò comporta che vi saranno casi in cui i difensori, non avendo interesse alla riunione (perché ciò equivale a ridurre le *chances* di vittoria, soprattutto con riguardo alle controversie seriali), ometteranno di sollecitare il giudice che di conseguenza non la disporrà. L'omissione dolosa delle circostanze che potrebbero giustificare l'emanazione del provvedimento potrebbe dipendere anche dalla volontà di aggirare le preclusioni eventualmente maturate in uno dei due giudizi.

Il rilievo tempestivo dei presupposti per la riunione dei procedimenti è invece auspicabile, soprattutto alla luce del peculiare rapporto di reciproca esclusione esistente tra l'art. 274 c.p.c. e il 295 c.p.c. (per il quale, v. *infra* § 2.1.).

Dall'analisi dei sistemi informatici è anche emerso un problema di natura tecnica legato al tema in esame relativo ai depositi degli atti in via telematica. Si osserva, infatti, che nel momento in cui viene disposta la riunione, ex art. 274 c.p.c., le parti devono depositare gli atti nel fascicolo della causa più risalente (anche detta «causa portante»), nel quale sono confluiti

²¹ Cass., 2 luglio 2021, n. 18808, cit.

i due procedimenti. Tuttavia, accade che, laddove i difensori delle cause riunite siano diversi, il difensore della causa «assorbita» non potrà automaticamente avere accesso al fascicolo della causa preventivamente iscritta al ruolo. La visione del fascicolo è subordinata a un intervento manuale che deve essere eseguito dal cancelliere.

Inoltre, dall'analisi dei fascicoli visionati sul SICID è emerso che in caso di riunione i fascicoli restano comunque separati, il che potrebbe rendere più gravosa l'attività del magistrato incaricato della decisione di entrambe le cause. Più nello specifico, facendo una ricerca sul SICID per «evento» si può verificare quali siano le cause nelle quali sia stato disposto il provvedimento di riunione, che figurano come «definite». Una volta però che si accede al fascicolo della causa riunita l'ultimo provvedimento che figura è proprio quello di riunione e non vi è un collegamento automatico al fascicolo della causa alla quale è stata accorpata. Nel prendere poi visione del fascicolo di quest'ultima, figura il provvedimento di riunione ma non anche il fascicolo della causa definita e accorpata. È ancora una volta la cancelleria a dover provvedere all'inserimento manuale degli atti relativi alla causa «assorbita» nel fascicolo della causa «portante».

Il che determina una serie di problemi tecnici, dal momento che la cancelleria non si premura di compiere tale attività contestualmente all'emanazione del provvedimento di riunione.

2.1. Il rapporto tra la riunione dei procedimenti e la sospensione necessaria.

In merito al rapporto tra la riunione dei procedimenti (disposta a norma degli artt. 273 e 274 c.p.c.) e la sospensione necessaria del processo si è espressa a più riprese la Suprema Corte stabilendo che nel caso in cui tra due procedimenti, pendenti avanti il medesimo ufficio ovvero a sezioni diverse del medesimo ufficio, esista un rapporto di identità o di connessione, il giudice del giudizio pregiudicato non può adottare il provvedimento di sospensione ex art. 295, ma deve rimettere gli atti al capo dell'ufficio, in ottemperanza alle previsioni degli artt. 273 o 274 del codice di rito, a meno che il diverso stato in cui si trovano i due procedimenti non ne precluda la riunione²².

In questa prospettiva si ritiene che la riunione dei procedimenti sia uno strumento per evitare l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. e deve essere preferito a quest'ultima, salvo nelle ipotesi in cui lo stato delle cause, connesse, sia differente. La ragione di ciò sta nel fatto che la sospensione necessaria, che di fatto determina una stasi del processo dipendente, contrasta con le esigenze di economia processuale²³.

²² *Ex multis*, Cass., 23 luglio 2010 n. 17468; Cass., 8 luglio 2013 n. 16955; Cass., 17 maggio 2017, n. 12441; Cass., 23 settembre 2020, n. 19990. L'eventuale violazione di tale regola è ritenuta sindacabile in sede di regolamento di competenza proposto avverso il provvedimento di sospensione (Cass., 24 luglio 2015, n. 15604).

²³ A conferma di ciò è possibile richiamare la nota sentenza della Cass., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Foro it.*, 2014, 3, I, p. 936, con nota di G. TRISORIO LIUZZI e A. PROTO PISANI. In dottrina, L. P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980, p. 210.

Dai dati acquisiti presso il Tribunale di Napoli è emerso che anche la prassi sembra orientarsi in questa direzione. E, infatti, negli ultimi anni (ci si riferisce al triennio 2020-2023) si è assistito a un incremento dei provvedimenti di riunione e a una notevole diminuzione dei casi di sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*²⁴, nell'ipotesi in cui le cause pendano innanzi al medesimo ufficio giudiziario.

La drastica diminuzione dei provvedimenti in esame la si può verificare confrontando i dati rilevati in alcune sezioni del Tribunale, dai quali si evince un notevole squilibrio tra il numero dei provvedimenti di sospensione disposti nel decennio 2000-2010, rispetto a quello attuale; e a ciò corrisponde in maniera direttamente proporzionale un aumento dei provvedimenti di riunione *ex art. 274 c.p.c.*

Il cambiamento registrato è dovuto, secondo quanto è stato riscontrato, a un incremento della settorializzazione all'interno dell'ufficio giudiziario. Con l'istituzione di sezioni specializzate, o semi-specializzate, si è infatti assistito a un aumento dei provvedimenti di riunione, dal momento che le cause connesse pendono, più frequentemente, innanzi alla stessa sezione.

Tale circostanza ha fatto sì che si verificasse un abbattimento delle barriere burocratiche, eliminando il preliminare passaggio all'ufficio del ruolo generale, già oberato di lavoro. La riunione diventa in questo modo un "affare" della singola sezione e viene sbrigativamente pronunciata dal presidente della stessa, alla stregua di quanto accade quando la causa o le cause pendono innanzi allo stesso giudice. L'attivazione del dialogo tra i giudici che operano all'interno della sezione contribuisce ad eliminare gli ostacoli visti in precedenza permettendo di giungere a provvedimenti di riunione che risultano essere frutto di una scelta concertata e ponderata.

A ben vedere, una soluzione analoga potrebbe essere adottata anche per le ipotesi in cui le cause pendono innanzi a sezioni diverse del Tribunale ma appartenenti alla medesima area (ad es. le sezioni IV e VI appartenenti macroarea dei "diritti reali" ovvero V e XIV afferenti a quella delle "esecuzioni"); ma per far sì che ciò accada è necessario individuare un magistrato coordinatore dell'area – uno dei due presidenti di sezione – competente a disporre la riunione, una volta verificata la sussistenza dei presupposti.

Negli altri casi, invece, poiché l'ufficio ruolo generale si limita ad attrarre a sé i fascicoli, per poi trasmetterli al presidente – che di fatto non compie alcuna verifica in ordine ai presupposti, con la conseguenza che la scelta ricade sul giudice incaricato di decidere

²⁴ Per dimostrare quanto affermato è possibile richiamare, a scopo esemplificativo, alcuni dati raccolti nell'ambito del progetto MOD-UPP. Presso la sezione I, ad esempio, risultano sospesi 16 giudizi, tutti i provvedimenti di sospensione sono anteriori al 2020, ad eccezione di uno datato 6 ottobre. Ancora, nella sezione III risultano sospesi 32 giudizi, i provvedimenti di cui si ha notizia sono perlopiù antecedenti al 2020. Nella sezione V sono presenti 84 giudizi sospesi, i fascicoli con anno di iscrizione a ruolo maggiormente risalente sono stati sospesi nelle seguenti date: 18 maggio 2004; 31 gennaio 2006; 19 aprile 2001 e allo stato consta un solo procedimento sospeso nel triennio di riferimento. Infine, presso la sezione XIV sono presenti 86 giudizi sospesi, solo tre dei quali sono stati sospesi nel 2022.

entrambe le cause – il rischio è che vi sia un inutile dispendio di energie (dal momento che tale giudice potrebbe rifiutare la riunione), dettato soprattutto dall'assenza dei presupposti sulla riunione.

Si può concludere, dunque, affermando che il dialogo tra i magistrati adibiti alla stessa sezione incentiva scambio in tempo reale di informazioni ed è essenziale ai fini del corretto impiego dell'istituto in esame.

Ciò nonostante, si registra un ulteriore profilo critico, oltre quelli innanzi citati (*supra* § 2). Se la presenza di un minor numero di provvedimenti di sospensione è sicuramente un dato al quale bisogna guardare con favore è anche vero che, allo stesso tempo, il problema è ben lontano dal trovare una soluzione. È vero, infatti, che i giudici sono meno inclini, laddove la scelta sia possibile, a sospendere il processo prediligendo la riunione; tuttavia, vi sono casi in cui nessuno dei due provvedimenti in esame viene adottato, il che vuol dire che i processi – di regola, connessi o in rapporto di continenza – proseguono su binari paralleli, generando quell'inevitabile dispendio di energie processuali che la riunione dovrebbe prevenire.

Ciò perché, laddove le cause pendono innanzi a giudici diversi e questi ultimi non hanno modo di compiere alcuna verifica preliminare, il provvedimento è sempre frutto di una previa sollecitazione da parte del difensore il che potrebbe comportare, oltre alla conseguenza ora indicata, anche l'insorgenza di contrasti inconsapevoli tra decisioni rese nei diversi processi.

3. I compiti demandati agli addetti UPP.

A questo punto è possibile interrogarsi sul ruolo che l'addetto UPP potrebbe svolgere per porre rimedio ai problemi riscontrati.

Tuttavia, prima però di passare all'esame specifico dei compiti che sono (e che potrebbero) essere demandati agli addetti, è necessario soffermarsi preliminarmente sul modello organizzativo adottato dal Tribunale di Napoli con riguardo all'UPP.

Come è noto, l'ufficio per il processo è struttura organizzativa flessibile che varia a seconda delle esigenze dell'ufficio giudiziario nel quale si insedia²⁵.

Con specifico riferimento al Tribunale di Napoli, è bene chiarire che nella fase iniziale sono stati inseriti all'interno della compagine dell'UPP 139 addetti²⁶. Circa l'allocazione delle nuove risorse il modello organizzativo prescelto è quello del c.d. *one-to-one*; la scelta di assegnare gli addetti UPP, in *primis* alle singole sezioni, senza prevedere alcun meccanismo di rotazione, e

²⁵ L'art. 3, d. lgs. 151/2022, demanda al capo dell'ufficio (previa audizione dei presidenti di sezione e del dirigente amministrativo e previa analisi dei flussi e individuazione delle eventuali criticità) la predisposizione del progetto organizzativo allo scopo di definire le priorità di intervento, gli obiettivi da perseguire e le azioni per realizzarli, individuando il personale da adibire agli uffici.

²⁶ Sezione 1 (Area famiglia) n. addetti 7; sezione 2 (Area Diritto Commerciale) n. 12; sezione 3 (Tribunale delle Imprese) n. 7; sezioni 4-6 (Area Proprietà e Condominio) n. 14; sezioni 5-14 (Area Esecuzione) n. 12; sezione 7 (Fallimentare) n. 8; sezione 8 (Successioni e Responsabilità professionale) n. 12; sezione 9 (Area Locazioni) n. 7; sezione 10 (Contenzioso con la PA) n. 8; sezioni 11-12 (Area Contratti) n. 21; sezione 13 (Famiglia, Tutele, Protezione Internazionale) n. 10; sezione Lavoro n. 21.

poi, all'interno della stessa, a un singolo magistrato non è inusuale. L'obiettivo è senz'altro quello di creare una sorta di "addetto specializzato", che si forma all'interno della singola sezione e acquisisce sul campo conoscenze limitate alla materia di competenza della sezione stessa.

Oltre ad essere adibito alla singola sezione, l'addetto è poi assegnato ad uno o, più di rado, a due magistrati²⁷. Si prevede, dunque, che l'addetto venga associato in modo continuativo ed esclusivo a un magistrato, per svolgere funzioni di assistenza all'attività giurisdizionale.

Ciò che giustifica l'adozione di siffatto modello è che in tal modo gli addetti possono usufruire di un periodo di formazione approfondita sul tipo di lavoro da svolgere a diretto contatto con il giudice; inoltre, la prossimità fisica e la costante supervisione dell'operato dell'addetto consente una rapida acquisizione delle competenze di base. In questo modo il magistrato, contribuendo alla formazione del funzionario, è anche in grado di valutare l'opportunità di affidargli attività di maggior peso quali, ad esempio, la redazione di bozze di provvedimenti più complessi.

Il modello citato presenta alcuni indiscutibili vantaggi, oltre a quello della creazione di un rapporto fiduciario tra il magistrato e il "suo" addetto, ma anche alcune criticità.

Si osserva, infatti, che l'assegnazione degli addetti alla sezione contribuisce ad aumentare la specializzazione all'interno degli uffici; e ciò potrebbe portare alla creazione di gruppi composti da addetti UPP che si occupano solo di specifiche materie e col tempo contribuire a realizzare quella attività di supporto per il consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali sezionali, che era annoverata dall'allegato II, n. 1, d.l. 9 giugno 2021, n. 80 (convertito con modificazioni dalla Legge, n. 113 del 6 agosto 2021 a cui è seguito d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151) tra le mansioni degli addetti²⁸,

agevolando la creazione di banche dati giurisprudenziali della sezione, mediante l'individuazione di eventuali contrasti o orientamenti consolidati²⁹.

L'assegnazione alla sezione è un dato al quale bisogna guardare con favore ma a questo si dovrebbe probabilmente affiancare, in una prospettiva di maggior efficienza, un modello diverso dal c.d. *one to one*. L'affiancamento dell'addetto al singolo magistrato, infatti,

²⁷ Il dato indicato è stato ricavato tramite la somministrazione di questionari sottoposti agli addetti UPP e ai presidenti di ciascuna sezione del settore civile del Tribunale di Napoli. Dalle risposte è emerso che mentre inizialmente l'assegnazione dei funzionari era in un rapporto 1:1 (ogni magistrato aveva a disposizione un funzionario dell'UPP); successivamente, a causa della riduzione del numero di addetti in servizio, solo per alcuni magistrati è rimasta l'assegnazione iniziale mentre in altri casi il funzionario è assegnato a due magistrati.

²⁸ L. R. LUONGO, *Le funzioni degli «addetti» all'ufficio per il processo nel sistema della giustizia ordinaria», in Judicium online*, 2022, § 3.

²⁹ A tal riguardo si osserva che la realizzazione di tali banche dati è uno degli obiettivi annuali prefissati dalle singole sezioni del Tribunale di Napoli, come si evince dal documento di accompagnamento al format 2022. Dalla lettura del documento emerge, infatti, che la maggior parte delle sezioni intendono realizzare, tramite un costante confronto tra i magistrati sulle tematiche più frequenti, l'obiettivo dell'uniformità delle decisioni e della conseguente riduzione dei tempi della decisione, anche mediante la creazione di banche dati contenenti i provvedimenti più significativi.

presenta delle criticità legate al fatto che, da un lato, non vi è interazione tra l'addetto e altri magistrati adibiti alla sezione e, dall'altro, che l'addetto – proprio in forza del rapporto fiduciario che si instaura con il magistrato – diviene difficilmente sostituibile. E, infatti, non pochi problemi hanno causato le scoperture di organico determinate dalla migrazione dei funzionari verso posizioni professionali più gradite (il più delle volte a tempo indeterminato)³⁰. In alternativa allo schema ora illustrato vi sono altri modelli organizzativi dei quali ci si potrebbe avvalere per ovviare alle criticità riscontrate. In particolare, va valutata la scelta di collocare l'addetto all'interno di un *pool* al servizio di un'articolazione dell'ufficio giudiziario (che può coincidere con la singola sezione o con l'intera macroarea), il che ovviamente favorirebbe l'interazione con altri magistrati adibiti alla sezione, incrementando anche le conoscenze del singolo.

Tale soluzione tiene conto anche di un'ulteriore circostanza. Vero è che tra i compiti «preparatori e di supporto alla funzione giurisdizionale» ve ne sono alcuni che possono essere efficacemente espletati mediante l'affiancamento dell'addetto UPP al singolo magistrato (mi riferisco, in particolare, allo studio del fascicolo e alla redazione della scheda del processo, all'assistenza al magistrato nell'espletamento delle verifiche preliminari, alla predisposizione di bozze dei provvedimenti) ma, allo stesso tempo, vi sono attività che potrebbero giovare di una gestione accentrata³¹. Tra queste figurano senz'altro quelle prodromiche all'adozione di provvedimenti di riunione ex artt. 273 e 274 c.p.c.

A tal riguardo è bene precisare che allo stato gli addetti che affiancano il singolo magistrato compiono verifiche in ordine ai presupposti per la riunione³². In merito a ciò si potrebbe anche ipotizzare la creazione di un *pool* di addetti a supporto del presidente dell'ufficio giudiziario (ovvero, del presidente del gabinetto) ai quali affidare la verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti per la riunione, evitando che tale valutazione venga compiuta esclusivamente a valle dal magistrato individuato dal presidente dell'ufficio.

Demandare agli addetti tale attività contribuirebbe ad incrementare il numero di provvedimenti disposti a norma dell'art. 274 c.p.c. ed evitare che le cause connesse procedano su binari distinti, il che oltre a comportare un inutile dispendio di energie processuali può condurre anche all'emanazione di decisioni contrastanti. In questo modo, verrebbe demandata agli addetti anche la valutazione dei presupposti per l'applicazione dell'art. 273 c.p.c., in luogo del 274 c.p.c., sgravando di conseguenza l'ufficio ruolo generale di tale valutazione (che neppure gli compete).

Inoltre, seppure si volesse restare fedeli al modello c.d. del *one to one* si potrebbe ipotizzare che l'addetto sia chiamato anche a compiere quella verifica in termini di opportunità – che di

³⁰ S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, reperibile sul sito *aispc.it*, p. 26.

³¹ S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, cit., p. 20.

³² È quanto è emerso dai questionari relativi alle attività svolte dai funzionari UPP, ai quali si è fatto cenno in precedenza (*retro*, nota 27).

regola sarebbe demandata al magistrato – sull’eventuale prosecuzione o separazione delle cause.

Infine, nelle mansioni previste dall’allegato II, n. 1, vi è anche quella del “supporto ai processi di digitalizzazione e innovazione organizzativa dell’ufficio”. Nell’ambito di questa attività è quindi auspicabile che venga affidato agli addetti – che hanno ricevuto una formazione iniziale che ha avuto ad oggetto anche lo studio degli strumenti informatici quali SICID e la *console* del magistrato – il compito di provvedere, una volta emanato il provvedimento *ex art.* 274 c.p.c., alla riunione telematica dei due fascicoli (in modo tale che dal SICID risultino entrambi), nonché il correlato compito di autorizzare i difensori ad accedere al fascicolo riunito, così da consentirgli di procedere ai depositi telematici.

Le attività ora indicate presuppongono l’adozione di un modello diverso rispetto a quello attualmente in uso. Una maggiore autonomia operativa dell’addetto è quindi auspicabile, per evitare che tale figura si riduca a mero esecutore di singoli atti richiesti di volta in volta dal magistrato, il che gli impedisce di avere una conoscenza più ampia della causa del suo complesso.

Sezione II: Il *simultaneus processus* nell’ipotesi in cui le cause (connesse) pendano innanzi a diversi uffici giudiziari.

1. La riunione dei procedimenti nelle ipotesi di continenza e connessione.

Spostando l’indagine sulla diversa ipotesi in cui le cause pendano innanzi a due diversi uffici giudiziari i problemi applicativi aumentano notevolmente.

Il primo ostacolo si pone sul piano teorico e riguarda l’ambito di applicazione dell’art. 39 e dell’art. 40 c.p.c. La riunione tra i procedimenti, come è noto, può avvenire per ragioni di continenza o connessione, le differenze tra le due discipline, contenute rispettivamente nell’art. 39 e nell’art. 40 c.p.c. sono particolarmente significative.

In particolare, si osserva che mentre con riferimento alla continenza la giurisprudenza ammette che la riunione delle cause si possa realizzare in qualunque stato (e, seppure, con alcune precisazioni, grado)³³ del processo, la riunione disposta dal giudice per ragioni di

³³ Sul limite temporale di deducibilità della continenza di cause si erano costituiti, in giurisprudenza, quattro orientamenti, fra loro non necessariamente in contraddizione: *a)* per un primo, la continenza poteva essere dichiarata solo se il giudizio preventivamente instaurato non era stato rimesso al collegio e non risultava, quindi, già completamente esaurito (v. Cass., 16 marzo 1982, n. 1713 e Cass., 30 ottobre 1971, n. 3099); *b)* per un secondo, ferma l’impossibilità di una declaratoria di continenza fra giudizi che pendono in gradi diversi, non rilevava in modo alcuno il diverso stadio istruttorio dei procedimenti medesimi (v. Cass., 12 dicembre 1977, n. 5391,); *c)* un terzo si limitava a rilevare che non poteva esser dichiarata la continenza tra due giudizi i quali pendevano in gradi diversi, perché, in detti casi, il rapporto di continenza non era ipotizzabile (v. Cass., 15 luglio 1982, n. 4164; Cass., 23 aprile 1979, n. 2303; Cass., 4 novembre 1978, n. 5006; Cass., 14 maggio 1977, n. 1931; Cass., 28 luglio 1976, n. 2998; Cass., 5 aprile 1974, n. 972; Cass., 14 novembre 1972, n. 3373); *d)* infine un quarto, assolutamente minoritario, riteneva possibile la declaratoria di continenza anche tra due giudizi pendenti in gradi diversi quando in grado di

connessione è soggetta a limiti temporali più stringenti. Essa, infatti, ai sensi dell'art. 40 c.p.c., non può essere eccepita dalle parti o rilavata d'ufficio dal giudice dopo la prima udienza, né la riunione può essere ordinata «quando lo stato della causa principale o preventivamente proposta non consente l'esauriente trattazione e decisione delle cause connesse».

Inoltre, si ritiene che proprio gli stretti limiti temporali cui è soggetta la riunione a norma dell'art. 40 c.p.c., fanno sì che si assista a un incremento dei provvedimenti resi a norma dell'art. 295 c.p.c. Ciò accade proprio perché se la riunione non è più possibile il giudice dovrà provvedere a disporre la sospensione, in attesa che si concluda il processo avente ad oggetto la causa pregiudicante (con sentenza, anche non passata in giudicato).

L'interpretazione più ampia dunque dell'art. 39, comma 2°, diventa la via migliore per evitare quella dilazione temporale nella tutela insita inesorabilmente nella sospensione ex art. 295 c.p.c.³⁴ e proprio in questa prospettiva la continenza diviene un utile strumento per deflazionare il contenzioso.

Per tali ragioni nel corso degli anni si è assistito a un ampliamento delle ipotesi di continenza e a una conseguente riduzione delle ipotesi di connessione di cause. Se, infatti, la dottrina tradizionale ricostruiva la continenza quale fenomeno affine alla litispendenza, ritenendo che la differenza tra i due istituti risiedesse nella sola diversità quantitativa fra le domande (si parla in tali casi di *litispendenza parziale*)³⁵, attualmente è prevalsa l'opinione che guarda alla continenza in una prospettiva funzionale³⁶. Secondo i sostenitori di tale impostazione la

appello si trovava la causa contenente e in primo grado la causa contenuta (v. Cass., 14 marzo 1972, n. 737). Secondo l'opinione attualmente prevalente la continenza può essere rilevata anche d'ufficio e anche oltre la prima udienza. Tuttavia, non può essere dichiarata se le cause pendono in gradi diversi e quando la causa preveniente sia già in fase di decisione, perché in entrambi i casi non sarebbe comunque più possibile procedere ad una trattazione congiunta delle cause (cfr., di recente, Cass., 15 luglio 2009, n. 16446). Per quanto concerne la litispendenza, invece, la giurisprudenza ammette la possibilità di dichiararla anche nel caso in cui le cause aventi ad oggetto la medesima domanda si trovino in gradi diversi (Cass., 12 dicembre 2013, n. 27846).

³⁴ In questo senso C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto processuale*, 1., Torino, 2019, p. 376.

³⁵ P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1943, p. 134; F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale italiano*, I, Roma, 1956, p. 256; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 8 a ed., Milano, 2012, p. 73; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 1., Torino, 2014, p. 327; F. FRANCHI, *Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, 1., I, Torino, 1973, p. 412 s.; E. GARBAGNATI, voce *Continenza di cause*, in *Nss Dig. It.*, Torino, 1957, p. 404 s.; B. FABI, voce *Continenza di cause*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, pp. 649 ss.; G. GIONFRIDA, *Appunti sulla connessione e continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 147; A. LORENZETTO PESERICO, *La continenza di cause*, Padova, 1992, pp. 118 ss. Sul punto, v. anche V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, cit., p. 139, per il quale il concetto di continenza non si riferirebbe a una differenza meramente quantitativa tra i *petita* ma a quelle cause che da un punto di vista quantitativo si trovino in un rapporto di continente a contenuto e, infatti, ritiene che «casi tipici sono offerti dall'accertamento incidentale e dal cumulo obiettivo».

³⁶ In dottrina, tale tesi è stata affermata, sia pure sotto la vigenza del codice del 1865, da E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939, p. 337, il quale riteneva ricorresse continenza quando «una causa contiene, comprende o coinvolge, in tutto o in parte, attualmente o virtualmente, in senso parallelo o inverso, avendo riguardo alla domanda o alle eccezioni, anche la materia dell'altra». In seguito, aderisce a tale opinione E. MERLIN, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, p. 609 s. La tesi citata trova ampia

continenza, rispondendo all'esigenza di prevenire conflitti pratici tra i giudicati, ricomprende al suo interno tutte le ipotesi in cui vi possa essere un'interferenza negli effetti pratici delle pronunce. Tale tesi ha avuto ampio seguito anche in giurisprudenza³⁷, la quale estende l'ambito di applicazione dell'istituto in esame alle ipotesi in cui fra le cause sussista un *rapporto di interdipendenza* «tale che la decisione dell'una causa sia presupposto per la decisione dell'altra»³⁸; ovvero qualora fra le due cause sussista un nesso di pregiudizialità logico-giuridica «tale per cui le contrapposte domande concernano il riconoscimento e la tutela di diritti derivanti dallo stesso rapporto e il loro esito dipenda dalla soluzione di una o più questioni comuni»³⁹; o, ancora, quando fra le cause sussista un rapporto di interdipendenza, come nel caso in cui sono prospettate, con riferimento ad un unico rapporto negoziale, domande contrapposte o in relazione di alternatività e caratterizzate da una coincidenza soltanto parziale delle *causae petendi*⁴⁰.

Ovviamente per poter ricomprendere queste ipotesi nello schema della continenza di cause è necessario adottare un'interpretazione dell'art. 39, comma 2°, che si discosti dallo schema «contenente-contenuto», posto che nei casi ora menzionati non vi è una causa che ricomprende l'altra. In questa direzione depone, del resto anche il dettato normativo. Invero, il comma 2° dell'art. 39 c.p.c. non stabilisce una *vis attractiva* della causa contenente in quella contenuta e, infatti, dispone che il giudice adito successivamente dichiari la continenza non quando il primo giudice sia quello della causa «contenente», bensì quando il primo giudice sia competente a conoscere anche della seconda; il che potrebbe accadere anche quando il primo giudice sia stato investito della causa meno ampia⁴¹.

Estendere l'ambito di applicazione dell'istituto della continenza di cause equivale dunque a ridurre le ipotesi di connessione, soggette – come si è detto – alla disciplina prevista dall'art. 40 c.p.c., nonché dell'art. 295 c.p.c. laddove il primo non fosse applicabile.

illustrazione nello studio di G. SCARSELLI, *Note in materia di continenza di cause nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 1370 ss.

³⁷ Cfr., *ex multis*, Cass., 25 luglio 2012, n. 13161; Cass., 15 ottobre 2010, n. 21333; Cass., 18 marzo 2003, n. 4006; Cass., 4 marzo 2002, n. 3109; Cass., 19 aprile 2001, n. 5837; Cass., 24 febbraio 2000, n. 2109.

³⁸ Cfr. Cass., 3 ottobre 2012, n. 16831; Cass., 14 luglio 2011, n. 15532; Cass., 15 ottobre 2010, n. 21333.

³⁹ *Ex multis*, Cass., 6 settembre 2002, n. 12995.

⁴⁰ Cass., 1° ottobre 2007, n. 20600; Cass., 1° ottobre 2007, n. 20596. A tal riguardo si è soliti discorrere in dottrina di continenza *biforcata* o *parziale*, che sussiste allorquando due cause hanno una parte in comune e in più, ciascuna, un proprio elemento che la contraddistingue rispetto all'altra. Cfr. G. SCARSELLI, *Note in materia di continenza di cause nel processo ordinario di cognizione*, cit., p. 1381 e A. LORENZETTO PESERICO, *La continenza di cause*, cit., p. 25.

⁴¹ G. SCARSELLI, *Note in materia di continenza di cause nel processo ordinario di cognizione*, cit., p. 1386, nota 62; E. MERLIN, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione*, cit., p. 609 e s. Nel senso opposto, ossia che la riassunzione debba avvenire sempre davanti al giudice della causa contenente, v. E. GARBAGNATI, *In tema di continenza di cause*, in *Foro Pad.*, 1953, I, p. 1267; *Id.*, *Ancora in tema di continenza di cause*, *ivi*, 1954, I, p. 163. Sul punto v. anche A. MASSARI, *Continenza di cause e giudizio pendente di impugnazione*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 429.

2. Dalla teoria alla prassi (quasi inesistente).

Per quanto concerne l'ipotesi di cui trattasi, nelle quali le cause in rapporto di connessione e di continenza pendano innanzi ad uffici giudiziari diversi, vi è da dire che tale evenienza si verifica soprattutto nelle ipotesi in cui concorrono diversi criteri di competenza, sicché può accadere che le parti instaurino le diverse cause innanzi a uffici giudiziari diversi; al contrario se il criterio di competenza è univoco difficilmente il problema si presenta nella prassi.

Tuttavia, all'esito della ricerca svolta presso il Tribunale di Napoli mediante l'ausilio degli strumenti informatici di cui si è detto in premessa non è stato possibile rinvenire tali provvedimenti. In particolare, non figurano allo stato provvedimenti pronunciati a norma dell'art. 39, comma 2°, c.p.c. né provvedimenti di riunione disposti a norma dell'art. 40 c.p.c. Oltre ad essere impossibile fare una ricerca "per contenuto", il SICID non segnala in alcun modo l'eventuale presenza di provvedimenti di tal fatta; né al contempo tali dati possono essere ricavati mediante l'ausilio del Pacchetto ispettori, nel quale non figurano allo stato processi definiti mediante provvedimenti di riunione disposti a norma dei citati articoli.

La ragione della scarsa (se non addirittura inesistente) produzione di tali provvedimenti risiede ad avviso di chi scrive nella difficoltà per il magistrato investito della decisione di una causa di verificare l'eventuale esistenza dei presupposti per dichiarare la continenza o per predisporre la riunione. Ciò, infatti, accade esclusivamente nei casi in cui siano i difensori a sollecitare l'esercizio dei poteri di riunione.

A differenza delle ipotesi di cui sopra, nelle quali la cancelleria – o, come suggerito, gli addetti UPP – potrebbero compiere delle verifiche in ordine ai presupposti per l'emanazione dei provvedimenti di riunione, nei casi qui in esame invece un controllo di questo tipo non è realizzabile essendovi un difetto di comunicazione tra i sistemi informatici attualmente in uso. Tali sistemi, originariamente progettati per essere distrettuali, contengono al loro interno esclusivamente i dati relativi alle cause pendenti innanzi al singolo ufficio giudiziario.

La conseguenza di ciò è che, se il giudice non ha strumenti a sua disposizione per poter verificare l'esistenza dei presupposti applicativi delle norme in esame, non solo (come si dirà a breve) aumentano i provvedimenti di sospensione *ex art. 295 c.p.c.*, poiché si viene a conoscenza del nesso tra le cause in un momento in cui gli è preclusa la riunione, o perché le cause pendono ormai in gradi diversi divenendo inapplicabile la previsione dell'art. 39, comma 2°, c.p.c., ma che la sospensione diviene un strumento del quale le parti si potrebbero avvalere a scopi dilatori.

2.1. (segue) I provvedimenti di sospensione.

L'esame dei provvedimenti di sospensione *ex art. 295 c.p.c.* reperiti tramite SICID conferma quanto sinora affermato. Le problematiche relative ad essi possono essere così sintetizzate. In primo luogo, si segnala una certa riluttanza dei giudici rispetto all'applicazione dell'art. 39, comma 2°, c.p.c. nelle ipotesi di pregiudizialità logica. Vi sono casi quali ad esempio la

contemporanea pendenza di due cause, l'una avente ad oggetto la validità del contratto preliminare e l'altra promossa a norma dell'art. 2932 c.c., nei quali si è soliti applicare l'art. 295 c.p.c. nonostante le stesse si trovino nello stesso stato. Abbiamo poi casi nei quali in un processo si discute della validità del contratto principale e in altri dei suoi effetti, si pensi al caso in cui pendano due cause l'una nella quale si chiede di accertare la validità del contratto di fideiussione e l'altra che ha ad oggetto l'opposizione a decreto ingiuntivo proposta dai garanti. Anche in questi casi la fattispecie è soggetta alla disciplina della sospensione per pregiudizialità dipendenza, nonostante non incorrano le limitazioni temporali cui è soggetta la dichiarazione di continenza.

Vi sono poi casi di connessione per pregiudizialità dipendenza, nelle quali il rilievo intempestivo della connessione preclude di fatto la riunione dei procedimenti. Ciò accade in diverse ipotesi, per citarne una, basti pensare al caso in cui pendono innanzi a due uffici giudiziari una causa avente ad oggetto il disconoscimento della paternità e un'altra di dichiarazione giudiziale di altra paternità⁴².

L'applicazione indiscriminata dell'art. 295 c.p.c. alle ipotesi generalmente riconducibili all'art. 39, comma 2°, c.p.c. e 40 c.p.c., determina al contempo un inevitabile incremento dei provvedimenti di sospensione disposti a norma dell'art. 337 c.p.c., dal momento che – secondo la giurisprudenza – le parti possono riassumere il giudizio sospeso dopo che il primo sia stato definito (con sentenza non ancora passata in giudicato) ma il giudice, dinanzi al quale avviene la riassunzione, può disporre la sospensione facoltativa ex art. 337, comma 2°, c.p.c. ogni qual volta ritenga di “non poggiarsi sull'autorità della decisione pronunciata nel primo giudizio”⁴³.

2.2. I problemi connessi all'utilizzo dei sistemi informatici attualmente in uso.

Tra le mansioni previste oltre che dal d.l. 80/2022, anche dall'art. 5 del d.lgs. 151/2022, vi è – come si è detto – quella di «supporto per l'utilizzo degli strumenti informatici». Tale attività presuppone però che i sistemi informatici attualmente in uso consentano agli addetti di estrarre informazioni rilevanti al fine di provocare il potere di riunione da parte del giudice. Se tale «controllo» è, come si è visto, possibile nell'ipotesi in cui le cause pendano innanzi allo stesso ufficio, una verifica simile non è invece attuabile se i procedimenti pendono innanzi a uffici giudiziari diversi.

A tal proposito è bene però differenziare alcune ipotesi. Se, infatti, le cause identiche o connesse pendono innanzi a giudici appartenenti al medesimo distretto, o a una stessa area territoriale, un controllo in ordine alla sussistenza dei presupposti per la riunione potrebbe essere effettuato proponendo un'istanza al C.S.I.A. (Coordinamento Interdistrettuale per i

⁴² Sul punto, v. Cass., 22 marzo 2023, n. 8268.

⁴³ Cass., 19 giugno 2012, n. 10027, cit.

Sistemi Informativi Automatizzati)⁴⁴. Il C.S.I.A. di Napoli ha competenza sugli uffici ricompresi nel territorio dei distretti delle Corti d'appello di Bari, Catanzaro, Lecce, Napoli, Potenza, Reggio Calabria e Salerno e ha accesso ai sistemi informatici di tali uffici giudiziari. Cosicché il magistrato (o l'addetto), sempre a seguito di una segnalazione della parte, potrebbero rivolgersi all'ufficio in questione per poter verificare la sussistenza dei presupposti per la riunione dei procedimenti. Tuttavia, al momento il C.I.S.I.A., pur avendo i mezzi per compiere tale verifica, per ragioni di *privacy* non fornisce alcuna informazione ai magistrati circa le pendenze in altri uffici giudiziari.

Quello della *privacy* risulta in effetti un falso problema. Com'è noto, infatti, il novellato codice della *privacy* prevede all'art. 2-duodecies un regime peculiare rispetto al trattamento dei dati personali per «ragioni di giustizia». La disposizione cit. prevede al comma 1° una delimitazione dell'area soggettiva del trattamento dei dati personali, stabilendo «nell'ambito di procedimenti dinanzi agli uffici giudiziari di ogni ordine e grado [...]». Invero, si ritiene che la locuzione citata, oltre a voler ricomprendere le magistrature diverse da quella ordinaria, si estenda a tutti coloro che sono addetti all'ufficio giudiziario e che svolgano attività strumentali alla funzione giurisdizionale⁴⁵. Quanto invece all'ambito oggettivo delle ragioni di giustizia, il comma 4° definisce i trattamenti per ragioni di giustizia quelli «correlati alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie». Da tale norma si ricava dunque che non vi sarebbero ostacoli all'eventuale controllo da parte del giudice in merito a una causa instaurata innanzi a un diverso ufficio giudiziario, giacché tale attività è finalizzata al soddisfacimento di esigenze di economia processuale e giustizia della decisione.

Oltre a ciò, è bene sottolineare si sta procedendo alla creazione di un *Data Lake*, ossia di un *repository* centralizzato che consente di archiviare grandi quantità di dati nel loro formato nativo, provenienti da molte fonti diversificate e disomogenee⁴⁶. La creazione di un Sistema

⁴⁴ Gli Uffici C.I.S.I.A., nel rispetto delle linee guida del Direttore generale e degli uffici centrali, hanno il compito di:

- a) gestione, accesso e disponibilità dei sistemi informativi automatizzati, di telecomunicazione e fonia, per tutti gli uffici del Ministero, uffici amministrativi e gli uffici giudiziari, per il territorio di propria competenza;
- b) garantire la corretta diffusione ed assistenza territoriale per le postazioni di lavoro, piattaforme di collaborazione e produttività individuale, sistemi di audio/video e le applicazioni ministeriali;
- c) gestire la domanda dei fabbisogni di beni e servizi informatici territoriali in coordinamento con gli uffici centrali;
- d) assicurare la diffusione presso gli uffici del territorio delle soluzioni e dei sistemi informativi automatizzati e la realizzazione delle soluzioni di telecomunicazione e fonia;
- e) garantire il rispetto delle linee guida e procedure di sicurezza informatica;
- f) fornire supporto agli uffici centrali, per la realizzazione, diffusione e gestione dei siti internet degli uffici giudiziari.

⁴⁵ P. C. RUGGIERI, *Privacy e processo civile*, Roma, 2022, p. 92.

⁴⁶ Dal documento del Ministero della Giustizia denominato «Ricognizione della digitalizzazione del processo civile e penale e della transizione digitale del Ministero della Giustizia» consultabile sul sito www.giustizia.it, emerge che tra i progetti di ricerca avviati dal Ministero della giustizia vi è, per l'appunto, la creazione del *Data Lake*. Sempre nel documento si legge che «L'adozione di un sistema di *Data Lake* può rappresentare una svolta per la digitalizzazione della Giustizia, perché consente un notevole ampliamento delle informazioni alle quali si ha accesso, grazie a un set potenzialmente infinito di tipologie di dati; è in sostanza il quesito di analisi a determinare la selezione dei dati dai quali attingere informazioni. Così, nel *Data Lake*,

centrale di raccolta dati dovrebbe consentire – in base a quanto emerge dai documenti ministeriali – di effettuare «*benchmarking* (valutazioni) comparativi tra Tribunali e unità operative di Tribunali e *benchmarking* temporali. Il sistema permetterà di individuare aree di inefficienza e, tramite analisi sulle sequenze temporali di attività e sui flussi di lavoro, consentirà ai Dirigenti Giudiziari, ai Dirigenti Amministrativi, al Consiglio Superiore della Magistratura, al Ministero e al Parlamento, secondo le rispettive competenze, di elaborare nuovi e più efficienti modelli organizzativi, o di gestione del processo giurisdizionale».

La sua messa in atto però dovrebbe anche garantire – obiettivo che non emerge espressamente dai documenti – una connessione tra i diversi uffici giudiziari, al fine di garantire lo scambio di informazioni in tempi rapidi. Ovviamente per motivi *privacy* l'accesso a un sistema siffatto deve essere consentito solo ad utenti riconosciuti, quali giudici, ausiliari e addetti UPP.

Solo mediante l'attuazione di tale progetto sarà possibile verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 39, comma 2°, e 40 c.p.c. Tuttavia, la creazione di un sistema centralizzato di per sé non è sufficiente giacché bisogna fare i conti con la riluttanza dei giudici che – nonostante la tendenza della giurisprudenza di legittimità – non ricorrono alla continenza, se non con riguardo ai casi riconducibili *stricto sensu* alla litispendenza parziale.

Federica Pinto

Ricercatrice dell'Università degli studi di Napoli Federico II

Già assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

la ricerca accede a tutte le informazioni disponibili, indipendentemente dalla sorgente che le ha generate. In definitiva, con il *Data Lake* sono potenzialmente illimitati modi di interrogare i dati e di applicare ad essi una grande varietà di *tool* differenti».



MARILENA MAIONE

Giustizia «efficiente» e diritto giurisprudenziale

Nell'ambito del progetto di ricerca MOD-UPP dell'Università Federico II di Napoli, l'autrice analizza il rapporto tra la legge e la giurisprudenza al fine di vagliarne l'incidenza sull'efficienza della giustizia per il tramite della partecipazione coordinata all'amministrazione della giustizia da parte dell'Ufficio per il processo.

As part of the MOD-UPP research project of the Federico II University in Naples, the author analyses the relationship between law and jurisprudence in order to assess its impact on the efficiency of justice, through coordinated participation in the administration of justice by the Ufficio per il processo.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. L'amministrazione della giustizia e l'Ufficio per il processo – 3. L'esperienza presso il Tribunale di Napoli Nord – 4. L'amministrazione della giustizia e la riforma del diritto processuale civile – 5. Il ruolo del diritto giurisprudenziale – 6. La prevedibilità ed il deflazionamento del contenzioso civile.

1. Considerazioni introduttive.

Secondo una matura teoria economica del processo¹, è la natura pubblica del servizio giudiziario il fattore inflattivo del contenzioso giurisdizionale; secondo una teorica successiva «in un ordinamento di diritto giurisprudenziale, in presenza di regole inefficienti le probabilità che le parti promuovano una lite è maggiore»². Ed ancora, una tesi più recente afferma che l'efficienza della giustizia civile dipende dal formalismo procedurale e dalla sua incidenza sulla durata del giudizio, lasciando concludere per una «*reduction of procedural formalism*»³. Certo è che, dal punto di vista dell'analista economico del diritto, il livello di efficienza della giustizia sarebbe determinato «*by how the law regulates their operations, what we call procedural formalism*»⁴. La legge processuale, in altri termini, sarebbe il primo elemento condizionante l'efficienza della giustizia per cui, in chiave correttiva, diventerebbe prioritario promuovere la riforma delle norme processuali inefficienti.

¹ W.M. LANDES, *An Economic Analysis of the Courts*, in *Journal of Law and Economics*, XIV, 1971, p. 61 ss.

² P. RUBIN, *Why is the Common Law Efficient*, in *Journal of Legal Studies*, VI, 1977, p. 51; G.L. PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, in *Journal of Legal Studies*, VI, 1977, p. 65; F. AULETTA, *Una lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 634.

³ S. DJANKOV, R. LA PORTA, F. LOPEZ – DE SILANES, A. SHLEIFE, *Courts*, in *Quarterly Journal of Economics*, CXVIII, 2003, 453; F. AULETTA, *Una lezione di analisi economica del diritto processuale*, cit., p. 636.

⁴ F. AULETTA, *Una lezione di analisi economica del diritto processuale*, cit., p. 636.

I sostenitori delle teorie dell'organizzazione, però, sottostimano il ruolo svolto in questo gioco di concause dalla legge processuale, ritenendo all'opposto determinante la questione organizzativa degli uffici giudiziari. Favoriscono l'idea che sarebbe inutile continuare a riformare la legge processuale, poiché *«in regime di mala practice una legge vale un'altra»*, per cui cercano *«di recuperare l'efficienza del sistema con l'individuazione di best practices»*, quasi come se *«la migliore applicazione di una cattiva norma non p(ossa) mai valere quanto la peggiore di una norma buona»*⁵. Da questo punto di vista, l'inefficienza dipenderebbe, soprattutto, dal modo in cui qualsiasi norma venga applicata e sarebbe, allora, la prassi applicativa lo strumento migliore per estirpare la radice dell'inefficienza.

In questo tentativo di indagine circa le eziologie dell'inefficienza della giustizia civile appare indubbio che il ruolo di protagonista e di deuteragonista spetti alla legge processuale e all'organizzazione giudiziaria, e di come non si possa prescindere dall'una né dall'altra per rendere la giustizia più efficiente. Del resto, come ricordato da autorevole dottrina⁶, già Virgilio Andreoli riconosceva che *«non esiste una disciplina del processo talmente buona, da impedire che nella pratica il processo funzioni male o, all'inverso, una così cattiva, da impedire che nella pratica il processo funzioni bene»*, lasciando trasparire l'imprescindibile rapporto tra lo svolgimento del processo e la sua organizzazione.

Di tanto, ora, tiene conto anche il legislatore moderno che, consapevole dell'incapacità di una riforma processuale di carattere esclusivamente tecnico – normativo di incidere sulla durata del processo e della sincronica necessità di adottare misure di carattere (anche) ordinamentale ed organizzativo⁷, tenta di rimediare ancora una volta allo “stato dell'arte” con un intervento di riforma che va oltre la mera revisione delle norme del processo civile, potenziando, per un verso, l'organizzazione dell'amministrazione della giustizia e, per altro verso, gli strumenti di risoluzione alternativa della lite.

⁵ F. AULETTA, *Op. ult. cit.*, p. 637. Cfr. S. ZAN, *Fascicoli e tribunali: il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003, p. 10 ss., nella parte in cui rileva come il merito del gruppo vada individuato nella *«consapevolezza che solo l'interazione tra i saperi e le culture diverse di tipo giuridico, processuale, informatico e organizzativo può pensare di affrontare il tema del cambiamento della giustizia civile con qualche speranza di successo, laddove è storicamente evidente che interventi parziali e monodisciplinari hanno sistematicamente fallito»*.

⁶ S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, in *www.aispc.it*, 2023, p. 3, quale Relazione tenuta nel corso del XXXIV Convegno Nazionale AISPC, avente come tema *“La riforma della giustizia tra regole della giurisdizione e organizzazione”*, svoltosi presso l'Università degli studi di Napoli “Federico II”, il 22-23.09.2023. Cfr. A. PROTO PISANI, *Interventi necessari per cominciare a uscire dal tunnel della crisi della giustizia civile in Italia*, in *Giust. civ. online*, 17.05.2021, p. 2.

⁷ L'opinione è ampiamente diffusa in dottrina: cfr. P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazione e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 45 ss.; S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, in questa Rivista, 2021, p. 261; M. SCIACCA, *Pnrr e prime ipotesi di modellizzazione dell'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 2022, V, c. 49 ss. Cfr. F. AULETTA, *Crisi di effettività, corti europee e risoluzione dei conflitti*, in questa Rivista, 2023, p. 239-240.

Tali interventi muovono il piano di indagine del presente lavoro che, a delimitazione dell'analisi del rapporto tra la legge e la giurisprudenza, dedica una prima parte alla riforma dell'organizzazione giudiziaria ed una seconda parte a quella delle norme del diritto processuale in senso stretto.

Con riferimento al primo profilo, l'attenzione è rivolta, pertanto, all'Ufficio per il processo, sul quale tornano, a distanza di anni, le aspettative (positive) del legislatore.

2. – L'amministrazione della giustizia e l'Ufficio per il processo.

L'U.p.P. è stato istituito con il d.l. n. 90/2014, che ha inserito nel d.l. n. 179/2012 l'art. 16 *octies*, allo scopo di «*garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione di modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*»⁸. L'obiettivo era quello di offrire un ausilio concreto agli esercenti la funzione giurisdizionale, attraverso un miglioramento della *performance* degli uffici giudiziari e, per questa via, incidere sull'abbattimento dell'arretrato e sulla riduzione dei tempi di durata dei procedimenti civili e penali.

L'efficienza e la competitività della giustizia italiana diventano, poi, obiettivi prioritari del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - trasmesso dal Governo alla Commissione europea e al Parlamento italiano per accedere alle risorse economiche del programma *Next Generation EU* (NGEU), predisposto dall'Unione per fronteggiare l'emergenza economica conseguente alla crisi pandemica – col quale viene resa ulteriormente manifesta la necessità di interventi simultanei al profilo processuale ed organizzativo della giustizia civile. Di qui il (primo) reclutamento con il d.l. n. 80/2021 di addetti all'Ufficio per il processo, quale figura professionale *ad hoc*, chiamata a comporre la struttura organizzativa, di fianco alle professionalità già previste dall'oramai abrogato art. 16 *octies* del d.l. n. 179/2012⁹.

⁸ La norma istitutiva prevedeva l'istituzione dell'U.p.P. solo presso le Corti di Appello ed i Tribunali ordinari. Con le leggi n. 206/2021 e n. 134/2021 il Governo è stato delegato a prevederne l'istituzione anche presso la Corte di Cassazione e la Procura generale della Corte di Cassazione. Alle deleghe è stata data attuazione con il d.lgs. n. 151/2022 che, nel prevedere una disciplina organica all'Ufficio per il processo, ha anche raccolto la normativa speciale in materia, abrogando talune disposizioni preesistenti, come l'art. 16 *octies* d.l. n. 179/2012, divenuto superfluo proprio alla luce dell'opera di regolamentazione confluita nel d.lgs. n. 151/2022.

⁹ Ai sensi della disposizione richiamata possono far parte dell'U.p.P. il personale di cancelleria, coloro che svolgono, presso i predetti uffici, il tirocinio formativo a norma dell'art. 73 d.l. 21.06.2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9.08.2013, n. 98, o coloro che svolgono, presso i predetti uffici, la formazione professionale dei laureati a norma dell'art. 37, co. 5, d.l. 6.07.2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15.07.2011, n. 111. Possono, altresì, far parte dell'U.p.P. costituito presso le Corti di appello i giudici ausiliari di cui agli artt. 62 ss. d.l. 21.06.2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9.08.2013, n. 98, e dell'U.p.P. costituito presso i Tribunali, i giudici onorari di Tribunale di cui agli artt. 42 *ter* e ss. del r.d. 30.01.1941, n. 12.

Al proposito il legislatore ha adempiuto con più interventi, da ultimo e con riferimento al processo civile, con i d.lgs. nn. 149 e 151 del 10 ottobre 2022. Nello specifico, il primo si pone al servizio della riforma delle norme (extra ed endo) processuali, mentre il secondo della riforma propriamente organizzativa, unitariamente ottemperando alle deleghe previste per il processo civile dall'art. 1, co. 18 (in tema di modifiche alla disciplina dell'Ufficio per il processo istituito presso i Tribunali e le Corti d'appello) e co. 24, lettere *h*) e *i*) (in tema di assegnazione dei magistrati onorari all'Ufficio per il processo), della legge n. 206/2021, e per il processo penale dall'art. 1, co. 26 (riferito a varie disposizioni in materia di Ufficio per il processo, istituito presso i Tribunali e le Corti d'appello), della legge n. 134/2021.

Il d.lgs. n. 151/2022 provvede, dunque, a (ri)disciplinare, stavolta in maniera organica, l'Ufficio per il processo, dettando nel Capo I (artt. 1 a 4) le disposizioni generali, valevoli per tutti gli U.p.P.; nel Capo II (artt. 5 a 11) i compiti specifici dell'U.p.P. e dell'Ufficio spoglio, analisi e documentazione; nel Capo III (artt. 12 a 15) le disposizioni disciplinanti l'U.p.P. presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie; e assicurando con le disposizioni finali e transitorie dell'ultimo Capo, il IV (artt. 16 a 19), il coordinamento con la normativa speciale già vigente e la conseguente abrogazione delle disposizioni assorbite.

Il legislatore favorisce, inoltre, l'U.p.P. al punto di inserire nel Capo II (*Del Cancelliere, dell'ufficio per il processo e dell'ufficiale giudiziario*) del codice del processo civile - novellato dall'art. 18 del d.lgs. n. 151/2022 - l'art. 58 *bis* con la rubrica "*Ufficio per il processo*", sottolineandone la voluta funzione di supporto all'attività giudiziaria presso i Tribunali ordinari, le Corti di appello e la Corte di cassazione¹⁰.

Gli interventi segnano, in effetti, il tramonto dell'idea che il magistrato debba operare da solo, ma si possa coadiuvare di funzionari specializzati nello svolgimento di attività non riconducibili allo *ius dicere* in senso stretto, al fine ultimo di «*sgravare il sistema giustizia di funzioni ad esso sottraibili in quanto non espressione di giurisdizione contenziosa*»¹¹, aprendo nel contempo le porte ad un nuovo modo di intendere l'esercizio della funzione giurisdizionale¹².

L'esperienza non è certamente nuova nei sistemi ordinamentali moderni, si pensi alla figura dell'«*Assistente Juridico*» e dell'«*Escrevente*» dell'ordinamento brasiliano, ai referendari presso la Corte di giustizia dell'Unione Europea o anche all'esempio nazionale offerto

¹⁰ Si veda la Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 151/2022, *sub* art. 18.

¹¹ Cfr. R. TISCINI, *Nuove prospettive di tutela sommaria tra il Progetto Luiso e il suo "brutto anatroccolo"*, in *NLCC*, 2021, p. 1219, nella parte in cui osserva come del resto, l'art. 102 cost. riserva in via esclusiva alla magistratura la sola giurisdizione contenziosa, per cui ben potrebbe sottrarsi all'autorità giudiziaria il potere esclusivo in materie in cui non ve ne sia necessità, come in materia esecutiva e camerale.

¹² S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, cit., p. 262; Id., *La nuova organizzazione del processo*, cit., p. 14; A. PROTO PISANI, *Op. cit.*, p. 2.

dall'assistente di studio della Corte costituzionale¹³: si tratta, qui, di professionisti che svolgono attività di supporto al lavoro del singolo magistrato, in cui determinante appare il rapporto personale e fiduciario che viene ad instaurarsi tra l'assistito e l'assistente, al quale vengono affidati compiti di ricerca e di sistemazione dei dati. E sebbene la Commissione incaricata dei lavori preparatori alla riforma abbia nell'occasione sottolineato come l'U.p.P. costituisca «*un tassello fondamentale per aiutare il giudice che dovrà decidere la controversia a svolgere in modo più efficiente tutto il lavoro preparatorio alla decisione stessa*»¹⁴, viene ora ricostruito come struttura plurisoggettiva prestata all'organizzazione dell'Ufficio giudiziario, unitariamente inteso, per cui l'elemento fiduciario svolge un ruolo solo secondario, intervenendo a valle della relazione collaborativa che propizia, invece, da un concorso pubblico di accesso.

Esperienza prossima appare, allora, quella dell'*assistant-lawyers* presso la cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto funzionari del Consiglio d'Europa reclutati su base concorsuale e a tempo determinato, col compito di esaminare ricorsi *prima facie* inammissibili e quelli trattabili in maniera standardizzata, di redigere progetti di decisioni, verbali e altri documenti ad uso interno¹⁵; oppure quella del *Rechtspfleger* tedesco, quale funzionario dell'amministrazione giudiziaria al quale sono trasferite talune competenze del giudice, prevalentemente in materia di volontaria giurisdizione; o, ancora, quella del *Letrados de la Administración de la Justicia*, quale segretario giudiziario nel sistema spagnolo al quale, pure, sono trasferite competenze giudiziali, ma di direzione (e non decisione) del processo¹⁶. Nel nostro ordinamento da anni, dunque, si discute del peso dell'organizzazione giudiziaria sull'efficienza della giustizia, ma dalle ultime vicende legislative traspare l'abbandono dell'idea all'uopo utile di una organizzazione servente al singolo magistrato, in favore dell'idea di una organizzazione servente a tutti gli operatori del sistema, con articolazione di attribuzioni che vanno oltre la mera assistenza in aula e che investono attività complementari all'esercizio della giurisdizione in senso stretto. Il che senz'altro sposta la responsabilità del buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia dall'operato del singolo magistrato a quello coordinato dei diversi protagonisti della scena giudiziaria ma, soprattutto, impone di guardare alla giustizia civile anche nella sua veste di servizio pubblico. Se così è, osservare il

¹³ S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, cit., p. 262; F. AULETTA, *L'Ufficio del processo*, in questa Rivista, 2021, p. 241 ss.

¹⁴ Cfr. D. CAVALLINI, *L'ufficio per il processo*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2022, 981 – 982; M.F. GHIRGA, *L'ufficio del processo: una sfida*, in Riv. dir. proc., 2022, p. 180.

¹⁵ F. DE SANTIS DI NICOLA, *Addetti al nuovo "ufficio del processo" (art. 11 ss. D.L. n. 80/2021) vs. assistant-lawyers presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo: due modelli a confronto*, in questa Rivista, 2021, p. 265 ss.

¹⁶ S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, cit., p. 15, A. Proto Pisani, *Op. cit.*, p. 2.

sistema con la sola lente del processualista e, dunque, nella prospettiva di verificare l'adeguatezza degli strumenti processuali a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti appare riduttivo, divenendo necessario che lo si osservi anche con la lente dell'economista e, dunque, nella prospettiva dell'ottimizzazione delle risorse impiegate e della produttività derivabile.

Di qui l'oggetto del presente studio - frutto del lavoro svolto in seno all'ampio progetto di ricerca dell'Università degli Studi di Napoli, Federico II, «*Modelli organizzativi e innovazione digitale: il nuovo Ufficio per il processo per l'efficienza del Sistema Giustizia*», finalizzato all'individuazione di un modello organizzativo unitario che metta l'U.p.P. «*al centro dell'amministrazione della giustizia su base territoriale e consenta di massimizzare le opportunità offerte dall'innovazione tecnologica e dalla transizione digitale*» - che, muovendo dall'analisi di taluni dati rilevati presso uno degli uffici giudiziari assegnati, qual è il Tribunale di Napoli Nord, ruota intorno al proposito di individuare un modello organizzativo per l'U.p.P., che sia strumentale all'archiviazione e alla massimazione delle decisioni locali, ma, altresì, utile all'operazione di efficientamento in corso.

3. L'esperienza presso il Tribunale di Napoli Nord.

Presso il Tribunale di Napoli Nord l'Ufficio per il processo è stato istituito con decreto presidenziale n. 137 del 30 settembre 2019, per il duplice iniziale obiettivo di garantire il rispetto dei termini di legge nel deposito delle sentenze e degli altri provvedimenti giurisdizionali (civili e penali), nonché di implementare il processo telematico, senza aver concreto avvio fino al 2021 per mancanza di personale.

Con decreto n. 234 del 29 dicembre 2021, il Presidente del Tribunale, di concerto con il Dirigente amministrativo, elabora il primo Progetto organizzativo per l'utilizzo degli addetti di cui all'art. 12, co. 3, d.l. n. 80/2021¹⁷, chiamati ad intervenire sulla riduzione dell'arretrato e del c.d. *disposition time*¹⁸.

Sebbene di recente istituzione, il Tribunale di Napoli Nord è stato dotato fin da principio di una pianta organica insufficiente ad evadere tempestivamente gli affari giudiziari, peraltro crescenti, il che è stato considerato dai dirigenti dell'ufficio la causa motrice della formazione

¹⁷ Cfr. decreto Tribunale di Napoli Nord, n. 137 del 30.09.2019 e decreto Tribunale di Napoli Nord, n. 234 del 29.12.2021 con l'art. 12, co. 3 del d.l. n. 80/2021 che così prevede: «*Il Capo dell'ufficio giudiziario entro il 31 dicembre 2021, di concerto con il dirigente amministrativo, predispone un progetto organizzativo che preveda l'utilizzo, all'interno delle strutture organizzative denominate ufficio per il processo, degli addetti selezionati in modo da valorizzare il loro apporto all'attività giudiziaria*».

¹⁸ Il *disposition time* (DT) misura il tempo medio prevedibile di definizione dei procedimenti che si ottiene confrontando lo stock di pendenze alla fine dell'anno con il flusso dei procedimenti definiti nell'anno - $DT = 365 * (Pendentit/Definitit - 1, t)$. Costituisce l'indicatore utilizzato a livello europeo, ai fini della pubblicazione del Rapporto della Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) e dello *EU Justice Scoreboard* della Commissione europea.

dell'arretrato¹⁹. Tesi corroborata dall'analisi dei dati statistici relativi ai Tribunali del distretto della Corte di Appello di Napoli riguardanti i procedimenti iscritti e definiti, i procedimenti civili pendenti e l'arretrato, ed il *disposition time*, secondo i quali il Tribunale di Napoli Nord, nell'arco temporale 2019 – 2021, pur essendo stato in grado di conseguire un *clearance rate*²⁰ in linea con gli altri Tribunali del distretto, ha continuato ad accumulare arretrato (+ 87 % tra il 2019 e giugno 2021) e, per l'effetto, ad incrementare nel medesimo arco temporale del 4% il *disposition time*²¹.

Di qui gli obiettivi programmati nel richiamato Progetto dall'ufficio giudiziario di ridurre l'arretrato civile e la durata dei procedimenti (penali e civili) secondo l'indicatore del *disposition time*; di istituire un servizio di monitoraggio dei flussi statici dell'ufficio e dei flussi organizzativi per la verifica, anche in fase intermedia, dei risultati programmati o ottenuti; di istituire un servizio di studio e di supporto alla raccolta giurisprudenziale; di istituire un servizio di staff, coordinamento organizzativo delle risorse e di supporto alla digitalizzazione, per la cui realizzazione vengono individuate specifiche azioni, preordinate al raggiungimento (altresì) degli obiettivi propri del PNRR.

Al Progetto organizzativo e, in particolare, all'obiettivo rilevante al presente studio è stato dato attuazione con un ulteriore provvedimento del Presidente del Tribunale del 26 gennaio 2022, con il quale ad un gruppo di addetti dell'U.p.P. è stato affidato l'obiettivo vincolato di «*creare la banca dati della giurisprudenza di merito al fine di istituire uno strumento per la conservazione dei precedenti giurisprudenziali che consentirà l'arricchimento del bagaglio di conoscenze degli orientamenti della giurisprudenza dell'ufficio sul territorio, con l'obiettivo di determinare la riduzione del contenzioso esplorativo e possibilità di pervenire a scelte conciliative*» e, per questa via, «*consentire la costante circolazione degli orientamenti e delle soluzioni giuridiche adottate*»²². A tal uopo i magistrati sono stati sollecitati all'utilizzo della funzione "banca dati" dell'applicativo *Consolle* per l'inserimento dei provvedimenti decisori in piattaforma, mentre agli addetti è stata affidata un'attività di ricognizione "a tappeto" della

¹⁹ V. il decreto Tribunale di Napoli Nord, 29.12.2021, n. 234, cit., 13.

²⁰ Il *clearance rate* è la misura utilizzata a livello europeo per monitorare, in ogni periodo di riferimento, la capacità dei sistemi giudiziari e dei singoli uffici, di smaltire i procedimenti sopravvenuti, misurando il rapporto tra procedimenti definiti e procedimenti sopravvenuti (CR =Definiti / Sopravvenuti). È, pertanto, un indicatore della *performance* degli uffici giacché laddove individui valori superiori all'unità (ovvero al 100%), indica che sono stati definiti più procedimenti di quanti sopravvenuti con una conseguente riduzione dell'arretrato; laddove, invece, individui valori al di sotto dell'unità (ovvero del 100%), indica che il numero dei definiti è minore del numero dei procedimenti sopravvenuti, il che determina un aumento delle pendenze.

²¹ Sul punto si vedano le tabelle estratte dal decreto Tribunale di Napoli Nord, 29.12.2021, n. 234, cit., 10-12, relative ai procedimenti iscritti e definiti, i procedimenti civili pendenti, l'arretrato ed il *disposition time* nell'arco temporale 2019-2021.

²² Provvedimento Presidente del Tribunale di Napoli Nord, 26.01.2022, 2, di attuazione del Progetto organizzativo di cui al decreto Tribunale di Napoli Nord, 29.12.2021, n. 234, cit.

giurisprudenza del Tribunale dell'ultimo quinquennio, al fine ultimo di procedere alla relativa catalogazione, archiviazione e massimazione.

In tale contesto si inserisce il suddetto progetto di ricerca dell'Università degli Studi di Napoli, Federico II, le cui linee di intervento e di azione si intrecciano, dunque, con quelle già in programma presso l'ufficio giudiziario che, anche per tale motivo, si è mostrato favorevole ad una partecipazione collaborativa al "PonGov MOD-UPP".

Ebbene, dall'attività ricognitiva, di supporto e di monitoraggio svolta presso il Tribunale con riferimento alle attività interessate è emerso, anzitutto, che il gruppo di lavoro procede alle attività demandate attraverso la predisposizione di singoli *files word* per ciascuna decisione, catalogati in nove macro materie, individuate in base all'oggetto – condominio, contratti, diritti di elettorato, diritti di personalità, diritti reali di garanzia, diritti reali, diritto di famiglia, filiazione, interdizione e amministrazione di sostegno – che, tuttavia, non coincidono con la classificazione per materia e per oggetto risultante dal c.d. Pacchetto Ispettore, né con quella ricavabile dai criteri (invece) all'uopo forniti dal massimario della Cassazione civile²³.

Dal confronto tra il materiale ricevuto dall'U.p.P. ed i dati reperiti in via autonoma dalla richiamata piattaforma informatica sono emerse, infatti, non poche discrasie quantitative, peraltro, comuni a tutte le decisioni ad oggi massimate dal gruppo di lavoro dell'U.p.P. Di qui l'invito rivolto all'ufficio giudiziario di implementare gli strumenti di lavoro degli addetti demandati alla formazione dell'archivio di merito con l'utilizzo anche del servizio informatico Pacchetto Ispettore, quale strumento utile alla rapida (e corretta) classificazione ed individuazione delle decisioni da archiviare e massimare, nonché al pertinente controllo di gestione. Tuttavia, al gruppo di lavoro non è stato (comunque) consentito procedere alla classificazione delle decisioni secondo una diversa suddivisione, proprio in ragione delle emerse discrasie, riconducibili in misura prevalente ad una erronea iscrizione a ruolo delle domande giudiziarie e, in percentuale solo minore, ad un erroneo inserimento delle informazioni sulle piattaforme da parte del personale interno al Tribunale. Ration per cui, l'U.p.P. procede all'archiviazione, alla catalogazione e alla massimazione delle decisioni, conservando la classificazione - spesso erronea - per materia e per oggetto che la domanda decisa aveva acquisito all'atto dell'iscrizione a ruolo, pur nella consapevolezza che tale *modus procedendi* non risolve le criticità rilevate. Tra l'altro, proprio con riferimento ai codici di iscrizione a ruolo presso il Tribunale di Napoli Nord, su iniziativa del Presidente, è stato elaborato un progetto di riduzione dei codici che, ove perseverato, avrebbe a questo punto l'effetto di incrementare lo scarto quantitativo delle incongruenze esistenti tra le diverse

²³ Cfr. i criteri della massimazione forniti dall'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione e le corrispondenti delibere del Consiglio Superiore della Magistratura (*ex multis* cfr. Delibere CSM, 7.10.2020, 19.06., 2019, 12.09.2018, 9.05.2018, 31.10.2017).

piattaforme informatiche, piuttosto che ridurlo (decreto Tribunale di Napoli Nord, 4 luglio 2022, n. 102).

Nell'ottica di favorire un più efficiente modello organizzativo per l'U.p.P. presso gli uffici giudiziari interessati, di concerto con un *team* di borsisti, assegnisti e ricercatori Unina, partecipanti al progetto "MOD-UPP", sono state elaborate diverse schede tecniche per il processo declinate per riti e fasi processuali, destinate a rendere più agevoli e celeri i controlli propedeutici all'emanazione dei provvedimenti giudiziari. Con riferimento specifico alle attività di catalogazione, archiviazione e massimazione delle decisioni, presso il Tribunale di Napoli Nord è stata proposta l'adozione – anche in via meramente sperimentale e per un arco temporale limitato – di una scheda tecnica**, all'uopo predisposta, da compilare a conclusione del procedimento giudiziale da parte dell'addetto, che già coadiuva il magistrato nella fase decisoria del processo. Tale scheda, che raccoglie anche gli orientamenti conformi e difformi del Tribunale di destinazione e della Suprema Corte di cassazione, troverebbe poi naturale allocazione nel fascicolo telematico del procedimento concluso, accessibile unicamente ai magistrati e presente sul SICID e/o SIECIC, onde consentirne la visione anche agli addetti all'U.p.P. demandati alla formazione dell'archivio di merito e alla massimazione delle decisioni.

I dati così raccolti consentirebbero di coordinare le diverse attività dell'U.p.P., in particolare quelle pratico-materiali di facile esecuzione con quelle di archiviazione e massimazione delle decisioni, rendendo più celeri le operazioni ultime di catalogazione del contenzioso in uscita, di selezione delle decisioni massimabili e più omogenea, per l'archivio di merito, per la costituenda banca dati giurisprudenziale del Tribunale e per le piattaforme informatiche in uso (SIECIC, SICID e Pacchetto Ispettori), la classificazione per materia e per oggetto delle decisioni, migliorando nondimeno la *performance* individuale del singolo operatore e quella collettiva dell'ufficio giudiziario di appartenenza. Senza contare che l'utilizzo di tale strumento avrebbe, altresì, l'implicito effetto di favorire la diffusione dei principali orientamenti di legittimità della Corte di cassazione. Inoltre, proprio al fine di promuovere l'uniforme applicazione del diritto presso i giudici di merito, si evidenzia l'opportunità di assicurare la diffusione, non solo tra i magistrati, ma anche tra gli addetti all'U.p.P., attraverso un servizio di *newsletter* interno, un "Osservatorio" trimestrale sulla giurisprudenza della Cassazione civile e sulle questioni di particolare importanza affrontate dal Tribunale. Di tale attività ben potrebbe occuparsi l'Ufficio per il processo, nello svolgimento di un «*servizio di studio e di supporto alla raccolta giurisprudenziale*», la cui istituzione – per esempio – risulta in programma presso il Tribunale di Napoli Nord²⁴.

La divulgazione dei principali orientamenti giurisprudenziali anche in favore dell'Ufficio per il processo diviene esigenza non trascurabile ove si consideri che per legge ordinaria rientrano

²⁴ Cfr. decreto Tribunale di Napoli Nord, 29.12.2021, n. 234, cit., 18.

nei suoi compiti, tra gli altri, la selezione dei presupposti di mediabilità della lite, le ricerche giurisprudenziali e dottrinali, nonché la predisposizione di bozze di provvedimenti (art. 5, d.lgs. n. 151/2022), vale a dire attività imprescindibilmente legate allo studio del diritto positivo (sostanziale e processuale), soprattutto in chiave giurisprudenziale.

Tuttavia, non è stato possibile vagliare l'effettiva utilità del modello organizzativo prospettato per la fisiologica iniziale diffidenza dell'ufficio ma, soprattutto, per i tempi lunghi che la burocrazia (anche giudiziaria) impone prima che si possa dare concretezza e testare nuove prassi e nuovi protocolli; tempi che, al contempo, mal si conciliano con quelli (invece) stretti e definiti del progetto di ricerca. Ciononostante, può trarsi una prima conclusione utile, vale a dire che per la buona riuscita degli obiettivi prefissati occorre che l'ufficio giudiziario garantista ai neo assunti, non solo adeguati strumenti di lavoro, da implementare potenziando già quelli in uso ma, soprattutto, adeguati percorsi formativi che mettano l'U.p.P. in condizione di divenire un articolato utile, per un arco temporale non contingentato, all'amministrazione della giustizia, come era del resto l'intento originario del legislatore, specie profittando - in questa fase ancora transitoria - del supporto alle competenze offerto dalle istituzioni universitarie su scala nazionale, ivi compresa l'Università federiciana di Napoli.

Misure di questo tipo, sebbene rispondenti all'esigenza di migliorare l'organizzazione dell'amministrazione della giustizia, avrebbero ricadute positive sullo svolgimento del processo, la cui disciplina – come anticipato nelle considerazioni introduttive – è stata oggetto di modifiche incisive secondo una precisa tecnica normativa.

4. L'amministrazione della giustizia e la riforma processuale.

Il legislatore del 2022, quanto alla riforma del diritto processuale civile, nel perseguire il delegato obiettivo di efficientamento della giustizia procede secondo la tecnica della "novellazione"²⁵, ossia del recupero di norme precedenti con l'innesto di disposizioni nuove, talora, nel corpo del codice di procedura civile e, talaltra, nella normativa speciale degli strumenti di risoluzione alternativa della lite.

Ora, dagli interventi pare cogliersi un dato rilevante al presente studio, qual è l'attenzione costantemente rivolta dal legislatore al diritto giurisprudenziale che ancora una volta spinge la mano del delegato a recepire rilevanti principi di diritto in materia processuale.

A titolo meramente esemplificativo e con riferimento al processo civile si pensi alla modifica dell'art. 37 c.p.c. che, così come riscritto, recepisce pienamente l'interpretazione restrittiva e residuale della norma operata dalle Sezioni Unite della Cassazione, secondo le quali per il

²⁵ Cfr. S. BOCCAGNA, *Il procedimento ordinario di cognizione. La nuova disciplina del giudizio di primo grado: considerazioni introduttive*, in *Analisi del processo civile riformato*, Commentario normativo alla riforma Cartabia del processo civile in forma multimediale e audio-visiva (MOOC) edito dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II sulla multiplatforma *federica.eu* di Federica Web Learning e l'Università di Napoli Federico II.

rispetto del principio di economia processuale e della ragionevole durata del processo la sua portata precettiva va «*contenuta in limiti più ristretti di quelli autorizzati dalla lettera della legge*», trattandosi di un caso in cui «*lex plus dixit quam voluit*»²⁶. Recependo le indicazioni delle Sezioni Unite, il legislatore con il d.lgs. n. 149/2022 ha, per un verso, espunto dall'unico comma dell'art. 37 c.p.c. le parole «*o dei giudici speciali*», restringendo ai casi di difetto assoluto di giurisdizione la rilevabilità anche d'ufficio della carenza in qualunque stato e grado del processo e, per altro verso, ha aggiunto nella seconda parte della norma la disciplina del difetto relativo, limitandone la rilevabilità d'ufficio al solo processo di primo grado e consentendo il riesame della questione in sede di gravame, soltanto se dedotta come motivo specifico di impugnazione, non da parte dell'attore soccombente.

Si pensi anche al principio di chiarezza e sinteticità degli atti che, prima del 2022, non era enunciato in maniera esplicita da alcuna norma del codice di procedura civile²⁷, giacché il legislatore con gli interventi precedenti si era limitato ad inserire in diverse disposizioni gli aggettivi conciso, succinto e sintetico che ne sono espressione²⁸. Ma poi la necessità che gli atti delle parti e del giudice siano redatti in modo chiaro e sintetico è stata avvertita dalla Suprema Corte che, a Sezioni Unite, ne ha riconosciuto finanche la valenza di principio generale funzionale al principio della ragionevole durata del processo e al principio di leale collaborazione tra le parti ed il giudice²⁹. Di qui l'accoglimento dell'affermato principio, consolidatosi poi in giurisprudenza, da parte del legislatore recente che è intervenuto, anzitutto, sull'art. 121 c.p.c.³⁰, che ora contempera il principio della «*libertà di forme*» con il

²⁶ Il riferimento è alla pronuncia Cass., Sez. Un., 09.10.2008, n. 24883, con la quale le Sezioni Unite hanno, come noto, interpretato la lettera della disposizione nel senso di limitare al primo grado di giudizio il potere del giudice di rilevare d'ufficio la propria carenza di giurisdizione, riconoscendone il potere al giudice di seconde cure solo se sollecitato da specifico motivo di impugnazione. Sulla scia di tale pronuncia, la giurisprudenza successiva, anche a Sezioni Unite, ha confermato l'orientamento, sul pacifico assunto che ogni sentenza di merito contenga un'affermazione implicita della sussistenza della giurisdizione del giudice adito (cfr. *ex multis* Cass., Sez. Un., 28.01.2011, n. 2067; Cass., 20.03.2013, n. 6966).

²⁷ Si ricordi che tale principio ha ricevuto un primo addentellato normativo nell'art. 3 c.p.a., secondo cui «*(i)l giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica (...)*», e successivamente per il processo civile telematico nell'art. 16 *bis*, co. 9 *octies*, del d.l. n. 179/2012, abrogato dal d.lgs. n. 149/2022, come modificato dalla L. 29.12.2022, n. 197.

²⁸ È così per gli artt. 132 e 134 c.p.c., concernenti rispettivamente il contenuto della sentenza e dell'ordinanza, per i quali la prima deve contenere la concisa esposizione delle ragioni della decisione e la seconda deve essere succintamente motivata. Analogamente prescriveva l'abrogato art. 348 *ter* c.p.c., secondo cui l'appello inammissibile ex art. 348 *bis* c.p.c. andava dichiarato con ordinanza succintamente motivata. A ben vedere il rispetto del principio per la declaratoria (ora) di manifesta infondatezza persiste giacché secondo il combinato di cui agli artt. 348 *bis* e 350 *bis* c.p.c., la decisione va resa con sentenza «*motivata in forma sintetica*».

²⁹ V. ordinanza Cass., Sez. Un., 30.11.2021 n. 37552.

³⁰ Il neo art. 121 c.p.c. enuncia il principio nella rubrica della norma e prescrive nella parte finale del testo normativo che «*tutti gli atti del processo (siano) redatti in modo chiaro e sintetico*». L'intervento ottempera al criterio di delega, contenuto alla lett. d) dell'art. 1, co. 17, della legge n. 206/2021, che ha delegato il governo a prevedere che i provvedimenti del giudice e gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possano essere compiuti nella forma più idonea al

principio di «(c)hiarezza e sinteticità» degli atti processuali e, poi, su singole norme disciplinanti gli atti delle parti, come l'art. 163, n. 4, c.p.c. o anche l'art. 167 c.p.c.³¹.

Si pensi ancora agli effetti della notifica della sentenza ex art. 285 c.p.c. Del tema si è occupata più volte la Corte di cassazione, in particolare a Sezioni Unite, negando che ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione «*possa trovare applicazione il principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione e che vada di contro affermata l'efficacia bilaterale "sincronica" della notifica della sentenza e la "unicità" (o "comunanza") del termine per impugnare ... che ... decorre per entrambe le parti dalla medesima data*»³². In breve, le Sezioni Unite ritengono che, sebbene l'introduzione, nel nostro sistema processuale, del principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione trovi *ratio* nella esigenza di tutelare il notificante e di sottrarlo al rischio di decadenze derivanti da vicende a lui non imputabili, questa *ratio* non possa operare con riferimento alla decorrenza del termine per

raggiungimento del loro scopo, nel rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità. Il principio è stato esplicitato in un'ottica di accelerazione del processo, tenendo conto dello sviluppo e del consolidamento del processo civile telematico, che impone modalità di consultazione e gestione degli atti processuali nuove e più agili.

³¹ Si vedano l'art. 163, n. 4, c.p.c. che, così come riformato, prescrive all'attore l'esposizione in modo chiara e specifica dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della sua domanda; l'art. 164 c.p.c. che ora prescrive al convenuto di proporre in comparsa tutte le sue difese, prendendo posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda; l'art. 342 c.p.c. che prescrive per i motivi di appello, a pena di inammissibilità, l'indicazione in modo chiaro, sintetico e specifico, di talune indicazioni ivi individuate, come il capo della decisione di primo grado che viene impugnata; o ancora l'art. 366 c.p.c. che con riferimento al contenuto del ricorso in cassazione richiede a pena di inammissibilità della domanda la chiara esposizione dei fatti della causa (n. 3) e la chiara e sintetica esposizione dei motivi per i quali si chiede la cassazione (n. 4). È altresì correlata all'affermazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti la modifica all'art. 46 disp. att. c.p.c., dedicato alla forma degli atti giudiziari e con riferimento al quale, di recente, è stato emanato con decreto del 7.08.2023, n. 110, il «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».

³² Il riferimento è alla pronuncia Cass., Sez. Un., 4.03.2019, n. 6278. Cfr. C. cost., 26.11.2002, n. 477, che ha affermato il principio, poi recepito dal legislatore (l. 28.12.2015, n. 263) con l'aggiunta dell'ultimo comma dell'art. 149 c.p.c., secondo cui è irragionevole, oltre che lesivo del diritto di difesa, esporre il notificante incolpevole al rischio di decadenza per gli eventuali ritardi dell'ufficio giudiziario o a disservizi postali, escludendo dal ritardo nel compimento di attività riferibili a soggetti diversi dal notificante, possa a quest'ultimo derivare una decadenza. Per conseguenza, ha affermato che gli effetti della notificazione a mezzo posta devono essere ricollegati, per quanto riguarda il notificante, al compimento delle sole attività a lui direttamente imposte dalla legge, restando fermo per il destinatario il principio del perfezionamento della notificazione solo alla data di ricezione dell'atto, attestata dall'avviso di ricevimento. Sebbene la pronuncia della Consulta fosse riferita espressamente soltanto alle notificazioni eseguite a mezzo posta ai sensi dell'art. 149 c.p.c., la Corte con interventi successivi ha affermato la portata generale del principio e la sua applicabilità ad ogni fattispecie di notificazione, riconoscendo, pertanto, alla notifica della sentenza ex art. 285 c.p.c. una efficacia "diacronica", per la quale il termine di impugnazione decorre da momenti diversi per il notificando ed il notificato (cfr. C. cost., 23.01.2004, n. 28; ord. 12.03.2004, n. 97). Le richiamate Sez. Un. (n. 3278/2019) si discostano da tale orientamento generalizzante, ritenendo invece che l'art. 326 c.p.c., così come formulato, colleghi la decorrenza del termine breve di impugnazione alla «*notificazione della sentenza*», il cui momento perfezionativo va individuato nella consegna dell'atto notificando al destinatario o a chi sia abilitato a riceverlo; prima, non si ha notificazione e, dunque, il termine per impugnare non può decorrere, per nessuna delle parti (cfr. Cass., Sez. Un., 19.04.2013, n. 9535; Cass., Sez. Un., 06.11.2014, n. 23675).

impugnare di cui all'art. 325 c.p.c., poiché prima dell'evento "notificazione" la parte non è soggetta al termine breve di impugnazione. Di qui la modifica all'art. 326 c.p.c. con la quale il legislatore ha per l'appunto precisato che i termini di impugnazione di cui all'art. 325 c.p.c. decorrono «sia per il soggetto notificante che per il destinatario della notificazione, dal momento in cui il relativo procedimento si perfeziona per il destinatario».

Non diversa è stata la tecnica adottata dal legislatore nelle modifiche apportate alle norme extra-processuali. Si pensi al principio affermato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che ha risolto l'annosa *querelle* in ordine all'individuazione della parte onerata ad avviare il tentativo di mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e della sanzione applicabile in caso di inottemperanza, recepito nel neo art. 5 *bis* del d.lgs. n. 28/2010, che pertanto oggi prescrive l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione in capo alla parte che propone il ricorso per decreto ingiuntivo. La norma, per effetto della riforma, stabilisce, inoltre, che il giudice nella prima udienza del giudizio di opposizione, vagliata l'eventuale concessione della provvisoria efficacia esecutiva al decreto ingiuntivo, fissi una nuova udienza per consentire alla parte opposta di ottemperare all'onere processuale, pena l'improcedibilità della domanda originariamente proposta nelle forme sommarie e la revoca del decreto ingiuntivo opposto³³.

³³ V. Cass., Sez. Un., 12.09.2020, n. 19596, secondo cui: «nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con richiesta di decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo». La regola giuridica è stata veicolata per il tramite del criterio di delega di cui all'art. 1, co. 4, lett. d) della l. n. 206/2021, nel neo art. 5 *bis* del d.lgs. n. 28/2010 (per un primo commento cfr. M. MAIONE, *Rapporti tra mediazione obbligatoria e processo civile alla luce della Riforma Cartabia*, in questa *Rivista*, 2023, p. 455 ss.; E. GABELLINI, *Mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo: le sezioni unite imputano al creditore-opposto l'onere di attivare la procedura di mediazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 585 ss.; M. CAPUTO, *Onere della mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Ilprocessocivile.it*, 2020; F. VALERINI, *Opposizione a decreto ingiuntivo: l'onere della mediazione incombe all'opposto*, in *Diritto & Giustizia*, 2020, p. 1; F. ESPOSITO, *Opposizione a decreto ingiuntivo: l'onere di avviare la mediazione grava sul creditore opposto*, in *GiustiziaCivile.com*, 2021; C. CONSOLO, *Mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo (equo processo, garanzia di difesa versus ovvia breve durata del processo negato)*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1279 ss.; G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1287 ss.; D. DALFINO, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: quando la Cassazione non è persuasiva*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1330 ss.; M. BOVE, *Le condizioni di procedibilità con funzioni di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2018, p. 370 ss. In ordine al contrasto interpretativo in giurisprudenza *ex multis* v. Cass., 03.12.2015, n. 24629; ord. Cass., sez. VI, 21.09.2017, n. 22017; ord. Cass., sez. VI, 16.09.2019, n. 23003; Cass., sez. III n. 24629/2015. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Bologna, sez. II, 18.09.2020, n. 1279; Trib. Caltagirone, 02.03.2020, n. 91; Trib. Monza, sez. I, 23.01.2020, n. 77; C.App. Ancona, sez. I, 20.11.2019, n. 1554; Trib. Torino, 22.07.2019, n. 3670; Trib. Napoli, sez. II, 19.07.2019, n. 7358; Trib. Nocera Inferiore, sez. I, 28.03.2019, n. 419; Trib. Milano, sez. VI, 30.01.2019; Trib. Roma, sez. VI, 28.12.2018, n. 24835; Trib. Bari, sez. IV, 11.09.2018, n. 3748; Trib. Rovigo, 09.09.2018; Trib. Napoli Nord, sez. III, 28.06.2018.

Si pensi, altresì, al principio giurisprudenziale, riferito alla disciplina del patrocinio a spese dello Stato per le procedure stragiudiziali obbligatorie di risoluzione delle controversie, affermato questa volta dalla Corte costituzionale per dichiarare l'illegittimità degli artt. 74, co. 2, 75, co. 1, e 83, co. 2, del Testo Unico in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30.05.2002, n. 115). Il principio ha spinto il legislatore ad estendere il beneficio ai casi di mediazione obbligatoria *ex lege* e a prevederne una disciplina più compiuta e specifica per la mediazione delle controversie civili e commerciali, aggiungendo un apposito capo, il Capo II-*bis*, recante «*Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale*», al testo del d.lgs. n. 28/2010³⁴.

Ebbene, gli interventi sommariamente richiamati, nel perseguire il proposito di aggiornare, ovvero conformare la normativa degli istituti novati al diritto vivente, così come interpretato in sede applicativa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, fanno concludere per un affidamento costante del legislatore al c.d. diritto giurisprudenziale; il che offre al contempo spunti per riflettere sul ruolo di tale diritto nel nostro ordinamento e, più nello specifico, sul peso che il diritto a matrice giurisprudenziale possa assumere rispetto all'efficienza della giustizia.

5. Il ruolo del diritto giurisprudenziale.

Prima facie, la tecnica normativa del legislatore recente sembra confermare la tendenza, propria anche per il diritto italiano, di spostare l'asse portante dell'ordine giuridico dai produttori di leggi agli interpreti³⁵, attraverso un ridimensionamento dei tradizionali principi di separazione dei poteri e di stretta legalità.

³⁴ Il riferimento è alla pronuncia C. cost., 20.01.2022, n. 10, con la quale la Consulta motiva che i procedimenti di mediazione obbligatoria condizionano l'esercizio del diritto di azione, rendendo necessaria l'assistenza di un avvocato, per cui è apparso irragionevole che la liquidazione del compenso a spese dello Stato sia impedita proprio dal raggiungimento di un accordo stragiudiziale all'esito di una procedura obbligatoria che, di fatto, ha evitato la celebrazione del processo perseguendo la finalità deflattiva sottesa. Di qui la declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 74, co. 2, 75, co. 1, e 83, co. 2, del T.U. spese giustizia ed il suggerimento per il legislatore delegato di valutare l'opportunità di introdurre, nel rispetto dei principi costituzionali affermati in motivazione, una disciplina più compiuta e specifica per la mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010. Cfr. M. TROISI, *L'istituto del patrocinio a spese dello Stato quale "spesa costituzionalmente necessaria". Osservazioni a margine della sentenza n. 10 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 148 ss.; M. LUPANO, *La Corte estende il patrocinio a spese dello Stato in mediazione*, in *Giur. cost.*, 2022, p. 141C.; P. SANDULLI, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato (nota a sentenza n. 10 del 20 gennaio 2022 della Corte Costituzionale)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 641 ss.; P. LICCI, *La Consulta estende il patrocinio a spese dello Stato anche alla mediazione obbligatoria*, in *www.judicium.it*; M. MAIONE, *Op. cit.*, p. 467 ss.

³⁵ P. GROSSI, *A proposito de "il diritto giurisprudenziale"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 10. Sul valore degli apporti della dottrina, piuttosto che della giurisprudenza, nell'elaborazione delle norme, si veda G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, in *www.aispc.it*, 2023, quale Relazione tenuta ad apertura del cit. XXXIV Convegno Nazionale AISPC, svoltosi presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II", il 22-23.09.2023.

Nell'attività di produzione del diritto bisogna, in effetti, riconoscere che di fianco all'opera legislativa dello Stato (e delle Regioni) figura costantemente anche l'attività interpretativa del magistrato.

Del resto se l'essenza del diritto, quale sistema di regole, risiede nel dare ordine alla società – come scrisse Santi Romano nella sua opera scientifica del 1918, *“L'Ordinamento giuridico”* – è chiaro che tale compito può essere adempiuto solo tenendo conto degli interessi e dei valori che la percorrono, vale a dire avvicinando il diritto ai valori condivisi della società, poiché il diritto nasce dalla società e la esprime: il comando normativo non vive *«nell'immutabile astrattezza del suo enunciato»*³⁶, ma nello spazio e nel tempo per cui, da questo punto di vista, è inevitabile che il giudice diventi, a discapito del legislatore, il nuovo portavoce delle emergenti esigenze sociali.

Ora, proprio l'incapacità, mostrata negli anni, delle leggi di ordinare la complessità della società moderna consente di riconoscere un ruolo non trascurabile al diritto elaborato dai giuristi, come è stato definito talora il diritto giurisprudenziale³⁷, specie nella sua veste di *“formante giudiziario”*.

Il pluralismo giuridico, quale assetto naturale del diritto, deve essere inteso anche come pluralità di fonti giuridiche che sembrano sconfinare dalla sua dimensione puramente legislativa, poiché il diritto positivo, come rilevato, è costantemente condizionato dalla realtà, attraverso anche il filtro interpretativo ed applicativo dell'attività giurisdizionale.

Questa tendenza sembra, allora, promuovere l'idea che nella gerarchia delle fonti, quanto meno del diritto processuale, debba riconoscersi posizione a sé anche ai principi di diritto giurisprudenziale, se non fosse che tale conclusione – come noto – mal si concilia con il nostro apparato costituzionale. Non si dimentichi che ai sensi dell'art. 101, co. 2, Cost., i *«giudici sono soggetti soltanto alla legge»*, il che già esclude che nella gerarchia delle fonti possa riconoscersi al diritto giurisprudenziale una posizione *“equiordinata”* rispetto alla legge, nemmeno nelle occasionali ipotesi in cui (pare) assurge(re) a fonte del diritto³⁸.

La stessa Corte costituzionale con la pronuncia n. 206 del 6 luglio 2004 chiarisce che la riserva di cui all'art. 101 Cost. è posta *«a garanzia non soltanto dall'ingerenza del potere esecutivo verso l'ordine giudiziario ma anche di alterità e pre-ordinazione della fonte di disciplina del processo, quale fenomeno di diritto pubblico, rispetto sia al giudice che alle parti»*. Il che equivale a dire che *«(l')essere del giudice sottoposto alla legge non è che l'essere dentro*

³⁶ D. DALFINO, *Giurisprudenza “creativa” e prevedibilità del “diritto giurisprudenziale”*, in *Gius. proc. civ.*, 2017, p. 1028; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 479 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 51.

³⁷ Cfr. P. GROSSI, *Op. cit.*, p. 10-11.

³⁸ Cfr. D. DALFINO, *Giurisprudenza “creativa” e prevedibilità del “diritto giurisprudenziale”*, cit., p. 1030, là dove rileva che giurisprudenza e legge sono fonti ontologicamente diverse, ma fonti, giacché il diritto prodotto dalla prima è particolare e concreto, quello prodotto dalla seconda è generale ed astratto, e 1033 ss. in cui analizza il rapporto tra la giurisprudenza ed il principio di legalità. G. VERDE, *Diritto processuale civile. 1. Parte generale*, VI ed., 2023, p. 13 ss.

l'insieme di possibilità descritto dalla legge. Siccome la legge è fatta di parole, la sottoposizione si risolve nella necessità, giuridica e positiva, di stare a quelle parole e, dunque, al testo»³⁹.

Non diversa è la posizione della Corte di cassazione, secondo la quale proprio il richiamato precetto costituzionale *«impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché quella, nella sua dimensione dichiarativa, non può mai rappresentare la lex temporis acti, ossia il parametro normativo di verifica del singolo atto processuale»⁴⁰.*

Il tema dei rapporti tra la giurisprudenza e la legge non è certamente nuovo⁴¹, come non lo è il tentativo di riconoscere un ruolo attivo al diritto giurisprudenziale nel nostro panorama ordinamentale, al quale nella sua veste di “formante giudiziario” può essere senz'altro riconosciuta l'attitudine ad operare come valvola di salvezza del sistema giuridico, grazie alla sottesa attività di interpretazione delle leggi, che spiega l'efficacia talora retroattiva e vincolante delle pronunce costituzionali⁴².

La giurisprudenza, dunque, non è fonte primaria del diritto, ma concorre alla produzione delle norme giuridiche, muovendosi negli stretti confini semantici della lettera della legge secondo il canone dell'interpretazione costituzionalmente conforme. Interessante sembra l'idea di questo concorso dato da chi immagina di rappresentare il confine ideale tra il potere legislativo ed il potere giudiziario non con una *«linea che divide due aree contigue»*, quanto con un *«cerchio che, di volta in volta, il potere legislativo (di)segna intorno al potere giurisdizionale, delegando la disciplina concreta della controversia. Fuori di questo cerchio, fuori della capacità espressiva della parola, sta la competenza sovrastante della legge ordinaria»⁴³.*

³⁹ M. ONORATO, *Legge e lettera. Il problema dell'interpretazione e del confine tra potere legislativo e potere giudiziario*, in questa *Rivista*, p. 328.

⁴⁰ Cass., Sez. Un., 11.07.2011, n. 15144. Cfr. Cass. 04.11.2004, n. 2109 secondo cui *«la funzione assolta dalla giurisprudenza, nel contesto dei sillogismi decisorii, non può essere altra che quella ricognitiva, dell'esistenza e dell'effettiva portata, e non dunque anche una funzione creativa, della regola stessa»*; In dottrina v. nota di F. AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come «il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione»*, in *Giust. proc. civ.*, 4, 2011, p. 1117 ss.; S. BOCCAGNA, *sub Art. 153 c.p.c. Improrogabilità dei termini perentori*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile - Commentario*, V ed., Milano, 2013, p. 1833 ss.; M. ONORATO, *Op. cit.*, p. 310.

⁴¹ F. AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come «il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione»*, cit., p. 1119 ss.; D. DALFINO, *Giurisprudenza “creativa” e prevedibilità del “diritto giurisprudenziale”*, cit., p. 1023 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, cit., p. 479 ss.; M. ONORATO, *Op. cit.*, p. 328; M. ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 815 ss.

⁴² Cfr. D. DALFINO, *L'«incostituzionalità differita» dietro quella (asseritamente) «sopravvenuta» (a proposito di Corte cost. 178/2015)*, in *Giorn. lav. rel. ind.*, 2017, p. 169 ss.

⁴³ M. ONORATO, *Op. cit.*, 326-327. Cfr. N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, cit., p. 1163; D. DALFINO, *Giurisprudenza “creativa” e prevedibilità del “diritto giurisprudenziale”*, in *Gius. proc. civ.*, 2017, p. 1045. In giurisprudenza si veda Cass. Sez. Un., 22.03.2019, n. 8230; 11.07.2011, n. 15144, cit.; 23.12.2014, n. 27341; 04.11.2004, n. 21095; Cass., III sez., 14.06.2016, n. 12144.

Certo è che questo concorso favorisce una rivalutazione del ruolo della giurisprudenza in ogni branca del diritto, vale a dire anche fuori dal diritto processuale, che porta ad interrogarsi se anche nel nostro ordinamento si stia affermando una tutela di tipo casistico, tipica della Corte di Strasburgo, con l'effetto di avvicinare il nostro sistema giuridico a quelli di *common law*⁴⁴. Rivalutazione del ruolo della giurisprudenza che sembra, in effetti, trovare conferma nella lettera dell'art. 360 *bis* c.p.c., là dove rende il ricorso in cassazione inammissibile quando il provvedimento impugnato «*ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa*»; nella lettera dell'art. 374, co. 3, c.p.c., là dove dispone che la Sezione semplice rimetta alle Sezioni unite la decisione del ricorso in cassazione se «*ritiene di non condividere il principio di diritto (già) enunciato dalle (S)ezioni unite*»; e, in maniera ancor più esplicita, nell'art. 118, disp. att., c.p.c., nella parte novellata dalla legge n. 69/2009, ove prevede che la motivazione della sentenza possa essere redatta «*anche con riferimenti a precedenti conformi*»⁴⁵. Tale ultima espressione viene poi riprodotta dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, nell'art. 348 *ter* c.p.c. per la motivazione dell'ordinanza dichiarativa dell'inammissibilità dell'appello *ex art.* 348 *bis* c.p.c. ed ora, stante l'abrogazione del primo, trasmigrata nel neo art. 350 *bis* c.p.c. ad opera dell'art. 3, co. 26, del d.lgs. n. 149/2022, che ha, per l'effetto, generalizzato il richiamo ai «*precedenti conformi*» per la redazione delle motivazioni di tutte le decisioni rese a seguito di discussione orale da parte del giudice dell'appello (artt. 348 *bis* e 350, co. 3, c.p.c.). Riferimenti che portano, allora, a dissentire da quanti ritengono che il precedente giudiziario sia estraneo al nostro sistema giuridico⁴⁶, poiché attribuiscono alla locuzione il solo significato di decisione resa su un caso concreto, dalla quale sia ricavabile una regola giuridica «*universalizzabile*»⁴⁷, vale a dire non semplicemente applicabile anche ad altre controversie, ma che sia capace di spiegare effetti prescrittivi/normativi sulla decisione del caso successivo come, ad esempio, è per il diritto inglese, ove «*(l)'osservazione dei precedenti da parte dei giudici nasce come prassi, si consolida nel corso del tempo e diventa, infine, un vero e proprio obbligo giuridico formalizzato nel principio dello stare decisis et non quieta*

⁴⁴ Cfr. P. GROSSI, *Op. cit.*, p. 1 ss.; F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale*, in *Cass. pen.*, 3, 2022, p. 941; F. ROSELLI, *Lo sviluppo dell'Ordinamento attraverso la giurisprudenza, nel nuovo volume dell'Enciclopedia del diritto*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 719 ss.

⁴⁵ Cfr. D. DALFINO, *Giurisprudenza "creativa" e prevedibilità del "diritto giurisprudenziale"*, cit., p. 1049, il quale sul punto rileva come la formulazione contenuta nel d.d.l. 1082/XVI/S di modifica del co. 3 dell'art. 118 c.p.c. prevedeva un richiamo ai precedenti conformi di una giurisdizione superiore, laddove il riferimento ai precedenti dell'art. 118, disp. att., c.p.c. non concerne i soli precedenti di legittimità. Cfr. Cass., 06.09.2016 n. 17640.

⁴⁶ B. FICCARELLI, *Il prospective overruling nella recente giurisprudenza delle sezioni unite: profili ricostruttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 997 ss. Cfr. P. GROSSI, *Op. cit.*, p. 12, secondo il quale invece nel nostro Ordinamento il diritto giurisprudenziale «*deve essere colto quale insostituibile presenza nell'odierno cammino oltre la legalità*».

⁴⁷ B. FICCARELLI, *Op. ult. cit.*, p. 998.

movere»⁴⁸. In termini generali, per il *common law* il diritto è considerato un *corpus* immutabile, fondato sul buon senso e sulla ragione, e il giudice, nominato per decidere controversie, è vincolato a seguire il precedente, giustificandosi un mutamento giurisprudenziale solo nelle ipotesi in cui si ponga la necessità di porre rimedio ad un errore. Diverso è il contesto in cui opera il precedente giurisprudenziale nel nostro ordinamento, dove la regola dello *stare decisis* non vige, gli *overruling* sono irretroattivi e le decisioni giurisprudenziali non creano diritto vincolante per i successivi casi concreti. Per di più la regola ricavabile dal principio di diritto della Corte di cassazione non ha sempre la medesima efficacia, ma riceve forza a seconda dell'ambiente processuale in cui viene richiamata: il principio di diritto è vincolante per il giudice del rinvio ai sensi del combinato disposto dagli artt. 384 c.p.c. e 143, disp. att., c.p.c., nonché per le Sezioni semplici, laddove emanato dalle Sezioni unite ai sensi dell'art. 374, co. 3, c.p.c. Argomentando, inoltre, ex art. 393 c.p.c., il principio di diritto è vincolante per il giudice del processo riproposto a seguito dell'estinzione del giudizio di rinvio (ovvero della sua mancata riassunzione nei termini previsti), ma nei confronti di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento non esplica alcuna efficacia vincolante, potendosi *a limine* discorrere di una mera efficacia persuasiva del principio di diritto per la definizione dei giudizi in cui è richiamabile. Ed anche quando gli si riconosce efficacia vincolante la stessa, comunque, non è definibile alla stregua dell'efficacia che assiste le decisioni di *common law*.

Si consideri, infatti, che in sede di giudizio di rinvio, il giudice è tenuto ad uniformarsi al principio di diritto, non senza escludere che possa procedere ad un diverso apprezzamento del rapporto controverso proprio alla luce dello stesso.

Innanzitutto al giudice del procedimento avviato *ex novo* a seguito dell'estinzione del giudizio di rinvio il principio della Corte di cassazione vincola il nuovo giudice nell'interpretazione ed applicazione della norma, solo se la vicenda concreta sottoposta alla sua cognizione venga riprodotta secondo gli stessi termini di quelli sottesi alla regola affermata⁴⁹.

In ogni caso il giudice del rinvio è svincolato dal principio di diritto qualora sopraggiunga uno *ius superveniens* o la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma sottesa. E proprio la sospetta incostituzionalità del diritto vivente cristallizzato nel principio di diritto potrebbe spingere il giudice del rinvio a disattendere l'enunciato della Cassazione⁵⁰.

Ancora diversa è l'efficacia vincolante spiegata dal principio di diritto ai sensi dell'art. 374, co. 3, c.p.c., che non va intesa in positivo, vale a dire come vincolo per il giudice ad adottare la medesima interpretazione, quanto piuttosto in chiave negativa, vale a dire come vincolo a non

⁴⁸ B. FICARELLI, *Op. ult. cit.*, p.999. Cfr. L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, p. 191 ss.

⁴⁹ D. DALFINO, *Giurisprudenza "creativa" e prevedibilità del "diritto giurisprudenziale"*, cit., p. 1052-1053.

⁵⁰ F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, Bologna, 2023, p. 391.

adottare una interpretazione contrastante con quella delle Sezioni Unite, prescrivendo alle Sezioni semplici di rimettere alle prime la decisione del ricorso. La disposizione, dalla cui inosservanza non consegue alcuna sanzione, nemmeno in termini di invalidità della decisione divergente⁵¹, muove dall'idea per la quale alle Sezioni unite spetti il compito di «fare» la giurisprudenza, mentre alle Sezioni semplici quello di «applicare» la giurisprudenza della Corte (a Sezioni unite); di qui il dovere, sotteso alla previsione di rimessione, di promuovere la giurisprudenza per il tramite delle Sezioni unite, sebbene la forza del vincolo si proietti in orizzontale, vale a dire nei confronti delle Sezioni semplici, lasciando indifferenti gli altri operatori giudiziari.

In breve, si vuole porre in evidenza come nella storia del diritto la «giurisprudenzialità»⁵² abbia assunto connotazioni diverse, talora dottrinale, essenzialmente giudiziale nei paesi di *common law*, ma nel nostro ordinamento il significato ed il ruolo attribuibile al diritto giurisprudenziale è altro.

La giurisprudenza della Corte di cassazione non crea, ma concorre alla creazione del diritto, attraverso l'enunciazione di principi (interpretativi) del diritto vigente, rispondenti all'esigenza di garantire l'esatta osservanza della legge, la sua uniforme interpretazione nel tempo e l'unità del diritto oggettivo nazionale, salvo la contrarietà a giustizia, come prevede l'art. 65 ord. giud. per la definizione delle sue attribuzioni. Il che è reso particolarmente manifesto dalla lettera dell'art. 363 c.p.c., che consente al giudice di legittimità di enunciare il principio di diritto anche nel mero interesse della legge, specificando nell'ultimo comma come la relativa pronuncia non abbia alcun effetto sul provvedimento del giudice di merito. La regola astratta pronunciata risulta (qui) completamente avulsa dalla fattispecie concreta da dirimere, essendo strumentale alla sola funzione nomofilattica della Corte di cassazione, palesando l'intento dell'organo supremo di enunciare un principio teso a regolare il futuro a beneficio di tutti, sebbene non a discapito dello *ius litigatoris*. Il principio di diritto, da «veicolo» per l'esatta

⁵¹ F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, cit., p. 396. Cfr. D. DALFINO, *Giurisprudenza "creativa" e prevedibilità del "diritto giurisprudenziale"*, cit., p. 1055; F.P. LUIO, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2003, p. 820 ss.; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 318; F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»)*, in E. FAZZALARI (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 ss. e 17 ss.

⁵² Cfr. P. GROSSI, *Op. cit.*, p. 11. Sul significato da attribuire al diritto giurisprudenziale nel nostro sistema giuridico si veda B. FICCARELLI, *Op. cit.*, p. 1012-1013, che distingue il termine precedente da quello di giurisprudenza, rilevandone una differenza qualitativa quale effetto di una loro differenza quantitativa: il precedente fa riferimento ad una decisione relativa ad un caso particolare, mentre la giurisprudenza ad una pluralità di decisioni afferenti a casi concreti diversi, il che «favorisce il verificarsi di incongruenze, contraddizioni e mutamenti di indirizzo nell'ambito della stessa giurisprudenza della Cassazione, rendendo difficile il suo utilizzo da parte degli operatori del diritto».

osservanza della legge da parte del giudice del rinvio, per il tramite dell'art. 363 c.p.c., diventa «manifesto» dell'esatta osservanza della legge da parte di tutti i magistrati⁵³.

Tali rilievi, tuttavia, non valgono a sminuire il valore che, per effetto (anche) delle ultime riforme processuali, il precedente giudiziario ha acquisito nel nostro ordinamento e che induce ad interrogarsi ancora sul suo ruolo sistematico ed in particolare sulla possibilità di individuare un corollario alla funzione nomofilattica del diritto a matrice giurisprudenziale della Corte di cassazione, utile al proposito di efficientamento della giustizia.

6. La prevedibilità ed il deflazionamento del contenzioso civile.

Nell'ambito del progetto di ricerca "MOD-UPP" sono state analizzate diverse decisioni di merito del Tribunale di Napoli Nord ed emblematiche per lo studio svolto sono state quelle - rese dalla III sezione civile - che applicano pedissequamente il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte in materia bancario-finanziaria a proposito della nullità parziale della fideiussione *omnibus*.

Il riferimento è alla sentenza della Corte di cassazione, con la quale le Sezioni unite, a definizione di un contrasto ventennale in ordine alla tutela da riconoscere al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione, riproduttivo di talune clausole dello schema ABI, dichiarate nulle per violazione degli artt. 2, co. 2, lett a) della legge n. 287/1990 e 101 del T.F.U.E. dalla Banca d'Italia⁵⁴ - su parere preventivo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁵⁵ -, affermano il diritto del soggetto leso a chiedere ed ottenere la declaratoria di nullità parziale del contratto di fideiussione "a valle"⁵⁶.

Nell'occasione, le Sezioni unite ritengono nulle le sole clausole del vincolo fideiussorio che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa violata, poiché restrittive della libera concorrenza, «salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata,

⁵³ Cfr. L. PASSANANTE, *Op. cit.*, p. 14; F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, cit., p. 399 ss.

⁵⁴ La Banca d'Italia, con provvedimento n. 55/2005 sulle «Condizioni generali di contratto per la Fideiussione», ha ritenuto che gli artt. 2, 6 e 8 del testo ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione *omnibus*) contengono disposizioni che, ove applicate in modo uniforme, risultano contrastanti con l'art. 2, co. 2, lett. a) della l. n. 287/1990. Le clausole in questione sono la c.d. clausola di reviviscenza, con la quale il fideiussore dichiara di essere tenuto a rimborsare alla banca le somme che l'istituto creditizio incassa a pagamento di obbligazioni garantite e che andrebbero restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca del pagamento, o per qualsiasi altro motivo (art. 2); la clausola che stabilisce la rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., secondo la quale i diritti derivanti dalla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o altro coobbligato garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato (art. 6); la c.d. clausola di sopravvivenza, che sancisce l'insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce, comunque, l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate (art. 8).

⁵⁵ Cfr. il parere AGCM, 22.08.2003, n. 14251.

⁵⁶ V. Cass., Sez. Un., 30.12.2021, n. 41994.

una diversa volontà delle parti». L'effetto distorsivo per il mercato, più che dall'intesa in sé, sarebbe determinato dagli atti strumentali a tali pattuizioni, come la stipula in larga scala da parte degli istituti bancari di contratti di fideiussione che riproducono le clausole invalidate dello schema ABI giacché, ove inserite nel contratto "a valle", fanno presumere l'effetto anticoncorrenziale, relegando alla parte l'onere di provare la diversa volontà di conservare (o meno) l'intera pattuizione contrattuale.

Tale precedente giudiziario è stato, puntualmente, richiamato dalla III sezione del Tribunale le volte in cui è stata sollevata – in sede di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo – l'eccezione di nullità del contratto fideiussorio, e tra le decisioni analizzate non è ravvisabile un contrasto interpretativo sui presupposti applicativi dell'affermata regola giuridica, salvo che con riferimento alla rilevanza (o meno) d'ufficio della suddetta invalidità.

Ora, dall'applicazione del principio di diritto della Corte di cassazione da parte della III sezione del Tribunale di Napoli Nord, è stato possibile ricavare puntuali indicazioni operative per la declaratoria di nullità parziale del contratto di fideiussione, quali sono: *a)* l'interessato deve fornire la prova del fatto che la fideiussione costituisca un contratto a valle dell'intesa ritenuta anticoncorrenziale; *b)* per la illiceità dell'intesa è sufficiente il deposito in atti della copia del provvedimento della Banca d'Italia, dichiarativo della nullità delle clausole, in quanto ritenuta prova privilegiata, ma solo per le condotte anticoncorrenziali riferite al periodo ottobre 2002 – maggio 2005; *c)* per le condotte ascrivibili ad un arco temporale anteriore o successivo, il provvedimento della Banca d'Italia perde l'efficacia di prova privilegiata, per cui parte attrice, in tale ipotesi, ha l'ulteriore onere di allegare e provare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie anticoncorrenziale, tra i quali rientra quello dell'esistenza dell'intesa illecita all'atto della sottoscrizione dei contratti impugnati; *d)* le clausole non sono invalide in sé, ma solo quando riproducono in maniera esatta quelle vietate; *e)* laddove l'interessato richieda la nullità totale del contratto, piuttosto che la parziale, ai fini dell'accoglimento della domanda avrà, altresì, l'onere di provare la stretta interdipendenza tra le clausole nulle ed il resto del contratto⁵⁷.

Ebbene, è apparso rilevante più che il recepimento in sé del principio di diritto delle Sezioni unite, l'applicazione dello stesso da parte dei giudici di merito, giacché anche tale attività implica un'operazione ermeneutica che, alla pari dell'applicazione di qualsiasi fonte normativa, sottintende un'interpretazione discrezionale del magistrato, capace di compromettere sul piano empirico la regola astratta richiamata. Tuttavia, è anche vero che le volte in cui tale ultima operazione interpretativa si mostra uniforme e costante presso i locali uffici giudiziari di merito (Ufficio del Giudice di pace, Tribunale e Corte d'appello), com'è accaduto per il richiamato principio della nullità parziale della fideiussione *omnibus*, è

⁵⁷ Cfr. *ex multis* Trib. Napoli Nord, 25.07.2022 n. 2875; 12.07.2022 n. 2687; 24.06.2022, n. 2426, 21.02.2022 n. 553; 11.07.2022, n. 2679; 08.07.2022, n. 2642; 25.02.2022 n. 591.

possibile ricavarne indicazioni operative effettivamente capaci di prevedere l'esito della lite, la cui diffusione, soprattutto in favore degli avvocati, potrebbe condizionare le pendenze giurisdizionali.

Generalizzando, si ritiene che l'individuazione e la diffusione dell'orientamento del giudice di merito, applicativo o meno, dell'orientamento prevalente del giudice di legittimità – da intendersi non come mera riproduzione del principio di diritto recepito, quanto piuttosto come declinazione concreta dello stesso, attraverso l'individuazione di puntuali indicazioni operative – possa porsi quale strumento utile ad impedire il c.d. contenzioso esplorativo nonché ad individuare presupposti di mediabilità e, dunque, di definizione anticipata della lite: l'applicazione del principio di diritto attraverso la lente di ciascun ufficio giudiziario sarebbe determinante per la prevedibilità locale della lite e, di conseguenza, per la certezza del diritto e per l'effettività della tutela (giudiziale e stragiudiziale)⁵⁸, poiché il principio astratto di diritto sarebbe riempito con i colori delle molteplici situazioni concrete che possono verificarsi nella complessa società moderna, riducendo al minimo il disallineamento congenito del sistema.

L'innovazione tecnologica già consente ai difensori delle parti e ai magistrati di conoscere gli orientamenti prevalenti e più recenti della Corte di cassazione, grazie alle attività del massimario della Suprema Corte e alle banche dati giuridiche in commercio. Ma tale diffusione non è sufficiente a deflazionare il contenzioso (in entrata e pendente), proprio per la discrezionale interpretazione anche dei principi di diritto che, di volta in volta, viene eseguita dal giudicante all'atto della definizione della controversia e che, di fatto, impedisce, o comunque ostacola l'uniforme applicazione del diritto, alla quale invece il principio è destinato. Non è infrequente assistere a decisioni diametralmente opposte su domande o questioni analoghe in uffici giudiziari (non solo) ubicati in luoghi diversi, con l'effetto di minare ulteriormente il principio della certezza del diritto. Favorendo, invece, la nomofiliachia orizzontale in chiave empirica, la giurisprudenza di merito, la cui divulgazione non è il più delle volte favorita dagli uffici giudiziari per un'asserita "tutela della *privacy*" dei soggetti coinvolti⁵⁹, si porrebbe al servizio del deflazionamento del contenzioso civile in entrata, le volte in cui consentirebbe alle parti del rapporto controverso di formulare un giudizio prognostico, prossimo alla certezza, sull'esito della lite e di valutare il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione della lite; ma anche del contenzioso pendente, le volte in cui consentirebbe al giudice, grazie al supporto materiale dell'U.p.P. nelle diverse fasi del processo, di individuare

⁵⁸ Cfr. F. AULETTA, *Crisi di effettività, corti europee e risoluzione dei conflitti*, cit., p. 233 ss., che ravvisa nell'incertezza della soluzione da adottare il sottraendo dell'effettività.

⁵⁹ Cfr. gli artt. 51 e 52 d.lgs. 30.06.2003, n. 196 (T.U. *privacy*) e le «*linee guida in materia di trattamento di dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica*» dettate dal Garante della *privacy*, con proprio documento del 2.12.2010, che promuovono «*la diffusione dei provvedimenti giurisdizionali*», ritenuti «*fonte preziosa per lo studio e l'accrescimento della cultura giuridica e strumento indispensabile di controllo da parte dei cittadini dell'esercizio del potere giurisdizionale*». In dottrina il tema è analizzato da P.C. RUGGIERI, *Privacy e processo civile*, Roma, 2022.

presupposti per demandare le parti in mediazione *ex art. 5 quater* d.lgs. n. 28/2010 o per tentare la conciliazione ovvero formulare proposte conciliative *ex artt. 185 e 185 bis* c.p.c.

Detto diversamente, la diffusione degli orientamenti locali, applicativi dei principi di diritto affermati dal giudice di legittimità e articolati in indicazioni operative, avrebbe positivi e sicuri riscontri sulle pendenze giurisdizionali in primo grado ed in grado di appello, in termini di prevedibilità della lite, giacché consentirebbe alle parti del rapporto controverso di predeterminare con maggiore precisione i rischi sottesi all'azione giudiziaria e valutare in maniera più costruttiva e collaborativa l'opportunità di avviare un procedimento giurisdizionale ovvero stragiudiziale per dirimere la lite o, ancora, valutare con maggiore responsabilità le eventuali iniziative conciliative promosse durante il processo dal giudice adito con il supporto dell'U.p.P.

Nell'ottica di ottimizzare le risorse e la produttività derivabile, l'individuazione e la divulgazione della nomofiliachia orizzontale in chiave empirica potrebbe essere affidata al medesimo gruppo di addetti al quale verrebbe demandato l'auspicato servizio di studio e di supporto alla raccolta giurisprudenziale che, di fianco all' "*Osservatorio*" per uso interno, sulla scorta dello studio già svolto, potrebbe predisporre, altresì, un "*Osservatorio*" operativo sulla giurisprudenza del locale Tribunale, che tenga conto anche delle decisioni capaci per la novità della questione trattata di generare un *overruling* nella giurisprudenza della Corte di cassazione o un suo intervento in via pregiudiziale *ex art. 363 bis* c.p.c., al quale però assicurare una pubblicità esterna, quanto meno in favore degli avvocati iscritti all'albo (eventualmente) per il tramite del Consiglio dell'Ordine di appartenenza.

Anche da questo punto di vista pare che allora non si possa negare che la partecipazione attiva e coordinata dell'U.p.P. all'amministrazione della giustizia, nelle diverse fasi processuali e nelle attività complementari all'esercizio della giurisdizione (servizio di catalogazione, archiviazione e massimazione delle decisioni, e servizio di studio e di supporto alla raccolta giurisprudenziale) possa contribuire in misura non trascurabile e per altra via ad assicurare l'obiettivo dell'efficienza della giustizia, in ragione del ruolo chiave che può concretamente svolgere l'Ufficio per il processo, quale elemento di giuntura tra l'organizzazione del processo civile ed il suo svolgimento.

All'intento deflattivo potrebbe tra l'altro concorrere l'uso di meccanismi di intelligenza artificiale, specie se posti al servizio dei difensori delle parti, parametrando gli algoritmi sottesi alle indicazioni operative ricavate dalla giurisprudenza di merito declinata in chiave empirica dall'U.p.P. Gli avvocati sarebbero così muniti di strumenti ulteriori e convincenti per il cliente a desistere dall'instaurazione di un giudizio in favore di un procedimento stragiudiziale di componimento della lite. Tanti sono gli studi che affermano l'utilità, non scevra di rischi, dell'I.A. sulla prevedibilità della lite, specie nella sua accezione "debole" e, sebbene si ritenga non sia questa la sede per vagliarli, si vuole piuttosto concludere il presente lavoro

condividendo il pensiero di un autorevole studioso del processo civile⁶⁰, secondo il quale l'I.A., ove prestata al servizio dei cittadini per il tramite degli avvocati delle parti, ben potrebbe perseguire gli effetti deflattivi sottesi alla prevedibilità della lite, nella comune consapevolezza, dunque, del ruolo attivo e responsabile per l'efficienza della giustizia che spetta, a ben vedere, a tutti gli attori della scena giudiziaria, compreso l'avvocato della parte⁶¹ e compreso l'Ufficio per il processo.

Marilena Maione

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto "Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)"

ⁱ Appendice

Procedimenti iscritti e definiti, con clearance rate:

Sede di tribunale		Anno 2019			Anno 2020			I semestre 2021	
	iscritti CEPEJ	definiti CEPEJ	CR	iscritti CEPEJ	definiti CEPEJ	CR	iscritti CEPEJ	definiti CEPEJ	CR
NAPOLI	47.880	49.843	1,04	36.770	36.280	0,99	20.065	24.148	1,20
AVELLINO	8.054	8.944	1,11	6.464	6.588	1,02	3.363	4.163	1,24
BENEVENTO	9.976	10.816	1,08	8.249	9.122	1,11	4.634	5.675	1,22
NAPOLI NORD	25.185	27.205	1,08	19.757	20.238	1,02	11.131	12.541	1,13
NOLA	12.877	14.231	1,11	10.941	10.566	0,97	5.671	6.972	1,23
SANTA MARIA CAPUA VETERE	16.984	16.050	0,95	12.191	14.480	1,19	7.033	8.976	1,28
TORRE ANNUNZIATA	12.776	13.136	1,03	10.286	9.272	0,90	5.278	5.682	1,08
Totale nazionale	950.242	1.009.125	1,06	746.550	769.440	1,03	414.444	492.398	1,19

Procedimenti civili pendenti e arretrato:

⁶⁰ Si riferisce alla riflessione manifestata dal prof. G. RUFFINI, nel corso del cit. XXXIV Convegno Nazionale AISPC, presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II", il 22-23.09.2023.

⁶¹ Sul punto in giurisprudenza si veda Cass., sez. III, 21.07.2023, n. 21953, secondo cui il difensore è tenuto a scongiurare le conseguenze sfavorevoli per il proprio assistito derivanti dalla prevedibile applicazione dell'orientamento ermeneutico prevalente, anche nel caso in cui dissente dallo stesso. Cfr., Cass. n. 18612/2013, Cass. 4790/2014. In dottrina spunti sul ruolo dell'avvocato nella gestione delle controversie sono offerti da R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e dell'avvocato nella gestione delle controversie*, in www.aispc.it, quale Relazione tenuta nel cit. XXXIV Convegno Nazionale AISPC, presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II", il 22-23.09.2023.

Tribunale	2019		2020				I sem. 2021			
	pendenti CEPEJ	Arretrato	pendenti CEPEJ	variazione pendenti vs 2019	arretrato	variazione arretrato vs 2019	pendenti CEPEJ	Variazioe pend vs 2019	arretrato	variazione arretrato vs 2019
NAPOLI	80.790	14.374	81.208	1%	14.769	3%	77.322	-4%	14.160	-1%
AVELLINO	15.092	3.660	14.985	-1%	3.426	-6%	14.173	-6%	3.262	-11%
BENEVENTO	14.273	3.395	13.421	-6%	3.281	-3%	12.400	-13%	3.173	-7%
NAPOLI NORD	37.170	2.084	37.017	0%	3.380	62%	35.805	-4%	3.903	87%
NOLA	29.798	7.055	30.291	2%	7.486	6%	29.011	-3%	7.506	6%
SANTA MARIA CAPUA VETERE	45.639	15.233	43.378	-5%	14.813	-3%	41.644	-9%	14.137	-7%
TORRE ANNUNZIATA	18.483	2.183	19.362	5%	2.857	31%	18.956	3%	2.830	30%
Totale nazionale	1.536.496	337.740	1.515.736	-1%	344.083	2%	1.436.688	-6%	331.581	-2%

Disposition time:

Sede di tribunale	2019	2020		I semestre 2021	
	DT	DT	variazione DT vs 2019	DT	variazione DT vs 2019
NAPOLI	592	817	38%	580	-2%
AVELLINO	616	830	35%	616	0%
BENEVENTO	482	537	11%	395	-18%
NAPOLI NORD	499	668	34%	517	4%
NOLA	764	1046	37%	753	-1%
SANTA MARIA CAPUA VETERE	1038	1093	5%	840	-19%
TORRE ANNUNZIATA	514	762	48%	604	18%
Dato nazionale	556	719	29%	528	-5%

**



Scheda per la catalogazione del contenzioso in uscita (da compilarsi a cura dell'U.p.P.)*

Tribunale di: _____

DPCIEC

4-2023

1018

ISSN 2724-1106

Sezione: _____

Giudice: _____

R.G.: _____

Attore: _____

Convenuto: _____

Altre parti: _____

Link ipertestuale alle eventuali già redatte schede del giudizio

Data iscrizione a ruolo: _____

Data inizio rilevamento: _____

1. Materia:

-
- specificare codice di iscrizione a ruolo:

- correttezza del codice con la materia: ☐ SÌ/ ☐ NO

- se la risposta è no, specificare il codice corretto:

- oggetto:

2. Procedimento:

- specificare se I grado o II grado:

- specificare rito:

☐ ordinario di cognizione

☐ semplificato di cognizione

*DPC***Ie***C*

☐ sommario libro IV c.p.c.

3. **Esito:**

☐ Conciliazione giudiziale (*aggiungere link ipertestuale del relativo file in digitale*):

☐ Conciliazione stragiudiziale (*specificare e aggiungere link ipertestuale del relativo file in digitale*):

☐ Decisione giudiziale (*aggiungere link ipertestuale del relativo file in digitale*):

- In caso di decisione giudiziale, indicare:

➤ Data rimessione della causa in decisione:

➤ Data sottoscrizione della decisione:

➤ Data deposito in cancelleria della decisione:

➤ Forma del provvedimento:

4. **Natura della decisione:**

☐ In rito:

☐ Definitiva

☐ Non definitiva

☐ Motivi di giurisdizione (*specificare*):

☐ Motivi di competenza (*specificare*):

☐ Altra questione pregiudiziale di rito (*specificare*):

☐ Avvenuta cessazione della materia del contendere (*specificare*):

☐ **In merito:**

☐ Definitiva

☐ Non definitiva

☐ Parziale

- Accoglimento o rigetto (*specificare*):

☐ Su domanda (*specificare*):

☐ Su questione preliminare di merito (*specificare*):

☐ Su causa pregiudiziale (*specificare*):

☐ Condanna generica/provvisionale (*specificare*):

5. **Giudicato:**

- Specificare se decorsi i termini di impugnazione: ☐ SÌ/ ☐ NO

-
- Specificare se proposta impugnazione: ☐ SÌ/ ☐ NO
 - Se la risposta è sì, specificare l'impugnazione proposta:

6. **Conformità o difformità agli orientamenti di legittimità:**

☐ Conforme

- In caso di conformità, indicare l'orientamento maggioritario o l'eventuale intervento delle Sezioni Unite seguito:

- *aggiungere link ipertestuale del file della pronuncia:*

☐ Diforme

- In caso di difformità, indicare i precedenti contrari con *link ipertestuali* e specificare gli elementi _____ di _____ novità:

7. **Conformità o difformità agli orientamenti di merito:**

➤ **Nazionali:**

☐ Conforme

- In caso di conformità, indicare i precedenti recenti della giurisprudenza di merito con *link* _____ *ipertestuali:*

☐ Diforme

-
- In caso di difformità, indicare i precedenti contrari con *link ipertestuali* e specificare gli elementi di novità:
-

➤ **Locali**

- dell'Ufficio giudiziario:

☐ Conforme

- In caso di conformità, indicare i precedenti recenti con *link ipertestuali*:
-

☐ Difforme

- In caso di difformità, indicare i precedenti contrari con *link ipertestuali*, specificando la sezione ove si è formato l'orientamento nonché gli elementi di novità: -
-

- della Sezione dell'Ufficio giudiziario:

☐ Conforme

- In caso di conformità, indicare i precedenti recenti con *link ipertestuali*:
-

☐ Difforme

- In caso di difformità, indicare i precedenti contrari con *link ipertestuali* e specificare gli elementi di novità:
-

** La presente scheda va compilata a conclusione del procedimento giudiziale dall'addetto dell'U.p.P. che coadiuva il Giudice nella fase decisoria ed allegata al relativo fascicolo telematico onde consentirne la visione agli addetti all'U.p.P. demandati alla formazione dell'archivio di merito. I dati ivi raccolti consentono una catalogazione più celere del contenzioso in uscita nonché una classificazione (per materia e per oggetto) delle decisioni omogenea per l'archivio di merito, per la banca dati giurisprudenziale dell'ufficio giudiziario e per le piattaforme informatiche in uso (Siecic, Sicid e Pacchetto ispettori), facilitando da ultimo il pertinente controllo di gestione.*



MASSIMO TERESI

La cassazione dei provvedimenti del giudice d'appello, ricognizione e classificazione delle fattispecie ricorrenti per caratteri o materie comuni, prospettive per la neutralizzazione o attenuazione in sede di rinvio degli effetti dell'annullamento sul carico del ruolo.

Esaminati e catalogati, in ragione delle materie e dei motivi di annullamento più ricorrenti, i provvedimenti pronunciati da diverse sezioni della Corte di appello di Napoli nell'ultimo quinquennio, il lavoro si prefigge di individuare soluzioni per una maggiore efficienza dell'attività degli addetti UpP assegnati al detto Ufficio, attraverso anzitutto un aggiornamento del sistema informatico che tenga conto delle peculiarità del giudizio di rinvio dalla Cassazione, il quale giunge all'esame del giudice del merito attraverso una guidata canalizzazione delle questioni di fatto e di diritto come filtrate (dai gradi di merito precedenti e specialmente) dall'esame in punto di legittimità condotto dalla Suprema Corte, nonché attraverso la valorizzazione dei nuovi modelli di giudizio di cui alle più recenti riforme del codice di rito.

After examined and classifying the most recurrent subjects and reasons for annulment the provisions pronounced by various sections of the Court of appeal of Naples in the last five years, the work aims at identifying solutions for greater efficiency in the activity of UpP employees assigned to the above mentioned office, first of all through an update of the IT system that takes into account the peculiarities of the referral proceedings from the Court of Cassation, which comes to the examination of the judge of merit through a guided channeling of the questions of fact and law as filtered (from the degrees of previous merits and especially) from the examination of legitimacy conducted by the Supreme Court, as well as through the valorisation of the new models of judgment referred to in the most recent reforms of the code of civile procedure

Sommario: 1. Piano della ricerca. Oggetto e funzione – 2. La dimensione teleologica dell'Ufficio per il Processo. Cenni – 3. Sintesi delle attività compiute nell'ambito della ricerca – 4. Struttura, funzione e limiti del giudizio di rinvio dalla Cassazione – 5. Esiti della ricognizione dei provvedimenti pronunciati dalla Corte di appello di Napoli in sede di rinvio dalla Cassazione. Prospettive di efficientamento dell'Ufficio per il Processo – 6. Le modifiche introdotte dalla «Riforma Cartabia» al processo d'appello; incidenza sul giudizio di rinvio dalla Cassazione e prospettive per la interazione tra l'Ufficio per il Processo e il Consigliere Istruttore.

1. Piano della ricerca. Oggetto e funzione.

Il tema della ricerca si ascrive nell'ambito del Progetto di Ricerca PON Asse I, Obiettivo Specifico 1.4, Azione 1.4.1, «Azioni di miglioramento dell'efficienza e delle prestazioni degli uffici giudiziari attraverso l'innovazione tecnologica, il supporto organizzativo alla

informatizzazione e telematizzazione degli uffici giudiziari, disseminazione di specifiche innovazioni e supporto all'attivazione di interventi di *change management*».

1.1 In ossequio alla prima linea di azione di cui alla «Scheda progetto per la presentazione dei progetti a valere sull'Avviso per il finanziamento di interventi a regia nell'ambito dell'Asse I, Obiettivo Specifico 1.4, Azione 1.4.1», è stato necessario condurre preliminarmente una ricognizione dei provvedimenti relativi alla specifica fase del procedimento oggetto di indagine, così da classificare le diverse tipologie dei dati di interesse; a tal fine, sono stati reperiti i provvedimenti pronunciati dalla Corte di appello di Napoli, in sede di rinvio dopo l'annullamento in Cassazione, fino a cinque anni precedenti rispetto all'inizio dell'attività di cui al progetto (giugno 2022). La perimetrazione di tale orizzonte temporale è stata determinata, anzitutto, in ragione della tipologia di giudizio sul quale si è appuntata l'indagine, il quale si cala generalmente in una prospettiva di lungo periodo, a causa dei tempi fisiologici di completamento del percorso decisionale; d'altra parte, un'indagine proiettata oltre il detto limite avrebbe generato un prodotto influenzato anche da fattori non più attuali o comunque non più utili ai fini della ricerca.

1.2 Completata, nei modi di seguito specificati, la fase della ricognizione, un secondo livello di indagine ha riguardato la «classificazione delle fattispecie ricorrenti per caratteri o materie comuni»: si è trattato della collocazione dei diversi provvedimenti in più o meno estesi gruppi di casi nei quali con maggior frequenza la Corte di appello di Napoli ha visto l'annullamento dei provvedimenti da essa pronunciati da parte della Corte di cassazione; la classificazione è dunque avvenuta sulla scorta sia della materia oggetto di giudizio sia in base alla tipologia delle violazioni censurate dalla Suprema Corte. In particolare, considerato l'impatto di tale eventualità sulla complessiva durata del processo, l'indagine si è soffermata sulle ipotesi di cd. doppio rinvio, nelle quali l'Ufficio di riferimento si è dunque trovato a dover decidere la controversia nel merito in almeno due occasioni.

1.3 Inoltre, si è cercato di selezionare, tra le diverse tipologie di controversie esaminate, quelle per le quali anche in sede di giudizio di rinvio si sia resa necessaria attività istruttoria, in particolare di accertamento tecnico, per completare l'*iter* teso alla decisione nel merito: tale particolare situazione processuale, pur nella doverosità dello snodo come funzionale alla decisione, genera infatti pur essa un ulteriore rallentamento del processo nella sua fase (auspicabilmente) conclusiva dell'articolato e, a quel punto, già lungo percorso affrontato.

1.4 Infine, alla luce dell'attività di selezione e catalogazione di cui sopra, si è provato ad inquadrare prospettive di più efficiente utilizzo delle risorse, che consentano di rendere funzionale l'attività degli addetti all'Ufficio per il Processo¹ non tanto al temperamento della

¹ L'introduzione nel nostro ordinamento dell'Ufficio per il Processo risale al 2014 per effetto dell'art. 50 d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), conv., con mod., in l. 11 agosto 2014 n. 114, che ha inserito l'art. 16-*octies* nel d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 («Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese»), conv., con mod., in l. 17 dicembre 2012 n. 221, a mente del quale nell'ufficio per il processo presso i

ricorrenza dei casi di annullamento e quindi di rinvio (essendo tale aspetto tendenzialmente incompressibile, alla luce del diritto della parte a dolersi della violazione di legge e dell'inevitabile incidenza dell'errore di giudizio) quanto piuttosto allo smaltimento più celere del contenzioso in ingresso.

2. La dimensione teleologica dell'Ufficio per il Processo. Cenni.

2.1 Il legislatore nostrano ha concepito l'istituto dell'UpP come struttura di supporto alle attività degli uffici giudiziari, flessibile (in quanto modulabile sulla sorta delle singolari esigenze dell'Ufficio), incasellato in una cornice che ne dovrebbe consentire una coerente attuazione sul territorio nazionale, con l'obiettivo di ridurre l'arretrato e contenere i tempi della giustizia, attraverso l'affidamento ai relativi addetti una serie articolata di compiti²: lo studio dei fascicoli

tribunali ordinari e le corti d'appello sono impiegati il personale di cancelleria e coloro che svolgono, presso tali uffici, il tirocinio formativo a norma dell'art. 74, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98, o la formazione professionale dei laureati a norma dell'art. 37, co. 5, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111, e nell'ufficio per il processo dinanzi alle Corti d'Appello sono altresì addetti i giudici ausiliari di cui agli artt. 62 ss. d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv., con mod., dalla l. 9 agosto 2013, n. 98. Inoltre, fanno parte dell'UpP presso i Tribunali ordinari i giudici onorari di Tribunale di cui agli artt. 42 *ter* ss r.d. 30 gennaio 1941, n. 12. Successivamente il decreto del Ministro della Giustizia del 1º ottobre 2015 ha stabilito le "Misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'ufficio per il processo" ed il d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. in l. 25 ottobre 2016, n. 197, le «Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa»: di qui l'estensione dell'UpP, senza oneri di spesa, alla giustizia amministrativa, con espressa previsione che, oltre ai tirocinanti, ne faccia parte il personale di segreteria di area funzionale III. La circolare 25 gennaio 2017 e ss. mm. della VII Commissione C.S.M. (in https://www.csm.it/web/csm-internet/norme-e-documenti/dettaglio/-/asset_publisher/YoFfLzL3vKc1/content/circolare-sulla-formazione-delle-tabelle-di-organizzazione-degli-uffici-giudiziari-per-il-triennio-2017-2019) sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017-2019 ha stabilito, da una parte, l'obbligo per i presidenti dei tribunali ordinari di istituire l'UpP entro il 30 giugno 2019 e, dall'altra, la facoltà di disporre l'istituzione in capo ai presidenti dei Tribunali per i minorenni, dei Tribunali di sorveglianza e delle Corti d'appello. Successivamente, il d.lg. 13 luglio 2017, n. 116, recante la «Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57», che ha disciplinato l'assegnazione dei giudici onorari di pace all'UpP presso i tribunali. Infine, l'art. 1, co. 18, l. 26 novembre 2021, n. 206 («Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata»), ha previsto che anche presso la Corte di cassazione siano istituite una o più strutture organizzative denominate ufficio per il processo.

² In dottrina, v. A. ALFIERI, *L'ufficio per il processo: una possibile rivoluzione culturale nell'organizzazione degli uffici giudiziari*, in *Giust. proc. civ.*, 2022, 4, p. 1197 ss.; F. AULETTA, *L'Ufficio del processo*, in *DPCleC*, 2021, 3, 241 ss.; F. BARBIERI, *Il "nuovo" ufficio per il processo: un modello organizzativo aperto all'intelligenza artificiale*, in www.questionegiustizia.it; S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio per il processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, in *DPCleC*, 2021, 3, 261 ss.; C. CAVALLINI, *L'ufficio per il processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 4, 981 ss.; R. CAPONI, *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, in www.questionegiustizia.it; M. G. CIVININI, *Il "nuovo ufficio per il processo" tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in www.questionegiustizia.it; F. DE SANTIS DI NICOLA, *Addetti al nuovo "ufficio del processo" (artt. 11 ss. D.L. n. 80 del 2021) vs assistant-lawyer presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo: due modelli a confronto*, in *DPCleC*, 2021, 3, 265 ss.; L. GENTILE, *Assunzione, inquadramento e mansioni degli addetti all'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 2022, V, 229; ss.; M. F. GHIRGA, *L'ufficio del processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1, 177 ss.; G. GRASSO, *L'attuazione dell'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 2019, III, 409ss.; I. PAGNI, *L'Ufficio per il processo:*

(predisponendo, ad esempio, delle schede riassuntive per procedimento); il supporto al giudice nel compimento della attività pratico/materiale di facile esecuzione (la verifica di completezza del fascicolo, l'accertamento della regolare costituzione delle parti, il controllo delle notifiche ed il rispetto dei termini, etc.), il supporto per bozze di provvedimenti semplici o ripetitivi, il controllo della pendenza di istanze o la loro gestione, l'organizzazione dei fascicoli, delle udienze e del ruolo, con segnalazione all'esperto coordinatore o al magistrato assegnatario dei fascicoli che presentino caratteri di priorità di trattazione; la condivisione all'interno dell'Ufficio riflessioni su eventuali criticità, con proposte organizzative e informatiche per il loro superamento; l'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale; la ricostruzione del contesto normativo riferibile alle fattispecie proposte; il supporto per indirizzi giurisprudenziali sezionali; il supporto ai processi di digitalizzazione dell'ufficio e monitoraggio dei risultati; il raccordo con il personale di cancelleria³.

3. Sintesi delle attività compiute nell'ambito della ricerca.

3.1 All'esito del primo *step* di pianificazione, nella prospettiva del raggiungimento del primo degli obiettivi è stata anzitutto appurata, quale elemento ostativo rispetto a tale fase preliminare, la impossibilità, allo stato dell'operatività del sistema informatico dell'Ufficio, di utilizzare indicatori rappresentativi della tipologia di procedimento pendente o definito. Il sistema di gestione del contenzioso distrettuale, cd. SICID, non consente infatti di selezionare, attraverso specifici *markers*, quali procedimenti transitati all'Ufficio siano di appello, di revocazione, in unico grado o, per l'appunto, di rinvio dalla cassazione: ciò ha rappresentato, da un lato, un'ostruzione all'attività di ricerca, dall'altro un primo spunto per l'indagine. Va in proposito ricordato che secondo la linea di intervento del progetto 2.1⁴, per condurre un'efficiente analisi dei flussi di attività e dei carichi di lavoro e delle criticità relative all'espletamento della trattazione e della decisione delle controversie, nell'ottica della omogenizzazione dei dati provenienti dal territorio o dall'Ufficio di riferimento e della catalogazione delle criticità utilizzabili nelle successive fasi del progetto, le attività conoscitive devono riguardare proprio l'organizzazione del sistema informativo rispetto ai supporti

l'occasione per una (ulteriore) osmosi virtuosa tra teoria e pratica, con uno sguardo alle riforme processuali in cantiere, in www.questionegiustizia.it.

³ Cfr., par. 1 dell'allegato II («Profili professionali del personale amministrativo a tempo determinato PNRR presso il Ministero della giustizia») del d.l. n. 80/2021. Da ultimo, il d.lg. n. 151/2022 ha influito sulle competenze dell'addetto UpP nei procedimenti civili, dando attuazione alla legge delega sulla riforma del processo civile. Senza anticipare quanto si dirà nel paragrafo 6, può anticiparsi che la normativa da ultimo citata è intervenuta su due aspetti dell'Ufficio: a) modificazione dell'organizzazione e composizione, b) implementazione dei compiti dell'addetto, arricchendo il mansionario di cui all'allegato II del d.l. n. 80/2021.

⁴ Analisi dei flussi di attività, dei carichi di lavoro e delle principali criticità relative all'espletamento della trattazione e della definizione delle cause Linea di intervento di riferimento 2. Individuazione di modelli per la gestione dei flussi in ingresso e degli arretrati presso gli Uffici Giudiziari.

informatici in uso, sia pur nell'ottica dell'obiettivo dell'utilizzo di un modello unico di riferimento della macroarea⁵.

3.2 Per superare l'*impasse* è stato allora necessario sensibilizzare i magistrati dell'Ufficio di riferimento affinché reperissero i provvedimenti pronunciati in sede di rinvio, archiviati in personali cartelle, e quindi li trasmettessero unitamente a quelli che sarebbero stati pronunciati e depositati nell'arco dell'anno di operatività del progetto di ricerca. In tal guisa è stato possibile ottenere, nel corso dell'anno di operatività del progetto, un numero di provvedimenti, pubblicati dalle diverse sezioni civili della Corte di appello di Napoli, sufficiente al fine di condurre l'indagine e individuare in via prospettica taluni meccanismi di più efficiente utilizzo delle risorse.

4. Struttura, funzione e limiti del giudizio di rinvio dalla Cassazione.

4.1 Al netto dalla irrisolta questione circa la natura del giudizio di rinvio⁶, certo è che esso costituisca una prosecuzione del processo di cassazione e non una riapertura della fase conclusa con la sentenza cassata⁷, dovendo il giudice *ad quem* dar luogo alla fase rescissoria. Proprio in quanto fase ulteriore di un giudizio unitario sarà, di norma, al giorno della notificazione dell'originario atto introduttivo che si dovrà far riferimento per individuare il regime processuale applicabile, là dove la disciplina transitoria ne preveda l'entrata in vigore solo per le controversie iniziate successivamente ad una certa data⁸. In questa fase del processo devono convenire tutte le parti del giudizio di cassazione e di quello concluso dalla

⁵ A questo fine, il PNRR ha inteso promuovere, oltre alla digitalizzazione, l'apporto di professionalità tecniche diverse da quelle di matrice esclusivamente giuridica, essenziali per il miglioramento delle prestazioni degli uffici giudiziari (E. BORSELLI-L. DANI, *L'organizzazione del lavoro del giudice alla luce della riforma del processo civile. Pesatura dei fascicoli e gestione della complessità delle controversie*, in www.judicium.it, 26 giugno 2023).

⁶ Secondo alcuni esisterebbe un solo tipo di giudizio di rinvio, mentre secondo altri bisognerebbe distinguere tra un rinvio c.d. restitutorio ed un rinvio c.d. prosecutorio. Dall'accoglimento di questa seconda impostazione discenderebbe l'applicabilità delle norme che disciplinano il giudizio di rinvio (art. 392 ss. c.p.c.) in prevalenza al solo al rinvio c.d. prosecutorio o proprio.

⁷ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 2., 5 a ed., Torino, 2009, p. 582; B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p.178 ss.

⁸ In tal senso, Sez. Un., 17 settembre 2010, n. 19701, in cui si legge: «Il giudizio di rinvio conseguente a cassazione, pur dotato di autonomia, non dà vita ad un nuovo ed ulteriore procedimento, ma rappresenta una fase ulteriore di quello originario da ritenersi unico ed unitario. Da ciò consegue che, se il processo è iniziato prima dell'entrata in vigore dell'art. 2, comma 1, lett. g), delle l. 28 dicembre 2005, n. 263, che ha modificato l'art. 163 *bis* c.p.c., la citazione introduttiva del giudizio di rinvio deve fissare al convenuto un termine a comparire di 60 giorni, a nulla rilevando che al momento della notifica di tale atto il termine in questione sia stato elevato a 90 giorni». Tale principio tornerà utile nell'esaminare gli effetti dell'ultima riforma del processo civile, la quale incidendo (anche) sulla composizione dell'organo giudicante in grado d'appello potrà avere una portata applicativa per i procedimenti di rinvio dalla cassazione che avranno visto l'atto di impugnazione (non quello di riassunzione, per quanto si dirà) essere notificato dopo l'entrata in vigore della nuova normativa, cioè successivamente al 28 febbraio 2023.

sentenza cassata, configurandosi la riassunzione come impulso processuale che deve interessare l'identico *parterre* soggettivo⁹.

4.2 Il giudizio di rinvio deve essere messo in moto con atto di citazione in riassunzione, da notificarsi personalmente¹⁰, ad opera di una qualsiasi delle parti¹¹, entro (oggi, in caso di cassazione sopravvenuta in un giudizio avviato in primo grado successivamente al 4.7.2009) tre mesi (prima del 2009, entro un anno) dalla pubblicazione della sentenza della S.C.; altrimenti l'intero processo si estingue¹². Sebbene la citazione in riassunzione debba contenere tutti gli elementi di cui all'art. 163 c.p.c. e sia soggetta alle nullità previste dalla norma seguente (come ai relativi meccanismi di sanatoria¹³), va tenuto presente che, mantenendo le parti le medesime posizioni che avevano nel giudizio d'appello, la riassunzione si configura come ripetitiva delle richieste avanzate negli atti processuali precedenti¹⁴.

4.3 Quanto al procedimento, si osservano le norme stabilite per quello davanti all'autorità alla quale la Suprema Corte ha rinviato la causa, ove le parti conservano la medesima posizione

⁹ Cass., 17 maggio 2017, n. 12326. In dottrina, LUISO, *Diritto processuale civile*, 2., Milano, 2009, p. 482; *contra* B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 168 ss., che propugna la tesi per cui anche in fase di rinvio dovrebbe distinguersi in funzione della natura inscindibile o scindibile della causa, ben potendosi configurare un'estinzione – o comunque una mancata prosecuzione – parziale della lite; inclinano a affermare o negare la necessità del litisconsorzio in considerazione del nesso di connessione sussistente tra le posizioni delle parti cumulate nel giudizio, più di recente, Cass., 6 febbraio 2004, n. 2291, Foro it., 2004, I, p. 1769; Cass., 5 marzo 2003, n. 3278. Da tale postulato discende che nel giudizio di rinvio non può essere eccepita o rilevata di ufficio, ad esempio, la non integrità del contraddittorio a causa di un'esigenza originaria di necessario litisconsorzio, se tale questione non sia stata dedotta in Cassazione né da questa rilevata d'ufficio (Cass., 11 settembre 2017, n. 21096; Cass., 5 marzo 2007, n. 5061).

¹⁰ La notificazione effettuata presso il domiciliatario o il procuratore costituito nelle fasi è nulla, ma non inesistente (Cass., 5 dicembre 2017, n. 29032); il giudice del rinvio non potrà allora dichiarare l'estinzione del processo, bensì, in caso di mancata costituzione della controparte, dovrà ordinare la rinnovazione della notificazione; questa, se effettuata ritualmente, sana la nullità con effetto *ex tunc* (Cass., 5 febbraio 2016, n. 2288; Cass., 17 maggio 2017, n. 12326). Se infine, nonostante la nullità, il giudizio di rinvio sia comunque proseguito e la questione sia stata dedotta come motivo nel nuovo ricorso per cassazione (promosso contro la sentenza di rinvio), la S.C. dovrà cassare la sentenza impugnata con rinvio, anche se nelle more del procedimento sia decorso il termine perentorio per la riassunzione, potendo la menzionata nullità essere sanata con effetto retroattivo con la riassunzione dinanzi al nuovo giudice di rinvio, ritualmente eseguita da una delle parti (Cass., 5 febbraio 2016, n. 2288). In caso di morte della parte durante il procedimento di cassazione, la riassunzione deve avvenire mediante notifica agli eredi, non essendo applicabile al giudizio di cassazione, retto dall'impulso officiosa, l'art. 300 c.p.c.: l'erronea identificazione del soggetto passivo comporta l'inammissibilità dell'atto di (nuovo) impulso al processo. Nei processi che seguono le forme e i termini del rito del lavoro, nonché per quelli retti dalle norme del procedimento camerale (Cass., 31 luglio 2017, n. 19020), la riassunzione andrà proposta con ricorso in cancelleria (Cass., 12 aprile 2012, n. 5777).

¹¹ Cass., 3 luglio 2013, n. 16689.

¹² Si è peraltro ritenuto, nella vigenza del nuovo termine trimestrale, a salvaguardia della posizione della parte a fronte di uno *spatium* ridotto, che, in assenza di notificazione della decisione o comunicazione dell'avvenuto deposito, il termine decorra dal momento in cui la parte ne abbia avuto conoscenza (Cass., 29 maggio 2017, n. 13509).

¹³ Cass., 7 ottobre 2016, n. 20166.

¹⁴ Non è dunque necessaria per la validità dell'atto di riassunzione la precisione espositiva richiesta per la citazione in primo grado o per l'appello (Cass., 6 settembre 2012, n. 14932; Cass., 14 febbraio 2017, n. 3883). Gli elementi essenziali dell'atto di riassunzione sono il riferimento esplicito alla precedente fase processuale tramite il richiamo all'atto introduttivo, nonché al provvedimento in forza del quale avviene la riassunzione medesima (Cass., 30 ottobre 2014, n. 23073).

che avevano nel procedimento che mise capo alla sentenza cassata: la fase rescissoria¹⁵ si colloca nei termini e nello stato (anche di istruzione) in cui si trovava il procedimento nel quale fu pronunciata la sentenza cassata, preclude in linea di principio novità riguardanti domande, eccezioni e richieste di prove¹⁶, se non quando la necessità emerga dalla stessa sentenza di cassazione¹⁷. La cognizione del giudice di rinvio è dunque perimetrata dalle questioni oggetto dei motivi di impugnazione formulati nel giudizio d'appello conclusosi con la sentenza cassata¹⁸.

4.4 Questa non esaustiva ricognizione della latitudine della cognizione in sede di rinvio è utile per comprendere che il richiamo alle disposizioni stabilite per il procedimento davanti al giudice al quale la S.C. ha rinviato va applicato con cautela, non potendo determinare l'applicazione di norme che risultino incompatibili con i principi sopra enunciati, come il meccanismo dell'improcedibilità di cui all'art. 348 c.p.c.¹⁹ o quelle che ammettono, nei casi espressamente previsti, i cd. *nova ex art.* 345 c.p.c.²⁰.

4.5 Altra limitazione discende dai confini entro i quali la controversia sia stata devoluta al vaglio della S.C.: qualora nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata il giudice sia incorso in omissione di pronuncia ed il relativo vizio non sia censurato in cassazione, resta preclusa la possibilità di porvi rimedio in fase di rinvio²¹; allo stesso modo non sarà ammissibile riproporre

¹⁵ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 2., Milano, 2009, p. 472 e 474; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 533.

¹⁶ Cass., 21 aprile 2005, n. 8357.

¹⁷ Cass., 14 giugno 2006, n. 13719; Cass., 6 aprile 2001, n. 5149.

¹⁸ Delineando così i confini dell'effetto devolutivo del gravame, nonché la formazione del giudicato interno (Cass., 14 giugno 2006, n. 13719; Cass., 15 dicembre 2008, n. 29320; v. anche Sez. Un., 2 dicembre 2008, n. 28544). È dunque rilevabile d'ufficio il giudicato interno rispetto a domanda rigettata in primo grado che non abbia costituito oggetto di gravame in appello, quand'anche su di essa vi sia stata l'accettazione del contraddittorio nello stesso giudizio di rinvio (Cass., 27 marzo 2007, n. 7500). In caso di annullamento di sentenze non definitive di merito, se viene cassata la sentenza non definitiva di merito, la cognizione sarà limitata alla frazione di controversia già decisa in appello; pertanto, a seguito di cassazione di una sentenza confermativa di una precedente decisione non definitiva di merito, il giudice di rinvio non potrà affrontare profili che la sentenza appellata non aveva affrontato perché demandati alla pronuncia definitiva (Cass., 17 aprile 1997, n. 3306). *Idem* dicasi nel caso di cassazione di una sentenza di condanna generica, ove il giudice del rinvio non potrà pronunciarsi sul *quantum* dei danni (Cass., 16 marzo 2012, n. 4236). Si è peraltro addirittura ritenuto che la cassazione senza rinvio della non definitiva, con cui il giudice d'appello abbia disposto la prosecuzione del giudizio dinanzi a sé, fa venir meno la *potestas iudicandi* in capo a quest'ultimo: conseguentemente la sentenza definitiva ciò nondimeno dal medesimo pronunciata è affetta da inesistenza giuridica (Cass., 15 gennaio 2015, n. 573).

¹⁹ Prevale in caso di mancata costituzione il combinato disposto degli artt. 171 e 307, in quanto le disposizioni sull'improcedibilità dell'appello sono ispirate al *favor sententiae*, di cui tendono a facilitare il passaggio in giudicato, mentre in sede di rinvio, per effetto dell'art. 393, la sentenza di primo grado non è più in grado di passare in giudicato (Cass., 1 dicembre 1993, n. 11881; B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 74; S. SATTA, *Commentario al c.p.c.*, 2., 2 a ed., Milano, 1959/1962, p. 307).

²⁰ Cass., 28 aprile 1988, n. 3214.

²¹ Cass., 14 maggio 1998, n. 4848.

domande o questioni pregiudiziali rigettate nelle fasi di merito e non oggetto di ricorso²². Ove dalla sentenza di annullamento non discendano modifiche al *thema decidendum* o non siano sopravvenuti fatti nuovi, non è nemmeno consentito proporre nuove deduzioni istruttorie o produrre documenti²³, nonché le prove costituenti la formulazione specifica di prove già ritenute nei gradi precedenti inammissibili²⁴. Allo stesso modo, è inammissibile la querela di falso in via incidentale contro documenti già acquisiti nella fase conclusasi con la pronuncia cassata²⁵, e la verifica di una scrittura privata prodotta in primo grado²⁶ ovvero il disconoscimento della conformità all'originale delle copie dei documenti²⁷. Si ritiene invece ammissibile in sede di rinvio allegare fatti estintivi o modificativi sopravvenuti rispetto al momento della loro possibile allegazione nelle fasi pregresse²⁸. Tuttavia, le nuove eccezioni devono essere dalla parte tempestivamente dedotte nel primo atto difensivo utile rispetto all'avvenuta conoscenza dei fatti, indicando il momento in cui la circostanza sia divenuta ad essa nota²⁹.

4.6 Il giudice del rinvio deve attenersi non solo a quanto statuito esplicitamente nella sentenza della Suprema Corte³⁰, ma anche a quanto in essa può ritenersi fissato implicitamente: a ciò deve ritenersi alluda la formula dell'art. 384, c. 2, c.p.c. (modificata dal d.lg. n. 40/2006), per

²² Cass., 18 giugno 1997, n. 5438, *Foro it.*, 1998, I, p. 189, con nota di N. RASCIO; v. anche Cass., 3 aprile 2006, n. 7761. Analogamente, ove il giudice di appello non si sia pronunciato o si sia pronunciato in maniera errata sull'eccezione di giudicato esterno proposta davanti a lui, la parte interessata ha l'onere di denunciare il corrispondente vizio con il ricorso per cassazione e non può dedurlo per la prima volta nel giudizio di rinvio (Cass., 28 luglio 2006, n. 17247).

²³ Cass., 16 settembre 2000, n. 12276; Cass., 5 settembre 2003, n. 13006; Cass., 27 dicembre 2004, n. 24033.

²⁴ In termini, Cass., 14 aprile 1999, n. 3680; Cass., 22 aprile 1996, n. 3816. Si è ritenuto tuttavia che rientri nella facoltà delle parti di chiarire e rendere più espliciti gli articolati di prova testimoniale in precedenza dedotti (Cass., 21 aprile 2005, n. 8357).

²⁵ Non rileva, in senso contrario, la possibilità di contestare la genuinità degli stessi documenti tramite querela di falso in via principale, giacché l'eventuale esito positivo di tale ultimo processo non potrebbe avere effetti nel giudizio di rinvio (Cass., 14 gennaio 1999, n. 326).

²⁶ Cass., 16 dicembre 2004, n. 23380.

²⁷ Cass., 21 febbraio 2007, n. 4096. Tuttavia, è ammissibile la produzione di documenti sopravvenuti o non prodotti in precedenza per causa di forza maggiore; se non fossero ammessi, sarebbe allora giustificata la revocazione ex art. 395, n. 3, c.p.c. della sentenza di rinvio (A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, p. 636, nt. 1796, con ampi riferimenti; B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 269 ss.; cfr. Cass., 5 giugno 2014, n. 12633; Cass., 3 agosto 2012, n. 14101).

²⁸ Cass., 15 novembre 2017, n. 27155; Cass., 22 marzo 2013, n. 7301; in dottrina, v. E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, p. 178 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 534; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2., Bologna, 2010, p. 264; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 2., Milano 2009, p. 481. In caso contrario, la sentenza di rinvio vedrebbe ristretta la propria efficacia di accertamento in termini retrospettivi, potendosi in tal guisa ingenerare nuove liti, dopo il relativo passaggio in giudicato (C. CONSOLO, *Transazione della lite pendente il giudizio di cassazione: decisione di rito o di merito?*, *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 339 ss.; B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 263 ss.).

²⁹ Cass., 6 ottobre 2009, n. 21296, in motivazione; Cass., 25 luglio 2008, n. 20500.

³⁰ Come ad es. la qualificazione giuridica di una circostanza di fatto come condizione sospensiva, effettuata dalla S.C. in sede di annullamento della sentenza impugnata: Cass., 22 maggio 1999, n. 5018.

cui il giudice di rinvio deve uniformarsi «comunque a quanto statuito dalla Corte»³¹. Anche quando la cassazione sia avvenuta per un *error in procedendo*, che postuli una riattivazione del giudizio nel momento di verifica del vizio, nessuna ulteriore potestà decisoria residua in capo al giudice di rinvio sul punto di rito causa dell'annullamento³². Nei casi di cassazione con rinvio per *error in iudicando* (o di *error in iudicando de iure procedendi*), il vincolo a quanto risultante dalla pronuncia di cassazione è confermato da quella tradizionale giurisprudenza della S.C. secondo la quale, in sede di rinvio, devono ritenersi non suscettibili di discussione tutte le questioni, anche di fatto, che potevano essere rilevate dalle parti o d'ufficio quale presupposto della pronuncia di annullamento, da ritenersi così accertate in via definitiva quali premesse logico-giuridiche della pronuncia di cassazione³³. Immodificabili sono dunque i termini oggettivi della controversia, come si evincano dalla sentenza di annullamento, né trova ingresso un riesame dei presupposti di applicabilità del principio di diritto enunciato, facendo leva su fatti o profili non dedotti.³⁴ Il riesame delle questioni che avrebbero potuto sollevarsi in Cassazione, anche d'ufficio, tende a limitare gli effetti della stessa sentenza di legittimità, in contrasto con il principio della sua intangibilità³⁵: ciò significa che in un giudizio di rinvio cd. proprio non si possono sollevare questioni attinenti a vizi di presupposti processuali o

³¹ Va ricordato però che della nuova formula è stata prospettata una diversa interpretazione, imperniata sull'estensione dell'obbligo di enunciare il principio di diritto anche ai ricorsi formulati ex art. 360 nn. 1, 2 e 4 (B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 217, p. 223 ss). In senso contrario, fermo restando che nelle ipotesi di rigetto del ricorso l'enunciazione del principio di diritto non potrà dispiegare efficacia se non sul piano della formazione del precedente, va osservato che, con riferimento ai ricorsi accolti per ragioni di giurisdizione o di competenza, la decisione della Suprema Corte è integralmente sostitutiva dello specifico punto della sentenza impugnata sottoposta al suo esame (cfr. Cass., 27 giugno 2005, n. 13768); pertanto, in simili ipotesi alle parti ed al giudice di rinvio si impone non tanto la forza vincolante del principio di diritto, quanto quella del giudicato sulla giurisdizione e sulla competenza.

³² Allorché invece l'annullamento per *error in procedendo* risulti ostativo alla definizione del merito, la cassazione avviene senza rinvio, con statuizione sostitutiva ed esaustiva del punto controverso, ex art. 382 c.p.c. (R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 554 ss.; improprio sarebbe dunque quanto affermato in Cass., 30 marzo 2012, n. 5145, ove si ipotizza un vincolo al principio di diritto enunciato su questioni processuali; in tale ultimo senso anche G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, p. 548). Il tema comunque resta controverso. Nel senso che, a prescindere da qualunque enunciazione, la sentenza della Cassazione su un vizio di rito proietterà sempre la sua precettività nel prosieguo del processo, E. FAZZALARI, *Rinvio (giudizio di)*, in *Dciv*, XVII, Torino 1998, p. 669, p. 157-159. Perciò, la conformazione e la funzione del vincolo al principio di diritto - per il caso di cassazione con rinvio per *error in iudicando* - non si estendono alle nuove ipotesi di accoglimento del ricorso per i motivi di cui ai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 360, nelle quali, ex art. 384 riformato, la S.C. è oggi chiamata ad enunciare il principio di diritto, ove la statuizione della Cassazione si impone, al giudice del rinvio, in virtù di un vero e proprio giudicato pronunciato a valle di una cognizione completa, in fatto ed in diritto, della questione processuale (S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2 a ed., Torino, 2002, p. 311, ad avviso del quale oggetto della cassazione per *error in procedendo* «è l'accertamento della questione processuale nella sua interezza, l'applicazione, cioè, della norma alla concreta fattispecie processuale conosciuta in modo completo dalla Cassazione»).

³³ Cass., 24 ottobre 2017, n. 25153; Cass., 9 gennaio 2012, n. 30.

³⁴ Cass., 9 maggio 2017, n. 11234; Cass., 10 novembre 2015, n. 22885.

³⁵ Cass., 12 marzo 2004, n. 5137; Cass., 1° dicembre 2004, n. 22523; Cass., 18 giugno 1997, n. 5438, *Foro it.*, 1998, I, p. 189, con nota di RASCIO; sulla tematica, in dottrina, in senso critico, A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, p. 626 ss.; in senso adesivo, muovendo dalla teorica della formazione del giudicato interno su ogni «capo di questione», A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, p. 624 ss.

condizioni d'ammissibilità della domanda³⁶; né potrà rinnovarsi l'esame della questione del difetto di contraddittorio nelle fasi di merito³⁷.

4.7 Tema delicato in relazione alle prospettive della presente ricerca è quello del cd. «doppio rinvio», per impatto che tale eventualità determina sulla durata del processo. Il mancato rispetto del *decisum* della sentenza di cassazione da parte del giudice di rinvio dà luogo ad *error in procedendo*, per aver valicato i confini assegnati dalla legge ai poteri decisionali suoi propri; veicolato tale vizio in cassazione, la Suprema Corte gode di tutti i poteri del giudice del fatto, sia in relazione alla ricostruzione dei contenuti della sentenza rescindente, sia rispetto alla sentenza d'appello annullata³⁸. La pronuncia rescindente dev'essere in quest'ottica equiparata al giudicato, la cui interpretazione si assimila, per natura ed effetti che produce, all'interpretazione delle norme³⁹. Il vincolo in questione dunque si impone al giudice del rinvio (ed alla stessa S.C., in sede di ulteriore ricorso⁴⁰), come norma del caso controverso individuata dal giudice di legittimità, sia pur non ancora collegata alla vicenda che ha originato la controversia⁴¹. Il vincolo del principio di diritto cede tuttavia di fronte ad un eventuale intervento della Corte Costituzionale, allo *ius superveniens*⁴² o ad una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella misura in cui dichiara l'incompatibilità di una norma interna con i Trattati UE o con norme di diritto comunitario derivato⁴³.

5. Esiti della ricognizione dei provvedimenti pronunciati dalla Corte di appello di Napoli in sede di rinvio dalla Cassazione. Prospettive di efficientamento dell'Ufficio per il Processo.

5.1 La linea di intervento 2.2 della “Scheda progetto per la presentazione dei progetti a valere sull'Avviso per il finanziamento di interventi a regia nell'ambito dell'Asse I, Obiettivo Specifico

³⁶ Sez..Un., 3 luglio 2009, n. 15602; cfr. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 2., Milano, 2009, p. 472, sempre che le relative questioni - oggetto di un motivo di ricorso principale o incidentale - non siano rimaste assorbite nella sentenza della S.C. (v. Cass., 30 novembre 2017, n. 28751).

³⁷ Cass., 11 settembre 2017, n. 21096. Si deve a questo punto ricordare che il legittimo assorbimento di un motivo di ricorso per cassazione presuppone che la questione con esso prospettata sia irrilevante al fine della decisione della controversia, a seguito dell'accoglimento di un altro motivo, dunque non quando essa possa rivelarsi significativa in relazione ad uno degli esiti del giudizio di rinvio, in conseguenza della cassazione della sentenza impugnata: in tale ipotesi, la S.C. dovrebbe comunque esaminare quel motivo, annullando eventualmente la sentenza anche in relazione ad esso, sia pur condizionatamente a quell'eventuale esito del giudizio di rinvio sulla questione oggetto del motivo principale (accolto) (Cass., 6 giugno 2006, n. 13259; Cass., 30 maggio 2018, n. 13532; in senso contrario alla prassi dell'assorbimento B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 213 ss.).

³⁸ Cass., 5 marzo 2007, n. 5061.

³⁹ Cass., 25 marzo 2005, n. 6461. Ciò anche quando il principio di diritto debba essere evinto dall'intero corpo della decisione e quindi non risulti espressamente enunciato (Cass., 1° settembre 2004, n. 17564, *Giut. civ.*, 2005, I, p. 1257).

⁴⁰ Cass. civ., 6 febbraio 2018, n. 2806. In dottrina, v. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 142. Ciò vale anche se il nuovo orientamento giurisprudenziale sia stato generato da una sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale (Cass., 27 settembre 2002, n. 14022).

⁴¹ G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2., Bologna, 2010, p. 264. In giurisprudenza, v. Cass., 30 marzo 2001, n. 4725.

⁴² Cass., 24 ottobre 2017, n. 25153.

⁴³ Cass., 12 settembre 2014, n. 19031.

1.4, Azione 1.4.1” prevede che il modello condiviso per la gestione delle procedure dell’UpP debba consentire la definizione di modelli applicabili in diverse realtà per una gestione più efficiente dei diversi uffici territoriali. Questa attività passa per una preliminare verifica delle procedure e dei supporti informatici, in vista di una eventuale integrazione degli strumenti disponibili. Tra gli snodi più rilevanti vi è stata perciò l’elaborazione dei dati per organizzare e gestire la formazione del ruolo del giudice e il calendario del processo: in tale prospettiva, anche la nomina di ausiliari del giudice deve rappresentare un momento che l’UpP può essere chiamato a segnalare con immediatezza, predisponendo quindi anche in ragione di tale genere di attività, latamente istruttoria, una calendarizzazione da proporre al giudice⁴⁴.

5.2 Nell’ambito dell’indagine compiuta si sono reperiti, come riferito *supra*, diversi provvedimenti pronunciati dall’Ufficio di assegnazione in sede di rinvio dalla Cassazione, a completamento del lungo e articolato *iter* processuale che ha condotto alla decisione di merito. Come già segnalato, le modalità attraverso le quali si è ottenuta disponibilità dei provvedimenti in esame ha già rappresentato un primo elemento di riflessione, nel contesto della individuazione delle azioni utili al miglioramento delle prestazioni dell’Ufficio, non esponendo l’attuale operatività del sistema informatico⁴⁵ indicatori rappresentativi della tipologia di procedimento pendente o deciso.

5.2.1 Analoga problematica è stata segnalata per quanto riguarda i procedimenti dei «nuovi» licenziamenti *ex art. 441 bis c.p.c.*, secondo la disciplina introdotta dall’art. 3, comma 32, del d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149⁴⁶, il quale prevede che la trattazione (e la decisione) delle liti aventi tale oggetto, nelle quali sia chiesta la reintegra nel posto di lavoro, «hanno carattere prioritario rispetto alle altre pendenti sul ruolo del giudice, anche quando devono essere

⁴⁴ Ciò è funzionale alla predisposizione di una razionale informazione del giudice in vista dell’adozione dei primi provvedimenti, favorendo la concentrazione del magistrato sullo *jus dicere* propriamente inteso. In tale contesto l’attività e la conoscenza del giurista deve compenetrarsi con le scienze economiche ed in particolare con l’analisi economica del diritto e la scienza dell’organizzazione del lavoro e dell’amministrazione, con la statistica, con l’ingegneria gestionale e ovviamente l’informatica. I direttivi degli uffici giudiziari, nello svolgimento dei loro ruoli manageriali, ed i singoli giudici nella gestione del proprio lavoro e nel coordinamento con i colleghi e con l’Ufficio per il processo dovrebbero dunque giovare delle competenze di tipo. Su tali aspetti F. AULETTA, *Per una nuova educazione al diritto giudiziario*, in *Foro it.*, 2019, p. 207 ss.; *Id.*, *Una lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 633 ss.; S. ZAN, *Fascicoli e tribunali. Il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003, p. 10 ss.; M. F. GHIRGA, *L’ufficio del processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 177 ss.

⁴⁵ Nel settore civile sono operativi due principali sistemi informatici: l’applicativo SICID, che gestisce il contenzioso civile, la volontaria giurisdizione ed il processo del lavoro, e l’applicativo SIECIC al quale è invece demandata la gestione delle procedure concorsuali e le esecuzioni immobiliari e mobiliari. Ciascun applicativo ha la sua anagrafica unica, su base distrettuale, nella quale sono inseriti tutti i professionisti costituiti. Allo stato non è tuttavia possibile effettuare una ricerca per tipologia di procedimento pendente dinanzi alla Corte di appello di Napoli, così che il sistema possa selezionare e quindi proporre quali processi pendano in Corte d’appello in quanto competente in grado d’appello, in unico grado, in sede di revocazione ovvero, come nell’ipotesi presa in esame nell’ambito del presente lavoro, in sede di rinvio.

⁴⁶ Norma che ai sensi dell’art. 35 d.lg. n. 149/2022, come sostituito dall’art. 1, comma 380, lett. a), l. 29 dicembre 2022, n.197, vige «... a decorrere dal 28 febbraio 2023» e quindi si applica «ai procedimenti instaurati successivamente a tale data...».

risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto»; tant'è che il giudice del lavoro «può ridurre i termini del procedimento fino alla metà»⁴⁷. Ebbene, in questo settore si è ravvisata «l'attuale mancanza negli applicativi ministeriali di un «codice oggetto» per i licenziamenti ex art. 441 *bis* c.p.c.»⁴⁸, il che «rende più difficoltose non soltanto la calendarizzazione delle controversie presupposta dalla norma, ma anche le verifiche che l'art. 144 *quinquies* c.p.c. prescrive, oltre che con possibili risvolti sanzionatori, altresì ai fini delle estrazioni statistiche trimestrali necessarie per valutare la durata media dei processi in considerazione della durata degli altri processi in materia di lavoro»⁴⁹. Si ha dunque la sensazione che per taluni aspetti il tema non sia solo il mero ritardo nell'adeguamento del processo civile telematico alle modifiche legislative introdotte, ma che siano necessari degli adeguamenti dei sistemi affinché il fisiologico ritardo non trascinasse in cronica inefficienza.

5.3 Al fine di rendere più efficiente lo strumento dell'Ufficio per il Processo in questa peculiare fase, il sistema operativo informatico dev'essere allora senz'altro adeguato, di modo che sin dall'iscrizione nel ruolo generale degli affari contenziosi della Corte di appello il procedimento che venga incardinato quale di rinvio dalla cassazione possa essere veicolato in un'apposita sezione del sistema medesimo, diversa da quella nella quale confluiscono i procedimenti di impugnazione: al di là delle potenziali azioni migliorative, tale tracciamento dei procedimenti pendenti rappresenta un ineludibile passaggio, affinché possano ipotizzarsi specifiche gestionali per velocizzare il segmento in esame.

5.4 Come riferito nella parte descrittiva delle attività del presente lavoro, sono stati esaminati circa cento provvedimenti pubblicati dall'Ufficio di riferimento negli ultimi cinque anni, provenienti dalle diverse sezioni i cui magistrati hanno risposto alle richieste di trasmissione dei relativi testi. Può affermarsi allora che il campione di riferimento è stato sufficientemente diversificato, in ragione delle attribuzioni di competenze interne all'Ufficio a seconda della materia di giudizio.

⁴⁷ Fermo restando il termine minimo tra la data di notificazione al convenuto o al terzo chiamato e l'udienza di discussione non minore di venti giorni, con la conseguente proporzionale riduzione del termine per la costituzione del convenuto o del terzo. La disposizione si completa, nel comma 4, con la disciplina dell'udienza «concentrata» nella quale il giudice dispone, «in relazione alle esigenze di celerità anche prospettate dalle parti, la trattazione congiunta di eventuali domande connesse e riconvenzionali ovvero la loro separazione, assicurando in ogni caso la concentrazione della fase istruttoria e di quella decisoria in relazione alle domande di reintegrazione nel posto di lavoro. A tal fine il giudice riserva particolari giorni, anche ravvicinati, nel calendario delle udienze»; l'ultimo comma è invece dedicato ai «giudizi di appello e di cassazione» in materia, sui quali si riflette la medesima esigenza di «celerità e di concentrazione».

⁴⁸ G. GILARDI, *Uno sguardo alla riforma della giustizia civile dopo i decreti delegati di attuazione della legge n. 206/2021*, in *Questione Giustizia*, 1, 2023.

⁴⁹ «... In alcuni uffici – riferisce l'Autore – si sta facendo ricorso, in modo del tutto artigianale, all'uso di appunti o di registri cartacei per supplire in qualche modo alla lacuna». Ed ancora «...il mancato aggiornamento degli applicativi ministeriali necessari per poter scaricare le sentenze emesse a seguito di trattazione scritta ha creato difficoltà e dato origine anche ad atteggiamenti oppositivi da parte delle cancellerie, rendendo necessarie specifiche autorizzazioni da parte dei presidenti di sezione».

5.4.1 Alla luce dell'esame complessivo dei casi è stato possibile individuare nelle controversie aventi ad oggetto l'espropriazione per pubblico interesse, nelle diverse declinazioni (opposizioni alla stima del valore dei beni espropriati, risarcimento danni per occupazione illegittima, etc.), quelle che hanno visto con maggiore frequenza i provvedimenti di merito pronunciati dalla Corte d'appello di Napoli essere annullati dalla Corte di legittimità e quindi una nuova decisione da parte del medesimo Ufficio. Invero, tale iniziale dato può spiegarsi per due ordini di ragioni, entrambe non afferenti a profili di inefficienza strutturale dell'Ufficio. Da un lato, è noto che il procedimento di opposizione alla stima (che costituisce circa l'80% del sottoinsieme esaminato, mentre il residuo riguarda le richieste di risarcimento danni per occupazione illegittima e/o di restituzione di beni occupati) sia appannaggio della competenza funzionale della Corte d'appello, secondo il combinato disposto di cui agli artt. 54 del d.P.R. 8/6/2001 n. 327 e 29 d.lg. 1/9/2011, n. 150; dall'altro lato, la materia ha patito nel corso degli ultimi 20 anni significative oscillazioni giurisprudenziali che hanno minato la stabilità (e quindi la convalidazione delle decisioni da parte della Suprema Corte) degli orientamenti. Pertanto, in tale gruppo di decisioni si sono registrati motivi di ricorso e di conseguente annullamento per la quasi totalità dei casi attinenti al merito della controversia, piuttosto che al rito⁵⁰. Tuttavia, il dato più interessante ai fini dello studio, volto ad individuare forme di velocizzazione della decisione in questo ambito, è la circostanza che poco meno della metà dei casi esaminati hanno visto disporsi una nuova consulenza tecnica d'ufficio in sede di rinvio: tale ulteriore adempimento istruttorio, sebbene in molti casi doveroso da parte del giudice del rinvio, essendo l'annullamento da parte della Suprema Corte dovuto per lo più a declaratorie di incostituzionalità dei criteri di stima del valore di beni precedentemente utilizzati, indubbiamente ha rappresentato un aggravio per la speditezza della decisione.

5.5 Altro dato stimolante nell'ottica della ricerca è emerso all'esito della classificazione e successiva ripartizione tra i motivi di ricorso in Cassazione e delle conseguenti ragioni di annullamento dei provvedimenti pronunciati dall'Ufficio di assegnazione. Sotto questo aspetto, si può dire infatti di aver riscontrato una significativa incidenza delle illegittimità procedurali rispetto al totale dei motivi di annullamento dei provvedimenti esaminati in sede di rinvio, pari ad una forbice che si attesta a poco meno del 30% delle fattispecie esaminate (precisamente il 27,4%). In particolare, se per quanto concerne la materia già richiamata della espropriazione per pubblica utilità, la percentuale di sentenze nulle per ragioni rituali si attesta a meno del 20%, le controversie aventi ad oggetto ipotesi di responsabilità extracontrattuale, contrattuale e diritti reali hanno invece visto un'incidenza dei provvedimenti annullati per motivi di rito intorno al 35%; la materia fallimentare e più in

⁵⁰ Si è trattato, in buona parte, di decisioni assunte a sèguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del sistema di liquidazione ancorato al VAM (valori agricoli medi), sulla scorta della nota sentenza della Corte costituzionale, 10 giugno 2011, n. 181.

generale quella relativa alle procedure concorsuali ha invece visto, nel campione di osservazione, incidere gli annullamenti per ragioni procedurali in misura pari al 15% circa.

5.5.1 All'interno delle ipotesi di annullamento per motivi di rito spicca quella per erronea declaratoria di inammissibilità dell'appello, che incide per almeno il 17% del totale dei provvedimenti esaminati e per poco più del 60% delle ipotesi riscontrate nel predetto sottoinsieme- motivi rituali. Sotto questo aspetto, va osservato che il consolidamento e, per certi versi, la rivitalizzazione delle mansioni attribuite all'UpP dovute alle ultime «Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134» (d.lg. 151/2022), proprio in merito alla verifica della ipotesi di più celere chiusura del processo d'impugnazione (art. 348 *bis* c.p.c.) potrebbe essere vista in controluce: da un lato, l'attività di selezione dei procedimenti i quali, alla luce di profili inammissibilità o comunque rituali, potrebbero essere instradati sulla corsia veloce del (nuovo) rito potrebbe essere effettuata dall'UpP in maniera più specifica e puntuale di quanto debba fare chi, come il giudicante, deve affrontare, in ossequio all'esame dell'ordine logico delle questioni⁵¹, aspetti rituali prima o comunque in vista dell'esame delle ragioni di merito della lite, dall'altro s'impone una seria selezione delle risorse utili alle quali demandare questo genere di attività, per evitare che frettolose vie d'uscita dal processo d'impugnazione finiscano per alimentare, a valle, il contenzioso sia di legittimità sia, di conseguenza, quello del giudice del successivo rinvio.

5.5.2 Tra i provvedimenti esaminati si segnalano quelli più significativi, rispetto alle prospettive della ricerca, i quali hanno esposto motivi di annullamento per ragioni processuali.

- a. Sentenza n. 2130/2016. L'annullamento era intervenuto per erronea valutazione circa la necessità di autorizzazione espressa al curatore fallimentare, nonché per presunta tardività della proposizione dell'azione revocatoria; la domanda era per tali presunti vizi stata rigettata dal Tribunale e dalla Corte di appello; la Cassazione aveva invece accolto il ricorso, affermando che l'azione avrebbe

⁵¹ Il riferimento normativo è tradizionalmente individuato nell'art. 279, co. 2, n. 2, c.p.c., ove vi è espressa menzione delle questioni cd. pregiudiziali di rito; *idem* dicasi per quanto previsto dall'art. 276, co. 2, c.p.c. (il quale, nel disciplinare l'ordine di esame delle questioni in sede decisoria, stabilisce che il giudice «decide gradatamente le questioni pregiudiziali ... e quindi il merito della causa») nonché, soprattutto, dal combinato degli artt. 187, co. 3, e 420, co. 4, c.p.c. (ove viene considerata come possibile oggetto di decisione separata, di giurisdizione e competenza, da un lato, e «altre pregiudiziali», dall'altro). Più ristretti i riferimenti alle cd. questioni preliminari di merito rinvenibili nel codice di rito, i quali si compendiano nella duplice previsione, di cui all'art. 187, co. 2, e 279, co. 1, n. 2, c.p.c., per cui il g. i. «può rimettere le parti al collegio affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, solo quando la decisione di essa può definire il giudizio» e il collegio pronuncia sentenza «quando definisce il giudizio, decidendo questioni pregiudiziali attinenti al processo o questioni preliminari di merito». In merito al vasto tema non può che farsi un sintetico richiamo bibliografico a F. CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 671; D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008; B. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 257; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006.

dovuto ritenersi implicitamente autorizzata dal g. d., né avrebbe potuto considerarsi tardiva la proposizione, laddove il pagamento da revocarsi era stato effettuato con mezzi anomali (*i.e.* cessione di ramo di azienda per compensare in parte il credito), configurandosi quale *datio in solutum*, che rende superflua anche l'indagine sulla *scientia decoctionis*.

- b. Sentenza n. 2035/2020. L'annullamento era qui intervenuto per erronea declaratoria di improcedibilità dell'appello. La lite, avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità degli organi amministrativi e di gestione della società, aveva visto l'appello degli amministratori, condannati in primo grado, esser dichiarato inammissibile per omesso deposito dell'originale dell'appello e della prova della notificazione; sul ricorso dei soccombenti la S.C. rilevò invece che l'atto notificato era stato ammissibilmente prodotto dopo la rimessione sul ruolo disposta dalla Corte di merito, in applicazione del principio per il quale quando l'ordinanza collegiale rimette la causa all'istruttore le parti vengono riammesse a tutte le facoltà esercitabili in tale fase, compresa quella di deposito dell'appello notificato.
- c. Sentenza n. 2472/2021. La cassazione era qui intervenuta per erronea declaratoria di improcedibilità della domanda. Avendo l'I.A.C.P. espropriato un terreno, la proprietaria si era opposta alla stima del prezzo offerto quale indennità; la domanda era stata però dichiarata inammissibile dalla Corte di appello di Napoli, ritenendosi necessaria la previa determinazione dell'indennità in via amministrativa, mentre la Cassazione aveva accolto il ricorso della proprietaria affermando che tale attività non era prevista ai fini della procedibilità della domanda.
- d. Sentenze n. 2896/2021, 571/2022 e 454/2022. In tutte queste ultime vicende, aventi ad oggetto opposizione alla stima, aveva il giudice di merito erroneamente dichiarato inammissibile l'opposizione per superamento del termine – 60 giorni – dalla notificazione della relazione di stima. Nelle prime due, era stato dato rilievo, ai fini del decorso del termine *ex art.* 27 e 54 TU 327/2001, al deposito presso il Comune della relazione di stima, mentre la Cassazione aveva rilevato che avrebbe dovuto guardarsi unicamente alla notifica del decreto di esproprio o della relazione di stima; all'esito, previo esperimento di c.t.u., veniva liquidata l'indennità di esproprio.
- e. Sentenza n. 1433/2021. Si tratta di un'ipotesi di «doppio rinvio»: il primo per motivi di rito (erronea dichiarazione di inammissibilità dell'appello), il secondo di

merito (mancato rilievo del giudicato esterno). La lite aveva ad oggetto una richiesta di risarcimento danni per occupazione illegittima in favore del fallimento di una società commerciale, a causa di occupazione illegittima e definitiva trasformazione di una vasta area di terreno, oltre che di restituzione di altra porzione non trasformata. Sul ricorso del fallimento, che aveva impugnato la sentenza d'appello per avere quest'ultima rigettato la seconda domanda, la S.C. aveva annullato per non avere la sentenza d'appello tenuto conto del giudicato esterno derivante da altra pronuncia della medesima Corte di appello, emessa in relazione alla perimetrazione dell'area occupata.

- f. Sentenza n. 3552/2020. Si tratta di altra ipotesi di «doppio rinvio», entrambi per motivi rituali: erronea declaratoria di inammissibilità dell'appello, il primo, omessa pronuncia su capo di domanda, il secondo. La lite, avente ad oggetto espropriazione per pubblico interesse e determinazione dell'indennità di occupazione, era iniziata nel 1986 ed è stata definita 34 anni dopo, all'esito di un articolato *iter* tra tribunale – che aveva dichiarato nel 2004, dopo aver esperito anche istruttoria, la propria incompetenza in favore del giudice superiore – Corte d'appello – che aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione - e Cassazione – la quale invece aveva rimesso dinanzi alla Corte d'appello; tuttavia, anche l'esito del procedimento di primo rinvio aveva sofferto altro parziale annullamento, per erroneo rigetto della domanda di indennizzo per l'occupazione.
- g. Sentenza n. 1385/2016. Si trattava di un'opposizione avverso un provvedimento sanzionatorio adottato dal MEF, per violazione del Regolamento Consob circa l'attività di intermediazione finanziaria su cd. derivati; anche in tale ipotesi si è assistito ad un doppio rinvio, solo il primo per motivi rituali, per erronea declinatoria di giurisdizione.
- h. Sentenza n. 3691 del 2021. Si tratta di altra ipotesi di «doppio rinvio», entrambi per motivi di rito, in materia di impugnativa del lodo arbitrale: il primo, avendo la Corte di appello dichiarato la nullità della clausola e del lodo per difetto di giurisdizione, dichiarando quella del g. a., mentre la Cassazione aveva accolto il ricorso, dichiarando quella del g. o. Riassunto il processo, la Corte di appello aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione perché avrebbe dovuto rivolgersi al giudice di prima istanza, ma la Corte di legittimità aveva annullato nuovamente, avendo presieduto il collegio lo stesso magistrato che aveva pronunciato la sentenza impugnata per cassazione in occasione della prima pronuncia.

- i. Sentenza n. 4577/2022. Il giudizio, dal tema ricorrente, prendeva le mosse da un'opposizione a decreto ingiuntivo promossa dall'ASL contro la richiesta di pagamento per prestazioni specialistiche effettuate in convenzione da una società, eccedendo il superamento del cd. tetto di spesa. Revocata dal Tribunale l'ingiunzione, la Corte di appello aveva rigettato l'impugnazione della società creditrice, dichiarandola inammissibile per mancata impugnazione del punto motivazionale relativo all'onere della prova circa il superamento del limite di spesa; la Cassazione annullava invece la sentenza proprio nella parte in cui aveva erroneamente valutato come non correttamente impugnato il detto capo.
- j. Sentenza n. 1102/2022. In questo giudizio, avente ad oggetto la richiesta di risarcimento danni derivanti da circolazione di veicoli, la Corte d'appello aveva erroneamente dichiarato inammissibile l'appello principale e privo di efficacia quello incidentale tardivo, per non avere le parti integrato il contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c.; tuttavia, il termine concesso era stato ritenuto dalla S.C. eccessivamente stringato.
- k. Sentenza n. 3158/2020. L'annullamento con rinvio era stato in tal caso disposto perché sia il Tribunale che la Corte d'appello avevano erroneamente ritenuto non esaminabile la prova testimoniale offerta dall'attrice, in causa avente ad oggetto risarcimento danni da sinistro contro il Fondo di Garanzia, sulla scorta di una negligenza dell'istante nel processo penale volto all'accertamento della identità del danneggiante; secondo la Cassazione, invece, né la presentazione della querela né la attiva collaborazione nel processo penale sono requisiti di proponibilità dell'azione civile contro il Fondo.
- l. Sentenza n. 2993/2020. In materia di denuncia di danno temuto e risarcimento danni, la Corte di appello aveva erroneamente qualificato come eccezioni nuove quelle riguardanti profili di corresponsabilità dell'attore in danno del quale sussisteva il pericolo di crollo denunciato in sede cautelare, *ivi* accertato e poi confermato in sede di merito; la Cassazione, invece, riqualificando tale attività come mera difesa, aveva cassato la sentenza e rinviato alla Corte di merito.
- m. Sentenza n. 4587/2021. La causa aveva ad oggetto la particolare ipotesi di liquidazione a titolo di «danni puntivi» ex art. 12 della legge sulla stampa⁵². La Cassazione aveva qui rinviato perché la Corte di appello, pur avendo accolto il

⁵² L'art. 12 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, prevede che «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato».

motivo di gravame che segnalava l'erronea estensione della condanna di tal fatta ad uno dei convenuti, non aveva riformulato il capo contenente la quantificazione dell'importo liquidato dal primo giudice, sulla erronea supposizione che la richiesta di modifica non riguardasse espressamente il detto capo, pur avendo l'appellante chiesto in subordine la riduzione del risarcimento.

- n. Sentenza n. 4242/2021. Anche questa causa, avente ad oggetto risoluzione del contratto di compravendita immobiliare, ha visto dispiegarsi un «doppio rinvio» dalla Cassazione, entrambi per ragioni di rito: il primo a causa di una erronea declaratoria di inammissibilità dell'appello, il secondo per presunta omessa integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c.
- o. A completare il panorama dei provvedimenti esaminati, nei quali sono emerse violazioni rituali poi accertate dalla Corte di legittimità, vanno ricordate la sentenza n. 4987/2018, in materia di risarcimento danni da occupazione illegittima, per erronea declinatoria di giurisdizione (*idem*, quanto al vizio rilevato, nella sentenza n. 1419/2021, in materia di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c. e arricchimento senza causa); la sentenza n. 2196/2018, nella quale veniva in rilievo una omissione di pronuncia sulla domanda di manleva nei confronti della compagnia assicuratrice, chiamata dal danneggiante, nonché omissione sulla domanda di interessi di mora pretesi dagli attori; la sentenza n. 731/2022, in tema di opposizione a ingiunzione per compensi professionali non onorati, nel cui corpo viene dato conto di una cassazione per erronea declaratoria di inammissibilità per tardività dell'appello (*idem*, quanto al vizio di rito, nella sentenza n. 6211/2019, in materia di esecuzione specifica obbligo contrarre); la sentenza n. 1166/2022, in ipotesi di responsabilità del garante per contratto finanziamento.

5.6 Più difficile individuare, tra i provvedimenti esaminati, tracce comuni nella congerie di ipotesi di annullamento per motivi di merito, stante il diversificato panorama di osservazione. Tuttavia, come si è anticipato, nella materia della espropriazione per pubblico interesse, pur veicolata in giudizio attraverso diverse opzioni introduttive (opposizioni alla stima, risarcimento danni per occupazione illegittima, etc.), si è potuta apprezzare una certa omogeneità di vizi, la quale può condurre ad interessanti spunti prospettici. Vero è infatti che le ragioni di annullamento, anche perché afferenti principalmente al merito, non implicano, all'immediato esame dell'interprete, profili di inefficienza dell'Ufficio, giacché la particolare struttura del procedimento (attribuito alla competenza funzionale della Corte d'appello⁵³) fa

⁵³ Secondo il combinato disposto di cui agli artt. 54, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, e 29 d.lg. 1 settembre 2011 n. 150.

sì che il giudizio di legittimità sia quello di «prima» impugnazione possibile, è altresì vero che gli ulteriori accertamenti che il giudice del rinvio è stato in tali casi onerato di disporre per addivenire alla decisione del caso concreto inducono a considerazioni di massima, utili anche in altre materie, pur se incidenti in percentuale minore rispetto a quest'ultima. In quasi la metà dei procedimenti esaminati aventi tale oggetto è stato infatti necessario disporre una nuova consulenza tecnica d'ufficio per addivenire ad una stima del valore dei beni che fosse immune da vizi logici, ciò che ha prodotto un fisiologico rallentamento della decisione di merito, considerati gli adempimenti prodromici all'attività di indagine del consulente, come la formulazione dei quesiti (da modulare in ragione della specifica ragione di annullamento del provvedimento), il giuramento del professionista incaricato, etc. Allora, in casi consimili, si può iniziare a prospettare che la «segnalazione» da parte del sistema informatico di governo del ruolo contenzioso, unitamente alle più recenti modifiche in tema di processo civile⁵⁴, se congruamente messe a fuoco dall'addetto UpP, potrebbero rappresentare fattori di accelerazione di questo segmento procedimentale, instradando immediatamente la causa verso gli adempimenti preliminari all'esperimento.

5.6.1 Anche per quel che concerne le ragioni di rinvio per motivi di merito è opportuno selezionare e quindi indicare le ipotesi più ricorrenti e significative ai fini del presente lavoro.

- a. Nei procedimenti definiti con le sentenze n. 2632/2016, 2765/2016, 3292/2016 e 3439/2021 la cassazione è risultata cagionata dalla dichiarazione di incostituzionalità del criterio di stima del fondo secondo il cd. VAM (valore agricolo medio), poi dichiarato incostituzionale. In particolare, nel primo caso nelle more del ricorso per cassazione avverso il primo rigetto interveniva la sentenza della Corte Costituzionale n. 338 del 2011, la quale dichiarava

⁵⁴ Anzitutto l'art. 193, co. 2, c.p.c., secondo il quale invece che fissare l'udienza di comparizione per il giuramento del consulente tecnico d'ufficio, il giudice può assegnare un termine per il deposito di una dichiarazione sottoscritta dal consulente con firma digitale, recante il predetto giuramento, fissando, col medesimo provvedimento, i termini previsti dall'art. 195, co. 3, cioè quello col quale il giudice fissa per le parti il termine per la trasmissione al c.t.u. delle osservazioni sulla relazione e il termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il c.t.u. deve depositare la relazione, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse. Ai sensi dell'art. 35, c. 2 e 3, d.lg. n. 149/2022, modificato dalla l. n. 197/2022, la norma si applica dal 1° gennaio 2023 per i procedimenti davanti al Tribunale, alla Corte di appello e alla Corte di cassazione, come dinanzi al Giudice di pace, al Tribunale per i minorenni, al Commissario per la liquidazione usi civici e al Tribunale superiore delle acque pubbliche.

l'incostituzionalità dell'art. 16 d.lg. 504 del 1992⁵⁵, con effetto retroattivo⁵⁶ rispetto ai rapporti pendenti non ancora definiti, passati in giudicato o consolidati; così la Corte di cassazione, prendendone atto, annullava il provvedimento di merito. Nel secondo caso (sentenza n. 2765/2016) era stata accolta in primo grado la domanda di risarcimento da occupazione illegittima in base al valore venale dell'area nonché la diminuzione di valore di una parte di terreno non occupata, ma la Corte d'appello aveva accolto parzialmente quello principale (asserendo che il Tribunale avrebbe liquidato l'indennità in assenza di domanda); anche in tal caso, nell'attesa della decisione della Cassazione, era intervenuta dichiarazione di incostituzionalità del sistema ancorato al VAM, sulla scorta di Corte Costituzionale n. 181/2011⁵⁷, così che la S. C., presone atto, aveva dichiarato che anche nel caso di specie la liquidazione dovesse avvenire sulla base del valore venale (art. 39 l. 2359/1865); riassunta la causa, fu conferito altro incarico al c.t.u. per dar luogo alla nuova liquidazione. Nel terzo caso

⁵⁵ La norma recitava: «1. In caso di espropriazione di area fabbricabile l'indennità è ridotta ad un importo pari al valore indicato nell'ultima dichiarazione o denuncia presentata dall'espropriato ai fini dell'applicazione dell'imposta qualora il valore dichiarato risulti inferiore all'indennità di espropriazione determinata secondo i criteri stabiliti dalle disposizioni vigenti 2. In caso di espropriazione per pubblica utilità, oltre all'indennità, è dovuta una eventuale maggiorazione pari alla differenza tra l'importo dell'imposta pagata dall'espropriato o dal suo dante causa per il medesimo bene negli ultimi cinque anni e quello risultante dal computo dell'imposta effettuato sulla base della indennità. La maggiorazione, unitamente agli interessi legali sulla stessa calcolati, è a carico dell'espropriante». Il primo comma venne dichiarato incostituzionale dalla sentenza citata nel testo l'intero articolo era stato abrogato, a decorrere dal 30 giugno 2003, dall'articolo 58, comma 1, n. 134), del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, come modificato dall'articolo 5 del d.l. 23 novembre 2001, n. 411 dall'articolo 3 del D.L. 20 giugno 2002, n. 122, dall'articolo 1 della legge 1° agosto 2002, n. 166, e dall'articolo 1, comma 1, lettera ss), del d.lg. 27 dicembre 2002, n. 302.

⁵⁶ Secondo Cass., 14 dicembre 2007, n. 26275. «Una volta venuto meno - a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 348 del 2007 della Corte costituzionale - il criterio di indennizzo di cui all'art. 5 *bis*, d.l. n. 333 del 1992, conv., con modifiche, nella l. n. 359 del 1992, torna nuovamente applicabile il criterio generale dell'indennizzo pari al valore venale del bene, fissato dall'art. 39, l. 25 giugno 1865 n. 2359; tale criterio, inoltre, trova applicazione anche ai rapporti passati purché non definiti o esauriti; peraltro, resta ferma la discrezionalità del legislatore di stabilirne uno nuovo, conforme ai principi di cui alla citata sentenza».

⁵⁷ «È costituzionalmente illegittimo l'art. 5 *bis*, comma 4 d.l. 11 luglio 1992 n. 333, conv., con mod., in l. 8 agosto 1992 n. 359, in combinato disposto con gli artt. 15, comma 1, secondo periodo, e 16, commi 5 e 6, l. 22 ottobre 1971 n. 865, come sostituiti dall'art. 14 l. 28 gennaio 1977 n. 10. La censurata normativa, prevedendo che l'indennità di espropriazione per le aree agricole e per le aree non suscettibili di classificazione edificatoria sia commisurata ad un valore - quello agricolo medio della coltura in atto o di quella più redditizia nella regione agraria di appartenenza dell'area da espropriare, ... - che prescinde dall'area oggetto del procedimento espropriativo ed ignorando ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene, quali le caratteristiche di posizione del suolo, il valore intrinseco del terreno (che non si limita alle colture in esso praticate, ...), la maggiore o minore perizia nella conduzione del fondo e quant'altro può incidere sul valore venale di esso, elude il ragionevole legame con il valore di mercato del bene ablato, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il serio ristoro richiesto dalla consolidata giurisprudenza costituzionale; essa contrasta, quindi, con l'art. 117, comma 1, Cos., in relazione all'art. 1 del primo protocollo addizionale della convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, e con l'art. 42, comma 3, Cos., fermo restando che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato e che non sempre è garantita dalla Cedu una riparazione integrale...».

(n. 3292/2016), gli attori avevano ottenuto in primo grado la liquidazione dell'indennità di esproprio sulla base del valore venale delle aree occupate, ma la Corte d'appello aveva invece applicato l'art. 5 *bis* l. 392 del 1992⁵⁸, norma poi dichiarata illegittima con la sentenza della Corte Costituzionale n. 348 del 2007; la causa venne quindi riassunta e decisa nel merito, dopo aver espletato una nuova c.t.u. La vicenda testè descritta è sovrapponibile, quanto ai profili qui di interesse, all'ultimo caso, deciso con la sentenza n. 3439/2021, transitata per un «doppio rinvio».

- b. In parte sovrapponibile alle vicende esaminate sub a) è quella decisa con la sentenza n. 2514/2016, nella quale la Corte di appello di Napoli, adita in sede di opposizione alla stima, aveva rigettato la domanda, ritenendo coperte dal giudicato talune questioni già decise in altro giudizio tra le stesse parti, valutando in ogni caso congrua la stima condotta secondo il VAM; sul ricorso degli espropriati, la S. C. annullò la sentenza, stabilendo che la stima avrebbe dovuto parametrarsi al valore venale; riassunto il processo, si era resa necessaria anche in tal caso una nuova c.t.u. *Idem* per quanto deciso dalla Corte di appello di Napoli con la sentenza n. 2194/2017.
- c. Questioni afferenti alla stima dei beni espropriati si sono riscontrate anche nelle sentenze n. 2177/2017, 409/2020, 3857/2019 e 5321/2019 (quest'ultima pronunciata all'esito di un «triplo» rinvio). Nel primo caso, la Corte d'appello aveva erroneamente calcolato indennità da occupazione legittima sulla scorta del criterio della cd. indennità virtuale di esproprio – ai sensi dell'art. 80 Legge 219/1981⁵⁹, per cui in sede di rinvio pure si rese necessaria una nuova c.t.u. Nella sentenza n. 409/2020, la pronuncia della Corte di appello era stata cassata per erronea quantificazione dell'indennità sulla base di un valore equitativo e non venale. Il provvedimento n. 3857/2019 riguardava invece un'opposizione alla determinazione dell'indennità di esproprio liquidata e depositata dal Comune espropriante; dopo aver esperito una prima c.t.u., la Cassazione annullava il provvedimento di merito che ne aveva tenuto conto, indicando un differente criterio di stima; riassunto il processo, la Corte conferiva nuovo incarico al c.t.u. e

⁵⁸ Tale norma (aggiunta dall'articolo 1 della Legge 8 agosto 1992, n. 359, in sede di conversione) prevedeva, al comma 1, che «Fino all'emanazione di un'organica disciplina per tutte le espropriazioni preordinate alla realizzazione di opere o interventi da parte o per conto dello Stato, delle regioni, delle province, dei comuni e degli altri enti pubblici o di diritto pubblico, anche non territoriali, o comunque preordinate alla realizzazione di opere o interventi dichiarati di pubblica utilità, l'indennità di espropriazione per le aree edificabili è determinata a norma dell'articolo 13, terzo comma, della legge 15 gennaio 1885, n. 2892, sostituendo in ogni caso ai fitti coacervati dell'ultimo decennio il reddito dominicale rivalutato di cui agli articoli 24 e seguenti del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. L'importo così determinato è ridotto del 40 per cento».

⁵⁹ Il cui comma 6 recita «Ai proprietari, ai proprietari coltivatori diretti, ai fittavoli, ai mezzadri, ai coloni o compartecipanti spettano tutte le indennità previste dalla legge 29 luglio 1980, n. 385, maggiorate dal 70%. Non si fa luogo ai conguagli di cui agli articoli 1 e 2 della legge medesima. L'espropriato può proporre opposizione alla stima che sarà rinnovata in sede giudiziaria ai sensi degli articoli 12 e 13 della legge 15 gennaio 1885, n. 2892».

liquidava l'indennità. La sentenza n. 5321/2019 è stata frutto di un «triplo» rinvio: per quel che è dato conoscere dalla lettura dell'ultimo provvedimento, la Corte di appello, adita in sede di "prima" riassunzione (ignote le ragioni del primo rinvio), si era pronunciata su domanda dei proprietari di un fondo circa il risarcimento da occupazione usurpativa, liquidando però il danno in via equitativa, non disponendo di altri indici di quantificazione; la S.C. pronunciava quindi un nuovo annullamento, osservando che nella sentenza cassata non si rinveniva il percorso logico argomentativo che aveva condotto la Corte d'appello a concretizzare il criterio equitativo prescelto, pur legittimo *in thesi*.

- d. Nelle sentenze n. 2729/2016, 2883/2020, 4172/2019, 1164/2021, 182/2021 e 1127/2018 vengono in rilievo motivi di merito diversi, difficilmente raggruppabili in categorie omogenee. Al netto infatti di quelle n. 2883/2020 e 4172/2019, nelle quali la Cassazione aveva censurato la erronea valutazione ed estensione di accordi conclusi tra le parti, a tacitazione totale o parziale delle liti pendenti (nel primo caso, nel quale è stata necessaria in sede di rinvio una nuova c.t.u., si trattava di una rinuncia contenuta in una transazione; nel secondo, di una errata interpretazione di clausola di bonario componimento), nelle altre, la eterogeneità delle questioni oggetto di impugnazione di legittimità, che va dalla falsa applicazione del d.P.R. 327 del 2001 che avrebbe invece dovuto comportare la inapplicabilità dell'aumento del 10% (sentenza n. 2729/2016), alla erronea interpretazione delle clausole di legge circa la proroga dei termini per il completamento dell'*iter* espropriativo (sentenza n. 1164/2021), alla erronea individuazione del termine finale dell'occupazione legittima (sentenza n. 182/2021), alla mancata valutazione del giudicato esterno circa la titolarità ed estensione dell'area occupata (sentenza n. 1127/2018), non ha permesso un'omogenea catalogazione.

5.7 Nonostante, come detto, sia stato più che arduo individuare «fattispecie comuni» in quelle vicende che hanno conosciuto annullamenti per ragioni di merito, la prospettata gestione del contenzioso in entrata in sede di rinvio dalla Cassazione potrebbe farsi apprezzare in termini di velocizzazione del processo anche nella materia del contenzioso da illecito, in particolare extracontrattuale. In tale contesto, infatti, non infrequenti sono state riscontrate le ipotesi di riattivazione in fase di rinvio dell'istruttoria alla luce dell'accoglimento dei motivi di ricorso riguardanti la corretta liquidazione del danno, laddove l'entità quantificata dal giudice del merito non avesse rispettato i canoni «legali», oppure, nel decidere secondo equità, non fossero stati adeguatamente esposti i criteri logici seguiti.

5.7.1. Nella specie.

- a. Nella vicenda decisa con sentenza n. 265/2022, avente ad oggetto risarcimento danni ex art. 2051 c.c., i proprietari di un fondo avevano chiesto la condanna di un Comune al risarcimento danni e alla riduzione in pristino; accolta la domanda in primo grado, la Corte d'appello aveva invece affermato ch'era rimasta indimostrata da parte degli attori la titolarità passiva in capo

all'ente locale; la S. C. aveva annullato il predetto provvedimento, non avendo la Corte d'appello reso intellegibile il percorso logico che l'aveva portata ad escludere la titolarità passiva in capo al Comune, essendosi limitata a richiamare la regola generale in tema di onere della prova nei casi di responsabilità ex art. 2051 c.c.

- b. La lite decisa con sentenza n. 2632/2020 poneva alla cognizione del giudice una richiesta di risarcimento di danno ambientale. La Corte di merito, nella specie, accertato che la convenuta società aveva irrimediabilmente «antropizzato» una vastissima area, in precedenza naturalisticamente apprezzabile, non aveva considerato applicabile la disciplina sopravvenuta (d.lg. 152 del 2006, art. 311, commi 2 e 3) in tema di liquidazione del danno “punitivo” o riparatorio che la legge aveva previsto successivamente alla introduzione della lite in primo grado.
- c. Nella sentenza n. 3828/2021 veniva invece in rilievo un'ipotesi di responsabilità del datore per infortunio *in itinere*. Rigettata la domanda degli eredi di un dipendente di un ente comunale in primo e secondo grado, la Cassazione aveva annullato la sentenza d'appello per non avere l'ente avvisato gli eredi circa la sussistenza del contratto di assicurazione che copriva il rischio da infortunio e morte dei lavoratori subordinati pubblici, di modo che costoro potessero giovare del contratto a favore del terzo stipulato tra il Comune e la compagnia di assicurazioni.
- d. La pronuncia n. 725/2019 riguardava una lite avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità medico professionale. La pronuncia della Corte di appello di Napoli era stata in tal caso cassata per aver erroneamente escluso la titolarità passiva della Regione Campania, originariamente citata dall'attore, nonché erroneamente valutato il danno biologico, anche in ordine alla perdita della capacità lavorativa.
- e. Il giudizio di cui alla sentenza 1438/2020, avente ad oggetto un'ipotesi di responsabilità dell'istituto per danni subito dall'alunno nel contesto della prestazione scolastica, aveva infine visto restringersi il motivo di ricorso per cassazione alla erronea liquidazione delle competenze legali, la quale era avvenuta sulla scorta della decisione del primo giudice, poi riformata in appello.
- f. I casi decisi con le sentenze n. 3870/2017 e 4154/2021, avevano entrambi ad oggetto responsabilità medica da emotrasfusione. Nel primo, la Corte d'appello aveva escluso la responsabilità della clinica sulla scorta del solo rilievo che all'epoca in cui era stato contratto il virus non era noto quello della epatite C, ma quello di tipo B; dopo la riassunzione, la domanda di risarcimento venne comunque rigettata avendo la clinica provato di aver adottato tutte le precauzioni e le cautele necessarie al fine di evitare il contagio. Nel secondo, rigettata la domanda dell'attrice sia in primo che in secondo grado, rispettivamente in accoglimento dell'eccezione di prescrizione, il Tribunale, e per mancanza di prova del nesso causale, la Corte

di appello, l'istante aveva proposto ricorso per cassazione sostenendo che il nesso causale tra patologia lamentata e condotta del Ministero fosse stato accertato in maniera incontrovertibile dalla Commissione ministeriale; la Cassazione accolse tale motivo di ricorso, dichiarando che l'accertamento tecnico compiuto dalla Commissione ex art. 4 Legge n. 210 del 1992 si imponga al giudice civile, senza possibilità di sindacato ulteriore.

5.8 Nel quadro di riferimento sopra delineato, l'efficienza delle risorse offerte dall'UpP dovrebbe transitare anche per il contestuale adattamento e la sinergica applicazione di due norme contenute nelle disposizioni di attuazione del codice di rito.

5.8.1 Anzitutto, ai sensi del novellato art. 46, comma 5, disp. att. c.p.c.⁶⁰ «Il Ministro della giustizia, ..., definisce con decreto gli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo. Con il medesimo decreto sono stabiliti i limiti degli atti processuali, tenendo conto della tipologia, del valore, della complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti...». Sulla scorta di tale disposizione è stato di recente emanato il d.m. 7 agosto 2023, n. 110, contenente «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»; ai sensi dell'art. 8, commi 1 e 2, del detto d.m. «Gli atti giudiziari sono redatti secondo le regole dettate dall'articolo 11 del decreto ministeriale 21 febbraio 2011, n. 44, e sono corredati dalla compilazione di schemi informatici conformi alle specifiche tecniche di cui all'articolo 34⁶¹ del predetto decreto. Le specifiche tecniche di cui al comma 1 definiscono le informazioni strutturate nonché tutti i dati necessari per l'elaborazione degli schemi dell'atto da parte del sistema informatico ricevente, in conformità ai criteri di cui all'articolo 2.». Dunque, il sistema dovrebbe essere in grado di selezionare l'indicazione fornita dagli avvocati, in ossequio all'art. 2 del già citato d.m. 7 agosto 2023, n. 110, in merito agli «estremi del provvedimento impugnato con l'indicazione dell'autorità giudiziaria che lo ha emesso, la data della pubblicazione e dell'eventuale notifica», affinché in ragione dell'autorità giudiziaria di provenienza possa il procedimento veicolarsi, con «l'inserimento» di tale «informazione» nei

⁶⁰ Aggiunto dall'art. 4, comma 3, lett. b), numero 3), d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149.

⁶¹ *All'art. 34 del d.m. 21 febbraio 2011, n. 44 (recante «Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010 n. 24»), sono per l'appunto disciplinate le specifiche tecniche «stabilite dal responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia, sentito DigitPA e, limitatamente ai profili inerenti alla protezione dei dati personali, sentito il Garante per la protezione dei dati personali. 2. Le specifiche di cui al comma precedente vengono rese disponibili mediante pubblicazione nell'area pubblica del portale dei servizi telematici».*

«registri del processo», in apposita sezione del registro medesimo, dedicata per l'appunto ai procedimenti iscritti perché presso l'autorità adita si tratti la fase del rinvio.

5.8.2 Quanto sopra dovrebbe poter consentire al primo presidente della Corte d'appello anche di stabilire, ai sensi dell'art. 128 disp. att. c.p.c., in quali giorni della settimana possano tenersi le prime udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione delle parti dei giudizi iscritti nel ruolo generale (e opportunamente, per quanto riferito *supra*, canalizzati dal sistema) come procedimenti provenienti dalla Cassazione con rinvio.

5.9 Altra materia nella quale si è riscontrata una certa serialità è quella relativa ai crediti vantati da enti privati per prestazioni sanitarie effettuate in convenzione con le ASL locali. Al netto di un solo provvedimento annullato per vizi rituali, di cui si è già dato conto nella apposita sezione del presente capitolo⁶², i motivi di annullamento possono dividersi in due gruppi: nel primo, sono comprese quelli le cui censure riguardano l'erronea applicazione del divieto di frazionamento del credito, nel secondo quelle riguardanti l'erroneo governo della regola dell'onere probatorio.

5.9.1 Nella specie.

- a. Nella sentenza n. 4771/2022 (opposizione a decreto ingiuntivo), l'ASL aveva dedotto tra gli altri motivi il superamento del divieto di frazionamento del credito unitario; dopo un primo rigetto, la Corte d'appello (nel 2015) dichiarava improponibile la domanda in ragione dei principi enunciati dalla Cassazione nel 2007⁶³ in tema di frazionamento del credito; sul ricorso della creditrice, la S.C. annullava la sentenza, affermando che era in contrasto coi principi enunciati dalla stessa Cassazione con le sentenze successive del 2014⁶⁴ e 2017⁶⁵, in evoluzione

⁶² Ci si riferisce alla vicenda conclusasi con la sentenza n. 4577/2022, nella quale la Cassazione aveva censurato la erronea declaratoria di inammissibilità dell'appello, per presunta mancata impugnazione del profilo motivazionale.

⁶³ Nella nota sentenza n. 23726 del 2007 si legge che: «Non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale».

⁶⁴ Cass. civ., 30 aprile 2014, n. 9488: «Il frazionamento soggettivo delle azioni in giudizio, ..., impone che le cause vengano riunite anche in sede di legittimità, configurandosi l'inutile moltiplicazione delle azioni come un abuso del processo - ... - che, pur non essendo sanzionabile con l'inammissibilità dei ricorsi, essendo illegittimo non lo strumento adottato ma la modalità della sua utilizzazione, impone tuttavia l'eliminazione degli effetti distorsivi che ne derivano. (Nella specie, la S.C. ha provveduto alla riunione dei ricorsi proposti dai comproprietari di alcuni immobili espropriati, che, rappresentati dallo stesso difensore, avevano proposto distinte domande di analogo contenuto e volte ad ottenere la determinazione delle rispettive indennità espropriative)».

⁶⁵ Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090: «L'infrazionabilità del singolo diritto di credito si afferma nella considerazione che la parte può disporre della situazione sostanziale ma non dell'oggetto del processo, da relazionarsi al diritto soggettivo del quale si lamenta la lesione, in tutta l'estensione considerata dall'ordinamento. La violazione del divieto di infrazionabilità è

giurisprudenziale circa le conseguenze della violazione principio del cd. frazionamento del credito, ed aveva quindi affidato al giudice del rinvio sia il compito di verificare se sussistesse frazionamento sia, in caso positivo, di modularne diversamente le conseguenze. La vicenda descritta è esattamente sovrapponibile ad altra esaminata, decisa con sentenza n. 885 del 2022.

- b. Nella sentenza n. 2629/2022 (anche in tal caso in esito ad un'opposizione a decreto ingiuntivo), l'ASL si era invece opposta al d. i. deducendo il superamento del cd. «tetto di spesa» stabilito con delibere regionali, ma la creditrice aveva sin dal primo grado eccepito che le delibere in questione erano state annullate dal TAR e mai sostituite da altre che avessero stabilito; il Tribunale accoglieva l'opposizione e così la Corte di appello, affermando il principio per il quale avrebbe dovuto il creditore provare nel concreto il mancato superamento del limite di spesa; la S. C., invece, in accoglimento del principio contrario, già enunciato in altri arresti di legittimità, decise invece nel senso che avrebbe dovuto essere l'ASL a provare il superamento del limite, in quanto fatto impeditivo della pretesa creditoria. La vicenda descritta è risultata poi sovrapponibile a quella decisa con la sentenza n. 2115/2021.

5.10 Al netto delle ipotesi nelle quali si è riscontrata una violazione procedimentale e di cui si è quindi già dato conto *supra*, non è stata ravvisata alcune "serialità" o comunque omogeneità nei motivi di annullamento di merito per quanto concerne le liti aventi oggetto diritti reali, proprietà e condominio.

5.10.1 Nella specie.

- a. La sentenza d'appello di cui alla lite chiusa col provvedimento n. 5931/2018 era stata cassata per erronea interpretazione di una clausola di un regolamento di condominio di tipo non contrattuale come invece limitativa della destinazione d'uso di un immobile; nella sentenza n. 819/2019 si dava invece conto della cassazione per erronea valutazione della incidenza della legge successiva – l. n. 386/1978 - sulla efficacia di una disposizione testamentaria attributiva di un diritto – originariamente solo obbligatorio - sulla quota disponibile ad uno degli eredi; nella sentenza n. 5290/2018 il giudice del merito non aveva valutato la capacità di *prospectio*

sanzionata con la improponibilità che colpisce le domande proposte successivamente alla prima. Tuttavia, il concetto di "unico rapporto obbligatorio" è stato espressamente affermato soltanto in relazione ad un singolo credito e non anche in relazione ad una pluralità di crediti riferibili ad un unico rapporto di durata. Pertanto, una volta cessato il rapporto di lavoro, il lavoratore non è tenuto ad avanzare in un unico contesto giudiziale tutte le pretese creditorie che sono maturate nel corso del suddetto rapporto o che trovano titolo nella cessazione del medesimo: pertanto, il frazionamento di esse in giudizi diversi non costituisce abuso sanzionabile con l'improponibilità della domanda. Va chiarito, però, quanto segue: se sono proponibili separatamente le domande relative a singoli crediti distinti, pur riferibili al medesimo rapporto di durata, le questioni relative a tali crediti che risultino inscrivibili nel medesimo ambito di altro processo precedentemente instaurato, così da potersi ritenere già in esso deducibili o rilevabili - nonché, in ogni caso, le pretese creditorie fondate sul medesimo fatto costitutivo - possono anch'esse ritenersi proponibili separatamente, ma solo se l'attore risulti in ciò "assistito" da un oggettivo interesse al frazionamento».

e *inspectio* di una scala sulla proprietà aliena; la sentenza n. 1266/2019 ha dato conto di un'erronea valutazione delle distanze legali ex art. 873 c.c. invece che secondo la Legge n. 765 del 1967, vietando lo strumento urbanistico di zona qualsiasi attività edificatoria, essendosi disposta in tal caso in sede di rinvio una nuova c.t.u.; infine, nel provvedimento n. 2222/2020, la S. C. aveva cassato per erronea assegnazione ex art. 720 c.c. del bene al quotista maggiore.

6. Le modifiche introdotte dalla «Riforma Cartabia» al processo d'appello. Eventuale incidenza sul giudizio di rinvio dalla Cassazione e prospettive per la interazione tra l'Ufficio per il Processo e il Consigliere Istruttore.

6.1 Tra le modifiche che il Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 (cd. Riforma Cartabia) ha apportato al Libro II, Titolo III, Capo II, del codice di procedura civile⁶⁶ rileva, per quel che riguarda il presente lavoro, la reintroduzione della figura del consigliere istruttore. Si tratta di (un parziale ritorno al passato, che vede la reintroduzione della figura di) un giudice designato dal presidente del collegio e deputato all'espletamento dell'intera fase prodromica alla decisione, sia di trattazione che istruttoria (artt. 350 e 356 c.p.c.). Ai sensi del nuovo art. 349 *bis* c.p.c.⁶⁷, dunque, il presidente è chiamato ad effettuare una valutazione preliminare in ordine all'inammissibilità o manifesta infondatezza dell'appello, potendo in questo caso fissare direttamente l'udienza davanti al collegio per la discussione orale, evitando di designare l'istruttore e nominando direttamente il relatore. Le funzioni dell'istruttore consistono, anzitutto, nelle verifiche preliminari sull'integrità del contraddittorio, nella dichiarazione di contumacia, nel provvedimento di riunione degli appelli proposti contro la stessa sentenza, nel

⁶⁶ Tra i primi contributi in materia si segnalano G. P. CALIFANO, *Il nuovo giudizio di appello (dopo la riforma di cui al decreto legislativo 149/2022)*, in *DPCeC*, n. 1/2023, p. 53 e ss.; A. ANIELLO, *sub artt. 342-343 c.p.c.*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di TISCINI, Pisa, 2023, p. 470 e ss.; M. STELLA, *La blanda riforma del giudizio di appello tra restatement e ritorni al passato*, in *DPCeC*, n. 3/2022, p. 222 e ss.; L. PASSANANTE, *La Riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 993 e ss.; G. FEDERICO, *Il Giudizio di appello*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2021, p. 89-95; G. FINOCCHIARO, *Termine per impugnare decorre da quando la notifica è perfetta. Le impugnazioni in generale*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, n. 6, del 18 febbraio 2023, p. 21-23.; *Id.*, *L'appello chiaro e specifico è valido, la sintesi evita sanzioni pecuniarie. Gli atti introduttivi dell'appello*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, n. 6, del 18 febbraio 2023, p. 30 e ss.; *Id.*, *Per il 'filtro' contro le cause inutili si passa alla manifesta infondatezza. I criteri di selezione in appello*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, n. 6, del 18 febbraio 2023, p. 39-41; *Id.*, *Corsie preferenziali discrezionali per approdare alla discussione orale. I poteri del consigliere istruttore*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, n. 6, 18 febbraio 2023, p. 42 e ss.; F. PETROLATI, *La riforma del processo civile in appello. Le disposizioni innovate dal D. Lgs. n. 149/2022*, www.giustiziainsieme.it, 18 gennaio 2023, p. 1 ss.; L. BIARELLA, *Impugnazioni: il consigliere istruttore posto al timone del nuovo appello*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, n. 6, del 18 febbraio 2023, p. 14 e ss.; G. FEDERICO, *Il giudizio di appello*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2021, p. 89 e ss.

⁶⁷ Dopo l'articolo 349 c.p.c., abrogato dall'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 17 ottobre 1950, n. 857, è inserito il seguente: «Art. 349-bis c.p.c. (Nomina dell'istruttore). — Quando l'appello è proposto davanti alla corte di appello, il presidente, se non ritiene di nominare il relatore e disporre la comparizione delle parti davanti al collegio per la discussione orale, designa un componente di questo per la trattazione e l'istruzione della causa. Il presidente o il giudice istruttore può differire, con decreto da emettere entro cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza fino a un massimo di quarantacinque giorni. In tal caso il cancelliere comunica alle parti costituite la nuova data della prima udienza».

tentativo di conciliazione e nell'eventuale ammissione e assunzione delle prove. All'istruttore è pure attribuito il potere di disporre la discussione orale della causa davanti al collegio per la decisione in forma semplificata non solo nei casi previsti dal «filtro» di cui all'art. 348 *bis* c.p.c., ma anche in tutti quelli in cui lo ritenga opportuno, alla luce della ridotta complessità della controversia, ovvero quando sia urgente la definizione. In linea generale, dunque, il giudizio di appello si svolgerà avanti al solo consigliere istruttore, mentre la collegialità riemergerà in fase decisoria; ciò al netto di due possibili varianti. Anzitutto può accadere che il giudizio si svolga per intero, sin dall'inizio, avanti al collegio: laddove il presidente della sezione della Corte di appello cui, per partizione interna, è stata assegnata la causa, anziché nominare l'istruttore, rimetta direttamente le parti davanti al collegio per la discussione orale e successiva decisione (art. 349 *bis* c.p.c.); in tal caso viene affidata dal legislatore al presidente di sezione una prognosi del fatto che, noti gli atti introduttivi dell'appello, reputerà possibile la decisione subitanea del gravame⁶⁸. Una seconda variante prevede che la decisione conclusiva del grado sia assunta anzitutto dal consigliere istruttore: si tratta, in particolare, della decisione di improcedibilità dell'appello, la quale andrà anzitutto presa con ordinanza, reclamabile al collegio⁶⁹.

6.2 La novella rivitalizzazione di una figura “monocratica” nella gestione e direzione del processo d'appello potrebbe rappresentare un utile strumento per il più efficiente funzionamento dell'UpP in grado d'appello, in ragione dei compiti attribuiti all'istruttore: si tratta infatti di adempimenti, doverosi e rilevanti nelle fasi preliminari di studio della controversia, le quali senz'altro si presentano come demandabili agli addetti in quanto annoverabili tra le mansioni tipicamente ad esso attribuite. È lecito, dunque, ipotizzare che attraverso la cd. scheda di ingresso del processo siano immediatamente effettuabili quelle attività, prodromiche allo *ius dicere*, come le verifiche preliminari circa l'integrità del contraddittorio e quindi la eventuale predisposizione di ordinanze di integrazione del contraddittorio, la eventuale dichiarazione di contumacia di parti ritualmente citate e non costituitesi, o ancora nella segnalazione della pendenza di altri procedimenti proposti contro la stessa sentenza e quindi nella predisposizione della bozza di provvedimento di riunione dei processi; oltre a questi aspetti tipicamente rituali, all'addetto UpP potrà essere assegnato il compito di segnalare all'istruttore (o al collegio, per i processi di impugnazione principiati prima della entrata in vigore della riforma di cui al d.lg. 149/2022) l'eventualità che siano valutate le istanze di ammissione di mezzi istruttori⁷⁰. In ogni caso, se anche non si convenisse

⁶⁸ Prognosi che potrebbe rivelarsi erronea, laddove il collegio di appello, avanti a cui le parti sono rimesse per la discussione, reputi necessario il compimento di ulteriori attività (ad es. assunzione di prove), e rimetta la causa sul ruolo anziché procedere alla sua decisione.

⁶⁹ Art. 348, nuovo comma 3, c.p.c.

⁷⁰ Sull'incidenza delle ultime modifiche apportate al mansionario dell'addetto UpP anche rispetto al procedimento di appello, v. E. BORSELLI- L. DANI, *L'organizzazione del lavoro del giudice alla luce della riforma del processo civile. Pesatura dei fascicoli e*

con tale linea di pensiero, pare evidente che la organizzazione del lavoro dell'addetto UpP sia modulabile diversamente a seconda che la risorsa debba interagire con un organo monocratico (quanto meno relativamente all'istruzione, intesa in senso lato) del procedimento o collegiale, nel primo dei due casi potendosi ipotizzare prospettive di un più snello approccio alle dinamiche procedurali.

6.3 Ci si deve a questo punto chiedere se le modifiche da ultimo intervenute al codice di procedura civile, per quel che riguardano direttamente il processo d'appello, siano applicabili anche a quello di rinvio dalla Cassazione, oggetto specifico del presente lavoro; in modo particolare, se le nuove norme relative alla funzione attribuita al consigliere istruttore governino quei giudizi di rinvio che seguono l'annullamento in cassazione ed il cui atto di riassunzione sia stato notificato o comunque proposto successivamente al 28 febbraio 2023. La risposta, si anticipa, è negativa, per i motivi che seguiranno.

6.3.1 Per rispondere alla domanda va esaminata la disciplina transitoria della novella codicistica. L'art. 35 d.lg. 149/2022 si occupa di disciplinare, con un articolato disposto, i momenti di entrata in vigore delle diverse norme che hanno interessato il processo civile: tra esse, quella che riguarda il processo d'appello è il comma 4, secondo il quale «Le norme dei capi I e II del titolo III del libro secondo e quelle degli articoli 283, 434, 436-bis, 437 e 438 del codice di procedura civile, come modificati dal presente decreto, si applicano alle impugnazioni proposte successivamente al 28 febbraio 2023». Invero, pur essendo il giudizio di rinvio dalla Cassazione una fase nuova ed eventuale di quella iniziata nel grado che ha dato origine al provvedimento poi dalla Suprema Corte annullato, la sua natura non è lontana dall'essere un completamento di quello iniziato nel detto pregresso grado e, dunque, non può parlarsi di esso in termini di «impugnazione». Da tale conclusione deriva la inapplicabilità delle nuove norme, in specie di quelle relative ai compiti del giudice istruttore, ai giudizi che, nella fase del rinvio dalla cassazione, siano stati riassunti con atto di citazione notificato (o ricorso depositato) dopo il 28 febbraio 2023.

6.4 Ciò, tuttavia, non priva di efficacia le prospettive di maggior efficienza del ruolo dell'Ufficio per il Processo, sia pur attraverso una proiezione del nuovo *management* in un'ottica di lungo periodo. Infatti, il ravvivamento della figura del consigliere istruttore, unitamente alla più stretta collaborazione con la risorsa derivante dalla figura del funzionario addetto UpP, potrà costituire una fruttuosa sinergia per quei procedimenti che saranno trattati in sede di rinvio

gestione della complessità delle controversie, in www.judicium.it, 26 giugno 2023, in cui gli Autori si soffermano in particolare sul tema della valutazione qualitativa dei fascicoli (cd. *pesatura*), che tenga conto «del peso derivante dalla complessità della singola controversia», la quale sia idonea a «consentire ai magistrati di organizzare il proprio lavoro in maniera più efficiente»; ciò potrebbe avvenire attraverso due metodi: il sistema cd. *Delphi*, fondato sulla stima dei tempi di definizione dei procedimenti effettuata da un gruppo di professionisti sulla base della loro esperienza, e quello c.d. *time study*, il quale fonda la valutazione del peso dei procedimenti sull'osservazione empirica dei tempi medi effettivamente impiegati in passato dai giudici per definire controversie simili, rientranti nelle varie categorie.

dalla cassazione di provvedimenti pubblicati a valle di procedimenti che in appello abbiano avuto inizio dopo il momento di entrata in vigore della cd. Riforma Cartabia, ovvero a partire dal 28 febbraio 2023⁷¹.

6.5 In questo quadro, va ricordato che sulle competenze dell'addetto UpP nei procedimenti civili ha influito da ultimo il d.lg. n. 151/2022. Il provvedimento dà attuazione alla legge delega sulla riforma del processo civile (con ciò confermando una intenzione sinergica del legislatore, tra modifiche riguardanti il rito e riorganizzazione degli uffici) intervenendo su due aspetti dell'Ufficio: per un verso, modificandone l'organizzazione e la composizione, per altro verso intervenendo sui relativi compiti, con ricadute sulle dinamiche processuali. In particolare, nei tribunali e nelle corti d'appello ne attribuisce il coordinamento ad uno o più magistrati dell'ufficio; infine interviene sulla composizione delle nuove strutture organizzative, prevedendo che all'ufficio per il processo presso i tribunali e le corti d'appello siano assegnate le figure già previste dalla legge (inclusi, quindi, coloro che già rivestono la figura di "addetti"). Sotto il secondo profilo, il d.lg. 151/2022 declina i compiti degli addetti UpP, puntualizzando e arricchendo il mansionario di cui all'allegato II del d.l. n. 80/2021: per espressa previsione dell'art. 5 del citato decreto all'UpP istituito presso le corti d'appello e i tribunali (e per l'effetto agli addetti inseriti negli uffici di merito) è demandato, tra gli altri, il «supporto al magistrato nello svolgimento delle verifiche preliminari previste dall'art. 171 *bis* del codice di procedura civile, nonché nell'individuazione dei procedimenti contemplati dall'art. 348 *bis* del codice di procedura civile». La strada intrapresa sembra essere quella giusta, nella misura in cui, diversamente da un trascorso di politica giudiziaria nel quale l'attenzione del legislatore si era focalizzata esclusivamente sulle modifiche del rito, con risultati in termini di diminuzione del tempo del processo tutt'altro che apprezzabili, questa volta le modifiche alle norme processuali si innestano nel contesto di un intervento di sistema, rispondendo all'esigenza di quanti da sempre sostengono che il problema della giustizia non sia solo tecnico-normativo, ma ordinamentale e organizzativo⁷².

6.5.1 La normativa da ultimo richiamata rimodula le competenze dell'addetto adeguandole alle modifiche che il d.lg. 149/2022 ha apportato alla fase introduttiva del giudizio di primo

⁷¹ Ciò, ovviamente, presuppone che le risorse attualmente «addette» vengano sia pur in parte stabilizzate, quanto alla posizione lavorativa all'interno del sistema giustizia, o che quelle attualmente in servizio e «a scadenza» all'esito del rapporto (della durata originaria di due anni e sette mesi) possano beneficiare di una proroga utile a raggiungere i risultati imposti dalle regole comunitarie o che quantomeno, secondo una soluzione meno efficiente, sia dato effettivo corso alla prospettiva della assunzione di nuovi funzionari. In un recente intervento al Senato della Repubblica, l'attuale Ministro della Giustizia Nordio, nel dare conto del progresso del nuovo concorso per addetti UpP, la pubblicazione del quale bando è prevista entro la fine del 2023, ha ribadito la volontà da parte dell'attuale Governo di stabilizzare le assunzioni per l'Ufficio del processo, all'esito della ineludibile concertazione del relativo piano con l'Unione Europea.

⁷² P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 46.

grado⁷³ e al giudizio di appello. Per quanto concerne quest'ultimo⁷⁴, in particolare, il richiamo all'art. 348 *bis* c.p.c. sposta l'attenzione su un modello organizzativo diverso, quello che si conforma tra il giudice (o il collegio) e l'addetto che hanno luogo davanti al Tribunale o alla corte d'appello. Alla luce del detto richiamo all'art. 348 *bis* c.p.c. (di cui all'art. 5, d.lg. n. 151/2022), l'attività coinvolge l'UpP in particolare nel controllo sugli atti di causa (funzionale a far emergere cause di inammissibilità dell'impugnazione e la manifesta infondatezza del gravame); in questa articolata attività, il funzionario UpP, oltre ad evidenziare al giudice istruttore le ragioni per le quali le impugnazioni dovrebbero essere definite immediatamente, fornendo al giudice dell'impugnazione elementi per l'individuazione della formula decisoria più adatta alla chiusura del processo, dovrebbe poter anche effettuare quell'opera di sottoposizione all'autorità di secondo grado delle ipotesi nelle quali il processo che *ivi* si svolge necessita di essere instradato⁷⁵ verso una fase, di ulteriore accertamento o finanche istruttoria che, ove immediatamente segnalata garantirebbe non la immediata chiusura - per ragioni rito - ma la sua immediata veicolazione verso la definizione nel merito.

Massimo Teresi

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

⁷³ In questa prospettiva, la collaborazione del funzionario sarà per esempio diretta all'individuazione delle domande fondate su prova documentale, di pronta soluzione e che non richiedono un'istruzione complessa, così da permettere al giudice di valutare l'opportunità di disporre il mutamento del rito.

⁷⁴ M.L. GUARNIERI, *La morfologia dell'Ufficio per il processo e il ruolo dell'addetto Upp nelle dinamiche del giudizio di cognizione riformato*, in www.judicium.it, giugno 2023.

⁷⁵ Per quanto detto, alla luce dell'indagine svolta presso la Corte di appello di Napoli (la quale, peraltro, per dimensioni e numero di cause pendenti rappresenta senz'altro un modello di riferimento per realtà territoriali aventi analoghe cospicue dimensioni), per ciascuna causa che vi transita dopo l'annullamento in Cassazione, potrebbe ipotizzarsi anzitutto una organizzazione dell'UpP secondo specifiche attribuzioni (più che secondo la materia oggetto di giudizio) in ragione della particolare fase del procedimento, in relazione alle esigenze del singolo Ufficio: per consentire ciò, l'UPP nel predisporre la “scheda riepilogativa” del giudizio dovrebbe prestare particolare riguardo alle eventuali prove da assumere, attraverso modelli *standard* di provvedimenti.



FRANCESCA DE ANGELIS

L'ingegneria gestionale applicata al procedimento monitorio: alla ricerca dell'ottimizzazione del decreto ingiuntivo

L'Autrice, prendendo spunto dal dato empirico relativo ai procedimenti monitori proposti dinanzi al Tribunale di Napoli Nord e descritto attraverso una tipica Work Breakdown Structure (WBS), analizza le criticità conseguenti allo scarso esercizio dei poteri officiosi da parte dei giudici nella fase *inaudita altera parte*. Si sofferma, in particolare, sulla verifica delle ricadute applicative dei *dicta* giurisprudenziali della Corte di Giustizia e delle Sezioni Unite sui decreti ingiuntivi emanati nei confronti dei consumatori, nonché sul possibile coinvolgimento degli addetti all'U.p.P. al fine di ottimizzare il procedimento monitorio.

The Author, taking inspiration from the empirical data relating to the monitoring proceedings proposed before the Court of Naples North and described through a typical Work Breakdown Structure (WBS), analyzes the critical issues resulting from the poor exercise of officious powers by the judges in the *inaudita altera parte* phase. The focus, in particular, is on the verification of the application implications of the jurisprudential *dicta* of the Court of Justice and the United Sections on injunctive decrees issued against consumers, as well as on the possible involvement of U.p.P. employees in order to optimize the monitoring process.

Sommario: 1. Premessa; 2. Le verifiche preliminari e i poteri officiosi del giudice nella fase *inaudita altera parte*; 3. Prime ricadute applicative dei *dicta* giurisprudenziali sui decreti ingiuntivi nei confronti dei consumatori; 4. Conclusioni.

1. Premessa

La *Work Breakdown Structure* (WBS) in appendice riportata costituisce applicazione di un tipico metodo di *project management* al procedimento monitorio: si tratta di una particolare tecnica di "scomposizione del lavoro" che consente di suddividere le diverse attività di un progetto al fine di individuarne i deliverable, onde facilitare il lavoro di organizzazione dei soggetti coinvolti nel procedimento e ottenere il miglior risultato possibile.

Sono state, dunque, scomposte le diverse fasi del procedimento monitorio, creando la cd. mappatura del processo nella situazione "as is", al fine di: identificare le principali e ricorrenti criticità relative alla gestione delle attività nella situazione attuale; analizzare le cause delle criticità; identificare le opportune azioni di miglioramento atte a contribuire a mitigare le criticità riscontrate. All'esito, si è prospettata una parziale riprogettazione del modello organizzativo per la gestione dei flussi con il coinvolgimento dei funzionari dell'U.p.P., così come rappresentata nella situazione "to be".

L'iniziativa è nata da una sinergia interdisciplinare creatasi tra il diritto processuale civile e l'ingegneria gestionale nell'ambito del Progetto di ricerca PON GOV "Modelli organizzativi e

innovazione digitale: il nuovo ufficio per il processo per l'efficienza del sistema giustizia/ MOD UPP", svoltosi presso il Tribunale di Napoli Nord, a fronte del risultato emerso presso tale Ufficio Giudiziario relativamente ai procedimenti monitori: dal 1° gennaio 2022 al 30.09.2022, su 3.725 ricorsi per decreto ingiuntivo depositati, ne risultano accolti 3.645 e solo 77 rigettati (2 archiviati e 1 trasmesso ad altro ufficio).

Tale dato rivela quasi una sorta di "automatismo" nel sistema dell'emanazione del provvedimento di ingiunzione, ossia "a semplice richiesta" del ricorrente, rimettendo sull'ingiunto ogni eventuale tipo di contestazione; eppure, la natura della procedura e la previsione di specifiche condizioni di ammissibilità per accedere a questa forma di tutela non lasciano propendere per una simile soluzione.

E' noto, infatti, che il giudice, per emanare il provvedimento, debba preliminarmente verificare che ricorrano i requisiti specifici di ammissibilità dell'azione intrapresa, oltre ai presupposti processuali generali e alle condizioni dell'azione, la cui esistenza va verificata *ex officio* dal giudice, in virtù dei poteri di cui dispone, nella fase *inaudita altera parte*, al pari del giudizio ordinario.

La prassi giudiziaria presso il Tribunale di Napoli Nord denota uno scarso utilizzo di tali poteri, rimettendo sull'ingiunto ogni contestazione non solo circa la fondatezza nel merito dell'ingiunzione, ma anche in ordine alla ammissibilità e legittimità della stessa.

Tale *modus agendi*, tuttavia, rischia di compromettere in maniera significativa l'intento acceleratorio e deflattivo di questo rimedio giudiziario: fornire al debitore motivi di opposizione per vizi formali equivale, infatti, a fornirgli l'assist per proporre un giudizio di opposizione che diversamente non avrebbe potuto instaurare, riuscendo a ottenere finanche la revoca del decreto ingiuntivo opposto. Il risultato è inevitabilmente una moltiplicazione dei giudizi di opposizione, che incidono in maniera importante sul carico del Tribunale.

E', dunque, impellente l'esigenza di perfezionare il prodotto finale del procedimento monitorio al fine di renderlo il meno opponibile possibile: se, infatti, i decreti ingiuntivi non rientrano tra i procedimenti indicati per il calcolo del *disposition time* ai fini della valutazione del raggiungimento degli obbiettivi richiesti dalla Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia, ne fanno certamente parte i giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, in quanto "procedimenti contenziosi" ricompresi, a tutti gli effetti, nell'aggregato di riferimento.

Pertanto, un maggiore esercizio dei poteri officiosi e una più attenta verifica da parte del giudice nella fase di emanazione del decreto ingiuntivo potrebbero certamente realizzare risultati vantaggiosi sia in termini di efficienza e produttività degli uffici giudiziari, che di efficacia della giustizia *latu sensu* intesa.

2. Le verifiche preliminari e i poteri officiosi del giudice nella fase *inaudita altera parte*

L'uso molto limitato dei poteri officiosi nella fase di emanazione del decreto ingiuntivo rappresenta la principale criticità emersa dall'indagine svolta presso il Tribunale di Napoli

Nord: l'eccessivo carico dell'unica Sezione civile del Tribunale assegnataria dei procedimenti, nonché l'esigenza di non appesantire eccessivamente il procedimento monitorio, per sua natura più rapido, spingono evidentemente i magistrati a concedere il provvedimento con una certa facilità, nel convincimento che eventuali errori di valutazione possano essere "corretti" in fase di opposizione su attivazione della parte interessata.

Questa scelta comprensibile, ma non condivisibile si pone in netto contrasto con il dettato codicistico e con quella parte della giurisprudenza fautrice della tesi secondo cui il giudice, nella fase *inaudita altera parte*, potrebbe rilevare di ufficio anche l'esistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto dedotto dal ricorrente, che emergano dalla documentazione esibita, come la prova del pagamento (anche solo di una parte del credito), la sussistenza di un termine o di una condizione o addirittura la violazione di uno dei principi cardine del processo¹ o ancora la nullità di una clausola del contratto posto a fondamento della domanda di ingiunzione, rilevabile d'ufficio ex art. 1421 c.c.², quali sono quelle poste in violazione del foro inderogabile del consumatore di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u o quelle che impongano tassi usurari ovvero eventuali penali aggiuntive per il caso di ritardo e/o risoluzione del contratto.

Peraltro, dall'analisi delle eccezioni sollevate con più frequenza nei giudizi di opposizione presso il Tribunale di Napoli Nord sono emerse talune questioni processuali (più precisamente in tema di legittimazione ad agire del creditore e di prove da produrre per fondare la richiesta monitoria) che, se risolte in maniera anticipata e concorde, potrebbero disincentivare la proposizione dei ricorsi e/o dei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo e realizzare eventualmente anche una standardizzazione dei provvedimenti, oltre che un deflazionamento del carico giudiziario³.

È chiaro che una simile ipotesi presupporrebbe una nomofilachia quantomeno della Sezione dell'ufficio competente all'emanazione dei decreti ingiuntivi e, benché sia comprensibile una certa resistenza da parte di alcuni giudici preoccupati di difendere la propria autonomia decisionale, tuttavia non sembra una soluzione così irragionevole, se si considerano le diverse

¹ Cfr. Trib. Napoli, 1° aprile 2008, in *Giur. merito*, 2009, 3, p. 657, con nota di LAZZARIN; Trib. Cagliari 31 gennaio 2003, secondo cui va rigettato "...il ricorso per decreto ingiuntivo con il quale il creditore chieda il pagamento di una parte del credito maturato, riservandosi di agire successivamente per il soddisfacimento delle sue ulteriori ragioni va dichiarato inammissibile per violazione del canone generale di buona fede e del principio del giusto processo...".

² Cfr. Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Giur. It.*, 2015, p. 70, con nota di I. PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*, e p. 1386, con nota di M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo delle impugnative negoziali*, ove si è affermato che il giudice ha l'obbligo di rilevare sempre una causa di nullità negoziale. Sempre in tema di nullità, cfr. in precedenza, Cass. Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828; Cass., 5 ottobre 2017 n. 23278, secondo cui, "la nullità delle clausole contrattuali che prevedono la corresponsione di interessi anatocistici o di interessi usurari è rilevabile dal giudice d'ufficio"; Cass. 10 ottobre 2007, n. 21141.

³ Le maggiori criticità emergono in ambiti specifici, come la materia bancaria che costituisce circa il 60-65% dei ricorsi per decreto ingiuntivo e particolarmente in ordine alla verifica della titolarità del diritto azionato in via monitoria in capo alle cessionarie dei crediti.

utilità che conseguirebbero all'adozione di soluzioni uniformi su specifiche questioni: prima fra tutte un'uguaglianza nella risposta alla domanda di giustizia, annullandosi quel rischio espresso nell'antico brocardo *tot capita, tot sententiae*.

Ma, vi sarebbe un altro risultato altrettanto proficuo, ossia un disincentivo a instare, comunque, all'ufficio nella aspettativa che il ricorso venga assegnato al giudice più favorevole. Invero, conoscere preventivamente l'orientamento del tribunale scoraggerebbe la proposizione dell'istanza, riducendo il flusso in entrata. Parimenti, nell'ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo, la nomofilachia agevolerebbe il flusso in uscita consentendo una decisione più rapida al ricorrere dei presupposti richiesti e condivisi per la fattispecie oggetto del giudizio.

Orbene, indipendentemente dalle suesposte considerazioni di opportunità, ai magistrati (e non solo a quelli del Tribunale di Napoli Nord) non può più sfuggire che l'esercizio delle verifiche preliminari nella fase prodromica all'emanazione del decreto ingiuntivo costituisca non già un mero potere, quanto piuttosto un dovere, anche in ragione delle recenti pronunce della Corte di Giustizia⁴ e delle Sezioni Unite della Cassazione⁵.

Invero, già la Corte Costituzionale nel 2005⁶, con un ragionamento che si potrebbe estendere a qualsiasi presupposto generale del procedimento monitorio, ha ritenuto di permettere al giudice adito per l'emissione di un decreto ingiuntivo di rilevare di ufficio un'eccezione riservata alla parte, qual è l'incompetenza per territorio derogabile, proprio al fine di controbilanciare la tutela di entrambe le parti e scongiurare, per il convenuto, l'onere di dover proporre un giudizio di opposizione, al fine di evitare gli effetti che discendono *ex lege* dal mancato esercizio del diritto di difesa nel procedimento monitorio. E' il deficit di contraddittorio tipico della fase di emanazione del decreto ingiuntivo a richiedere poteri officiosi più penetranti che nel processo ordinario, i quali consentono al giudice un effettivo controllo su fondamentali scelte attinenti al rito che, altrimenti, rimarrebbero unilateralmente rimesse, per la prima fase senza contraddittorio, alla parte.

⁴ Cfr. Corte Giust., 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, SPV Project 1503 e Banco di Desio e della Brianza, in *Giur. It.*, 10, 2022, p. 2113, con nota di S. CAPORUSSO.

⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023 n. 9479.

⁶ Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2005, n. 410, in *Giur. it.*, 2006, p. 1213, con note adesive di G. TOTA. La Corte costituzionale era già stata chiamata due volte a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 38, 2° comma e 637, 1° comma, c.p.c., con riferimento all'art. 25 Cost., tuttavia, in entrambi i casi ha dichiarato infondata la questione, cfr. Corte cost. 28 novembre 1986, n. 251 e Corte cost., ord. 25 giugno 1996, n. 218, in *Foro It.*, 1997, I, c. 1020 con nota di R. ROMBOLI. Successivamente, sono seguite altre due ordinanze del medesimo tenore Corte cost., 26 luglio 1996, n. 320 e Corte Cost., 16 dicembre 1996, n. 394, in cui la Corte costituzionale ha rilevato che *"gli inconvenienti fattuali e gli abusi applicativi che prospetta l'autorità rimettente, non incidono, proprio in quanto tali, sulla legittimità della norma denunciata e trovano peraltro sanzione e rimedio all'interno della stessa disciplina processuale potendo le "difficoltà", in tesi, artatamente create dal creditore al debitore ingiunto, essere valutate dal giudice dell'opposizione (innanzi al quale va eccepita l'incompetenza) ai fini della liquidazione delle spese"* anche per la lite temeraria.

Ma è stata la Corte di Giustizia, con una sentenza dirompente⁷, a imporre letteralmente ai giudici, nell'ambito dei procedimenti in cui l'ingiunto sia un consumatore, di esercitare efficacemente i poteri cognitori di cui dispongono in sede di emanazione del decreto ingiuntivo, troppo spesso sopiti dall'idea che sia il debitore a doversi attivare giudizialmente attraverso la proposizione dell'opposizione, con conseguente *impositio silentii* in caso di sua inerzia. Ad avviso della Corte di Giustizia l'opposizione a decreto ingiuntivo è un rimedio che non può mai sostituire l'obbligo di controllo da parte del giudice del procedimento monitorio del contenuto di tutte le clausole del contratto da cui il credito del professionista deriva. Controllo, peraltro, che deve essere esplicitato dal giudice nella motivazione del provvedimento e che deve dare atto, quindi, "della sussistenza dell'esame" condotto e della "valutazione svolta in esito" ad esso. E ciò in virtù di quanto imposto dall'art. 6, Dir. 93/2013, che ha valore di norma imperativa anche nel nostro ordinamento. Di conseguenza, laddove il giudice della fase monitoria ometta di adempiere al dovere impostogli dalla Dir. 93/13 ovvero effettui una verifica parziale o ancora non la motivi, sarà possibile che tale sindacato venga effettuato dal successivo giudice dell'esecuzione, mettendo così in crisi la stabilità del giudicato formatosi su un decreto ingiuntivo non opposto, per la necessità di assicurare il rispetto dei principi di effettività ed equivalenza⁸. In sostanza, il giudice dell'esecuzione potrà sindacare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle

⁷ Cfr. Corte Giust., 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, SPV Project 1503 e Banco di Desio e della Brianza, a seguito di due rinvii pregiudiziali del Tribunale di Milano. Su cui, cfr. commenti di R. CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in www.judiciium.it; R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore*, in www.judiciium.it; E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 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) : in attesa delle Sezioni Unite*, in www.judiciium.it; S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. it.*, 2022, p. 2017; F. DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in www.giustiziainsieme.it; I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in www.judiciium.it; F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, in www.judiciium.it; F. TRONCONE, *Decreto ingiuntivo non opposto: la Corte UE amplia il sindacato del giudice dell'esecuzione*, in www.altalex.com; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in *Questione giustizia*, 20.02.2023; Id, *Giudicato da decreto ingiuntivo non opposto: quando è superabile?*, in www.ilprocessocivile.com; A. SOLDI e B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in www.judiciium.it; P. SPAZIANI, *Ampliamento della giurisdizione oggettiva e nuovi limiti del giudicato dopo la sentenza della Corte di Giustizia UE del 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19)*, in *Questione giustizia*, 23.12.2022; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristica*, in *Giur. it.*, 2022, 2126 ss. G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le Sezioni Unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, in www.judiciium.it

⁸ Cfr. S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit. p. 2121, secondo cui, in questa prospettiva, si potrebbe parlare di una preclusione "condizionata" il cui avverarsi, in realtà, non dipende soltanto da una omissione dell'ingiunto, ma pure da un concorrente non fare del giudice. Anzi, questa seconda omissione, nella cifra della Corte di giustizia, è quella dirimente, visto che, nel processo consumeristico, il giudice è parte attiva nel garantire effettività ai diritti assicurati al consumatore

clausole del contratto posto alla base di un decreto ingiuntivo passato in giudicato e di cui si chiede l'esecuzione forzata.

Come è noto, le decisioni della CGUE sono fonti di diritto eurounitario ed hanno effetto vincolante e diretto nel nostro ordinamento ai sensi degli stessi artt. 11 e 117 Costituzione, così come peraltro precisato dalla nostra Corte costituzionale⁹. Inoltre, i *dicta* interpretativi della Corte si applicano in maniera retroattiva alla data di entrata in vigore della norma interpretata, sicché l'impatto applicativo delle sentenze della Corte di Giustizia sui decreti ingiuntivi già emessi e *pro futuro* sul *modus operandi* dei giudici appariva già di per sé estremamente rilevante.

Ma sul medesimo tema si sono pronunciate anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁰, con una sentenza nomofilattica ex art. 393 c.p.c.¹¹, proprio nell'intento di dare il necessario seguito alle decisioni della CGUE, effettuando quella necessaria "saldatura" tra principi processuali sovranazionali ed interni, onde rendere concretamente operante il principio di effettività della tutela.

Con un dispositivo definito *"il più articolato e complicato mai pronunciato"*¹², le Sezioni Unite hanno enunciato un vero e proprio *vademecum* sulle verifiche che il giudice del monitorio deve effettuare prima di pronunciare l'ingiunzione, nonché sui successivi doveri che il giudice dell'esecuzione dovrà osservare, allorché i controlli non siano state effettuati, in fase monitoria, ovvero il decreto ingiuntivo sia privo della motivazione con riferimento al profilo dell'abusività delle clausole.

Orbene, soffermando l'attenzione solo sulla parte della pronuncia relativa alla fase monitoria, in virtù di quanto affermato dalle stesse Sezioni Unite, il giudice: *"a) deve svolgere, d'ufficio, il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore in relazione all'oggetto della controversia; b) a tal fine procede in base agli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, ai sensi dell'art. 640 c.p.c., con il potere istruttorio d'ufficio, da esercitarsi in armonia con la struttura e funzione del*

⁹ Cfr. Corte Cost., 22 dicembre 2022, n. 263, in *Foro it.*, 2023, I, c. 329, con note di N. DE LUCA, M. NATALE e R. PARDOLESI.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023 n. 9479, con nota di G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le Sezioni Unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, cit.; B. CAPPONI, *Il G.E. e la Cass., SS.UU., 6 aprile 2023, n. 9479*, in www.judicium.it; R. METAFORA, *Dalle Sezioni Unite un "vademecum" sugli strumenti a tutela del consumatore in caso di vessatorietà delle clausole*, in www.ilprocessocivile.com.

¹¹ Il ricorso proposto da un consumatore era stato rinunciato prima della celebrazione della pubblica udienza. Ciononostante, la Corte di Cassazione ha ritenuto di doversi soffermare sulla questione di particolare importanza scaturita dalla proposizione del ricorso e di utilizzare, così, il potere, che l'art. 363, comma 3, c.p.c., assegna alla Corte di Cassazione, di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge; ciò che la declaratoria di estinzione conseguente alla rinuncia al ricorso non impedisce (Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19051; Cass. Sez.Un., 24 settembre 2018, n. 22438).

¹² Così, B. CAPPONI, *Prmissime considerazioni su SS. UU 6 aprile 2023 n. 9479*, in www.giustiziainsieme.it, il quale aggiunge che si tratta di *"una decisione che non interpreta (secondo quanto previsto dall'art. 363 bis c.p.c., norma alla quale la Corte si è all'evidenza ispirata) bensì crea nuovo diritto, piegando alle necessità del caso "consumeristico" una serie di istituti processuali che, sinora, avevano ricevuto una diversa applicazione"*.

procedimento d'ingiunzione: b.1.) potrà, quindi, chiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire gli eventuali chiarimenti necessari anche in ordine alla qualifica di consumatore del debitore; b.2) ove l'accertamento si presenti complesso, non potendo egli far ricorso ad un'istruttoria eccedente la funzione e la finalità del procedimento (ad es. disporre c.t.u.), dovrà rigettare l'istanza d'ingiunzione; c) all'esito del controllo: c.1) se rileva l'abusività della clausola, ne trarrà le conseguenze in ordine al rigetto o all'accoglimento parziale del ricorso; c.2) se, invece, il controllo sull'abusività delle clausole incidenti sul credito azionato in via monitoria desse esito negativo, pronuncerà decreto motivato, ai sensi dell'art. 641 c.p.c., anche in relazione alla anzidetta effettuata deliberazione; c.3) il decreto ingiuntivo conterrà l'avvertimento indicato dall'art. 641 c.p.c., nonché l'espresso avvertimento che in mancanza di opposizione il debitore-consumatore non potrà più far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto e il decreto non opposto diventerà irrevocabile".

Con la pronunzia delle Sezioni Unite, dunque, i giudici di merito non possono più esimersi dal dovere di esaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali e di dare conto degli esiti di siffatto controllo.

In tal modo potranno dirsi rispettate le regole comunitarie fissate dalla CGUE, vincolanti nel nostro ordinamento¹³, ma anche le disposizioni codicistiche preesistenti che impongono al giudice del monitorio di verificare i presupposti di fatto e di diritto per la concessione dell'ingiunzione¹⁴.

Infatti, è sempre stato possibile e anzi doveroso per il giudice verificare la validità delle clausole contrattuali in forza delle quali il creditore chiede la concessione del provvedimento monitorio, utilizzando, se del caso, lo strumento di cui all'art. 640 c.p.c.

Del resto, se la nullità del contratto può essere rilevata anche di ufficio dal giudice a tutela di interessi sovra-individuali¹⁵, non si comprende perché mai tale rilievo non possa essere effettuato nella fase sommaria del procedimento di ingiunzione, tenuto conto dell'assenza di contraddittorio in tale fase e della possibilità di riproporre la domanda senza alcuna preclusione, qualora il giudice la rigetti.

È proprio l'inattività del giudice del procedimento monitorio a impedire, anche per le Sezioni Unite, la formazione del giudicato implicito su una questione pregiudiziale pretermessa e a consentire anche in sede esecutiva una riattivazione del contraddittorio in precedenza impedito.

¹³ In base agli art. 11 e 117 Cost.

¹⁴ Cfr. G. COSTANTINO, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*, in www.inexecutivis.it, secondo cui i principi di diritto enunciati in relazione alla «fase monitoria» erano già rinvenibili nel sistema e già garantivano l'effettività del diritto eurounitario: le Sezioni Unite hanno richiamato i giudici di merito alla piena osservanza della disciplina vigente.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., ove si è affermato che "il giudice ha l'obbligo di rilevare sempre una causa di nullità negoziale".

A ciò si aggiunga, poi, che ai sensi dell'art. 641 c.p.c. il decreto ingiuntivo deve essere motivato, per cui è onere del giudice dare al consumatore l'informazione circa l'assolvimento del controllo officioso sulla presenza di clausole vessatorie a fondamento del contratto posto a base del decreto ingiuntivo, in modo da permettere al debitore-consumatore di valutare adeguatamente se occorra proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo.

3.Prime ricadute applicative dei *dicta* giurisprudenziali sui decreti ingiuntivi nei confronti dei consumatori

Le sentenze della CEDU e delle Sezioni Unite stanno già dando dimostrazione della loro dirompente ricaduta applicativa sui diversi aspetti del procedimento monitorio.

Innanzitutto, sulla forma del provvedimento che dovrà contenere elementi nuovi rispetto a quelli finora conosciuti, trasfusi in formule che si andranno, verosimilmente, sempre più standardizzando.

In particolare, in caso di decreto ingiuntivo richiesto nei confronti di un consumatore, in ossequio ai *dicta* della CGEU e delle SSUU, il giudice, nel pronunciare l'ingiunzione, dovrà: 1) dichiarare di aver proceduto ad un esame d'ufficio di ciascuna delle clausole del contratto da cui deriva il credito azionato; 2) dichiarare che il suddetto controllo ha avuto esito negativo, indicandone sommariamente le ragioni; 3) avvertire il consumatore ingiunto che in mancanza di opposizione nel termine di legge, decadrà dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto e il decreto non opposto diventerà irrevocabile.

Come rilevato dalle Sezioni Unite, l'art. 641 c.p.c. richiede che il decreto ingiuntivo sia "motivato"; si tratta di un obbligo di motivazione funzionale a dare al consumatore l'informazione circa l'assolvimento, da parte del giudice adito in via monitoria, del controllo officioso sulla presenza di clausole vessatorie a fondamento del contratto fonte del credito azionato dal professionista e che siano rilevanti rispetto all'oggetto della domanda di ingiunzione. Una volta che il decreto ingiuntivo presenti la motivazione e l'avvertimento anzidetti, la tutela del consumatore è da reputarsi rispettosa del canone dell'effettività e la maturazione del termine di cui all'art. 641 c.p.c., senza che sia stata proposta opposizione, non consentirà più successive contestazioni sulla questione di abusività delle clausole contrattuali.

Sorge immediatamente l'interrogativo in ordine alle conseguenze della omissione di tali indicazioni nel provvedimento; ebbene, escludendosi che ciò determini un vizio del decreto ingiuntivo stesso, le conseguenze di siffatta mancanza sono specificate dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza del 17 maggio 2022: la carenza motivazionale del provvedimento emesso in sede di cognizione legittima un recupero di tutela da parte del predetto debitore-consumatore in sede esecutiva, potendo, anzi dovendo, il giudice dell'esecuzione svolgere la predetta verifica per il caso in cui non risulti dall'iter argomentativo esposto nel titolo

giudiziario azionato il suo espletamento da parte del giudice della cognizione¹⁶. Pertanto, come notato anche dai primi commentatori¹⁷, la motivazione del decreto ingiuntivo gioca un ruolo decisivo in quanto deve dimostrare che il giudice del monitorio si sia fatto effettivamente carico di verificare l'eventuale abusività delle clausole del contratto fonte del credito azionato: solo in tal caso, il debitore-consumatore non avrà più agio di recuperare la dovuta tutela in sede esecutiva, né, tantomeno, si radica il potere-dovere del giudice della fase esecutiva di svolgere il cennato scrutinio.

Occorre, infine, indagare gli effetti che la sentenza della Corte di giustizia e quella più recente delle Sezioni Unite hanno avuto sui procedimenti in corso e su quelli che verranno, al fine di saggiare l'effettiva latitudine dei poteri officiosi esercitabili in fase di emanazione dei decreti ingiuntivi, alla luce del rinnovato interesse verso di essi mostrato dalle suddette pronunce.

Entrambe le sentenze hanno sollecitato i giudici dei procedimenti monitori ad adattarsi alle prescrizioni in esse indicate, in nome del principio di effettività della tutela.

E si registrano già provvedimenti¹⁸ in cui i giudici del merito hanno iniziato a declinare in maniera più o meno copiosa i poteri istruttori consentiti dall'art. 640, comma 1, c.p.c., in virtù di quanto affermato dalla Corte di Giustizia prima e dalle Sezioni Unite, poi.

Tuttavia, a fronte di una parte di essi, in cui i giudici hanno evidentemente emanato la richiesta di integrazione in maniera aderente alla fattispecie concreta, dimostrando di aver analizzato il ricorso, il tipo di contratto dedotto e qualificato la parte resistente come consumatore¹⁹, se ne riscontrano altri, i cui contenuti non sempre si presentano conformi agli scopi e alle indicazioni dei due massimi organi giurisdizionali.

Così, il Tribunale di Ferrara, con provvedimento del 4.05.2023, chiede alla parte ricorrente di fornire *“chiarimenti sul regolamento contrattuale, segnalando al giudice l'esistenza di eventuali clausole vessatorie riconducibili al contenuto di cui all'art. 33 del d.lgs. 206/2005 ed evidenziando i motivi per cui le stesse non sarebbero abusive”*, demandando lo scrutinio sulla vessatorietà delle clausole contrattuali e sulle relative motivazioni alla parte istante²⁰.

Ancora, in un gran numero di decreti emessi ex art. 640 c.p.c., i giudici, con formule evidentemente standardizzate, richiedono alla parte ricorrente di produrre il contratto, *“se*

¹⁶ Cfr. F. TRONCONE, *Decreto ingiuntivo non opposto: la Corte UE amplia il sindacato del giudice dell'esecuzione*, cit.; G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le Sezioni Unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, cit.

¹⁷ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 2022, p. 485; ID., *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022*, cit.

¹⁸ Tutti ancora inediti.

¹⁹ Cfr. Trib. Aosta, 19 aprile 2023, Trib. Mantova 20 aprile 2023, Trib. Palmi 6 aprile 2023, Trib. Trapani, 30 aprile 2023, Trib. Verona, 7 aprile 2023.

²⁰ Così pure il Tribunale di Busto Arsizio, con provvedimento del 6 maggio 2023, invita la parte ricorrente a depositare: “1) nota di chiarimenti in merito a se la parte ingiunta presenti la qualifica di consumatore; 2) documentazione attestante e comprovante la decadenza dal beneficio del termine; 3) nota di chiarimenti in merito alla compatibilità del tasso di interessi contrattualmente pattuito con la soglia di usura”.

*non già prodotto*²¹, dimostrando chiaramente di aver emesso il provvedimento senza aver verificato in precedenza la già avvenuta produzione del contratto stesso e, comunque, senza una adeguata analisi del caso concreto²², disattendendo le prescrizioni contenute nel dispositivo delle S.S.U.U., secondo cui il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore, deve essere svolto “ in relazione all'oggetto della controversia”.

Ma in alcuni di essi si richiede al ricorrente un'attività molto più minuziosa e così il Tribunale di Napoli, con analoghi provvedimenti resi da diversi giudici della stessa Sezione rispettivamente in data 11.04.2023, 12.04.2023 e 13.04.2023, chiede che parte ricorrente: “1. produca copia leggibile del contratto e delle condizioni generali;2. indichi se il resistente assuma la qualifica di consumatore ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. a) del D.lgs.206/05, avendo stipulato il contratto per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale, commerciale, professionale eventualmente svolta (in caso di fideiussore/garante producendo visura camerale della società garantita);3. chiarisca come è regolamentata la competenza per territorio delle eventuali controversie e se sia prevista deroga al foro del consumatore;4. dica in che misura sono pattuiti gli interessi moratori, indicando espressamente il tasso soglia cd. di mora (ovvero calcolato tenendo conto della maggiorazione statistica ex SSUU n. 19597/20) relativo alla data di conclusione del contratto; 5. specifichi la presenza in contratto di eventuali penali aggiuntive per caso di ritardo e/o risoluzione del contratto, con espressa menzione della loro misura e dell'effettiva applicazione nel caso concreto”. Del pari, il Tribunale di Alessandria, con provvedimento del 14.04.2023, rimette sulla parte ricorrente il dovere di “chiarire, rispetto al contratto, le clausole azionate, che incidono sull'accoglimento integrale o parziale della domanda (individuando specificamente il numero della clausola inserita nel contratto), prendendo posizione circa la natura vessatoria o meno delle stesse...la somma capitale e le somme invece chieste a titolo di interessi, suddividendo gli interessi tra corrispettivi e moratori; dovrà altresì venire chiarito – auspicabilmente con tabella – il rispetto del tasso soglia anti usura con riguardo sia agli interessi corrispettivi che con riguardo agli interessi moratori (in

²¹Cfr. Trib. Cassino, 5 maggio 2023; Trib. Alessandria 14 aprile 2023; Trib. Ivrea 20 aprile 2023

²²Il Tribunale di Spoleto adito in un procedimento di ingiunzione, con provvedimento del 22 aprile 2023, assunto ex art. 641 c.p.c., nel richiamare le indicazioni fornite dalle Sezioni Unite, ha disposto che “la parte ricorrente, entro trenta giorni dalla ricezione del provvedimento, - specifichi se nel caso di cui ci si occupa sia stato redatto o meno un contratto in forma scritta; - trasmetta una copia in formato leggibile del contratto, se esistente e non prodotto tra gli allegati; - prenda posizione, in maniera schematica e circostanziata, senza limitarsi a proporre clausole di stile o riferimenti generici, in merito all'eventuale qualifica di consumatore della controparte, all'applicabilità della normativa consumeristica alla fattispecie controversa, alla vessatorietà delle singole clausole (anche in questo caso, elencate in maniera espressa, con riferimento ai singoli paragrafi, commi, o capitoli) poste a fondamento della richiesta di ingiunzione”. Avvertendo, altresì parte ricorrente che “in ipotesi di mancato riscontro entro il termine fissato saranno adottati i provvedimenti indicati nella sentenza delle Sezioni Unite”.

*quest'ultimo caso avendo a riguardo allo specifico tasso soglia anti usura moratorio calcolato secondo le indicazioni di Cassazione Sezioni Unite 19597/2020)"*²³.

La motivazione di richieste di integrazione così dettagliate viene, invero, chiarita dal Tribunale di Ivrea, nei provvedimenti del 20.04.2023 e del 24.04.2023, ove nell'invitare il creditore a produrre *"una analitica relazione, che, previa analisi delle singole clausole contrattuali che ineriscono la determinazione del credito oggetto di ingiunzione, indichi espressamente le ragioni della compatibilità delle clausole contrattuali stipulate con la disciplina del diritto dei consumatori"*, precisa che *"la richiesta integrazione documentale si appalesa funzionale a rendere maggiormente "stabile" il richiesto titolo monitorio, atteso che, con motivazione per relationem alle integrazioni documentali fornite dal creditore, il richiesto monitorio produrrà l'effetto, ove non opposto nei termini di rito, del giudicato esplicito, così rendendo impossibile qualsivoglia successiva contestazione"*²⁴.

Orbene, sono le stesse Sezioni Unite ad ammettere che la motivazione del decreto possa essere effettuata anche *"per relationem al ricorso monitorio, ove questo si presti allo scopo"*, tuttavia esse specificano che tale motivazione esige che nel decreto sia individuata, con chiarezza, la clausola del contratto (o le clausole) che abbia(no) incidenza sull'accoglimento, integrale o parziale, della domanda del creditore e che se ne escluda, quindi, il carattere vessatorio. È, dunque, la precisa individuazione dei profili di abusività rilevanti rispetto all'oggetto dell'ingiunzione che assume centralità nell'assolvimento di detto obbligo motivazionale. Dunque, la motivazione *per relationem* intanto sarà valida in quanto dalla lettura combinata del ricorso e del decreto sarà possibile evincere che il giudicante ha effettivamente svolto lo scrutinio dovuto e che è giunto al convincimento per cui non vi sia alcuna lesione dei diritti del consumatore.

Occorre, allora, molta accortezza nel formulare adeguatamente gli inviti ex art. 640 c.p.c., affinché essi realizzino un'effettiva utilità e non si risolvano in vuote formule di stile, dimostrative solo di un adeguamento formale e non sostanziale alle prescrizioni dettate dai giudici eurocomunitari e nazionali.

La preoccupazione è che ancora una volta i giudici si sottrarranno al dovere, ribadito più volte dalla giurisprudenza, di esercitare il controllo officioso cui sono tenuti nella fase monitoria, privando il debitore-consumatore della garanzia della verifica giurisdizionale e concedendo l'ingiunzione sulla base delle mere dichiarazioni del creditore²⁵.

²³ In senso analogo anche Trib. Palermo, 2 maggio 2023; Trib. Prato 3 maggio 2023; Trib. Ivrea 20 aprile 2023.

²⁴ Cfr. Cass. 16 giugno 1987, n. 5310, secondo cui *"Il giudice che emette il decreto ingiuntivo accogliendo le ragioni del ricorrente ne fa propri i motivi, per cui il riferimento a questi, portati a conoscenza dell'ingiunto mediante la notificazione sia del ricorso che del decreto, prevista dal 2° comma dell'art. 643 c. p. c., è sufficiente ad integrare per relationem la motivazione del provvedimento, necessario ai sensi del combinato disposto degli art. 641, 1° comma e 135, 2° comma, dello stesso codice"*.

²⁵ Cfr. G. COSTANTINO, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*, cit., secondo cui *"in questa prospettiva, si può dubitare non solo della correttezza, ma anche della utilità della proposta di aggiungere nel dispositivo dei decreti ingiuntivi"*

È, infatti, senz'altro prevedibile che gli orientamenti giurisprudenziali in esame spiegheranno effetti anche sul creditore-ricorrente²⁶, che si premurerà di formulare il ricorso, specificando la tipologia del contratto posto a base del credito azionato e dichiarando *ex ante* l'assenza in esso di clausole abusive, sì da consentire ai giudici appunto di motivare il decreto *per relationem* senza approfondire adeguatamente i possibili profili di abusività.

4. Conclusioni

Consapevoli dell'importanza dell'esercizio da parte dei giudici dei poteri officiosi che la legge attribuisce loro nella fase *inaudita altera parte* del procedimento monitorio, la cui omissione - secondo quanto affermato dalla giurisprudenza eurounitaria e nazionale - determina addirittura la mancata stabilizzazione degli effetti del decreto ingiuntivo non opposto; consapevoli, altresì, della (perlomeno) apparente ritrosia manifestata dai magistrati rispetto all'utilizzo di tali poteri cognitori, si è immaginato di affidare tale attività agli addetti all'Ufficio del processo, nell'ambito delle funzioni di "supporto all'attività giurisdizionale" a questi demandata.

Nella situazione "*to be*" della WBS soprariportata, il processo di gestione del procedimento monitorio è stato parzialmente riprogettato, attribuendo una serie di attività agli addetti all'U.p.P. al fine di mitigare le criticità riscontrate nella gestione dello stesso. E' stata, quindi, ricostruita la matrice delle responsabilità con l'inserimento tra i soggetti coinvolti anche degli addetti all'Ufficio per il Processo.

Tale soluzione non solo attuerebbe il monito rivolto dalla Corte di Giustizia e dalle Sezioni Unite, ma potrebbe rivelarsi utile anche per sventare il rischio, pure insito nella pronuncia delle Sezioni Unite, di appesantire eccessivamente l'impegno dei giudici in tali procedimenti, vanificando, così, l'effetto deflattivo e acceleratorio tipico di tale rimedio giudiziario.

Invero, tra i compiti attribuiti all'Ufficio per il processo civile costituito presso i tribunali ordinari e le corti di appello, indicati nell'art. 5 del D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 151²⁷, alla lett. b) viene previsto il "supporto al magistrato nello svolgimento delle verifiche preliminari

una formula di stile per la quale il ricorso è accolto ed il decreto è pronunciato, valutata la non vessatorietà delle clausole del contratto di finanziamento. Non sembra che le esigenze di tutela del consumatore, ricordate dalla Corte UE, possano essere soddisfatte con l'aggiunta di una formuletta prestampata. E, soprattutto, questa non appare necessaria per negare la sussistenza di un giudicato implicito".

²⁶ Cfr. S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit., secondo cui il controllo accurato ed approfondito effettuato dal giudice del procedimento monitorio e congruamente motivato nel decreto diviene di cruciale importanza non solo per la protezione del consumatore (che deve essere messo in condizioni di valutare con cognizione di causa se proporre tempestiva opposizione a decreto ingiuntivo per censurare eventuali errori) ma anche per il creditore-professionista che solo in tal modo non correrà il rischio che il titolo esecutivo giudiziale sia considerato insussistente o il credito ridotto nell'importo in sede esecutiva; E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione*, 17 maggio 2022, cit.

²⁷ Recante "Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134".

previste dall'articolo 171-bis del codice di procedura civile nonché nell'individuazione dei procedimenti contemplati dall'articolo 348-bis del codice di procedura civile”.

Non sembra, dunque, contrario alla legge ampliare l’ambito di applicazione delle verifiche preliminari, da svolgersi da parte degli addetti all’Ufficio per il Processo, anche al procedimento monitorio, in considerazione della finalità di una maggiore efficienza della giustizia e, così, di una risposta più “responsabile” alla domanda di giustizia azionata in via monitoria.

L’esempio dell’ottimizzazione del procedimento monitorio attraverso il supporto dell’ufficio del processo è solo uno tra i tanti che potrebbero migliorare concretamente il sistema giustizia, migliorandone i tempi e soprattutto la qualità.

Occorre però un cambio di mentalità: la gestione del processo non deve essere più intesa di esclusivo appannaggio del magistrato giudicante, che ne scandisce autonomamente tempi e sorte, ma dell’intero team - composto da magistrato (che ne è a capo), addetti all’U.p.P. e personale di cancelleria - che deve lavorare in maniera sinergica e soprattutto responsabile affinché le parti possano ottenere, in tempi brevi, la più corretta risposta alla domanda di giustizia da esse proposta.

Solo in tal modo sarà possibile realizzare un utile inserimento degli addetti all’U.p.P. nel sistema organizzativo giudiziario e ottenere un impatto veramente efficace sulla celere definizione dei procedimenti, così restituendo ai cittadini quella fiducia nella giustizia civile oggi drammaticamente persa.

Francesca De Angelis

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

* Appendice

L’identificazione del supporto dell’U.p.P. per l’ottimizzazione della gestione del procedimento monitorio ex art. 633 c.p.c.

Finalità del progetto è *l’analisi dei flussi di attività ed informazioni* tra le diverse entità organizzative coinvolte nella gestione del procedimento monitorio presso il Tribunale di Napoli Nord. Ciò al fine di:

- identificare le *principali criticità* relative al processo di gestione del procedimento

- analizzare le *cause delle criticità*
- *identificare opportune azioni di miglioramento* atte a contribuire a mitigare le criticità, attraverso la *parziale riprogettazione del modello organizzativo per la gestione dei flussi* con il coinvolgimento dei funzionari dell'U.p.P.

Le fonti di informazioni utilizzate ai fini della mappatura del processo di supporto alla gestione del procedimento monitorio ex art. 633 SS. c.p.c. sono state le seguenti:

Codice di procedura civile ed altri fonti normative

Interviste ai magistrati della II Sezione civile del Tribunale di Napoli Nord (assegnataria dei procedimenti monitori)

Interviste ai magistrati della III Sezione civile del Tribunale di Napoli Nord

Interviste ai magistrati della I Sezione civile del Tribunale di Napoli Nord

Analisi dei dati estratti dal pacchetto ispettori del Tribunale di Napoli Nord

Colloqui con il Presidente del Tribunale di Napoli Nord

Di seguito si riporta la mappatura del processo nella situazione “attuale”, descritto secondo attività di primo livello e di secondo livello, in conformità con la tecnica della WBS (Work Breakdown Structure)

1. DEPOSITO

1.1 Deposito telematico del ricorso per decreto ingiuntivo e dei relativi documenti presso il Tribunale

2. VERIFICHE PRELIMINARI

2.1 Iscrizione della causa a ruolo e attribuzione del numero di R.G.

2.2. Verifiche relative alla correttezza dei dati risultanti dalla nota di iscrizione a ruolo

Nel caso in cui non siano riscontrati errori nella iscrizione a ruolo

2.3.1 Trasmissione telematica alla Sezione e al Giudice assegnatario

Nel caso in cui l'ufficio del Ruolo Generale riscontri un errore di questo tipo

2.3.2.1 Comunicazione e richiesta delle integrazioni necessarie a mezzo pec al difensore del ricorrente

2.3.2.2 Inoltro delle integrazioni richieste

2.3.2.3 Verifica delle integrazioni

2.3.2.4 Trasmissione telematica del fascicolo al Giudice assegnatario

3. VALUTAZIONE DELLA DOMANDA

3.1 Verifica della corretta individuazione delle parti

3.2 Verifica della sussistenza delle condizioni delle azioni

3.3 Verifica della sussistenza di questioni pregiudiziali di rito (giurisdizione e competenza)

3.4 Verifica della sussistenza delle condizioni di proponibilità della domanda (oggetto della domanda)

3.5 Verifica della tipologia di prova offerta

Nel caso in cui le verifiche abbiano avuto esito positivo

3.6.1 Emissione del decreto di ingiunzione

Nel caso in cui sia valutata insufficientemente giustificata la domanda

3.6.2.1 Disposizione alla cancelleria di dare notizia al ricorrente di integrazione della prova

3.6.2.2 Trasmissione da parte della cancelleria al ricorrente dell'invito a integrare la prova

In caso di integrazione esaustiva

3.6.3 Emissione del decreto di ingiunzione

in caso di mancata risposta del ricorrente o di domanda non accoglibile

3.6.4 Emissione del decreto di rigetto

4. DEPOSITO DEL DECRETO

4.1 Deposito del decreto in cancelleria

4.2 Pubblicazione del decreto

4.3 Comunicazione della pubblicazione del decreto ingiuntivo al difensore costituito

5. ATTIVAZIONE DEL CONTRADDITTORIO

In caso di accoglimento della domanda,

5.1 Notifica alla parte ingiunta della copia autentica del ricorso e del decreto

In caso di tempestiva opposizione al decreto da parte del debitore

5.2.1 Apertura ordinario giudizio di cognizione davanti all'Ufficio giudiziario al quale appartiene il Giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo opposto.

5.2.2 Emanazione della sentenza con revoca o conferma del decreto ingiuntivo

In caso di mancata opposizione da parte del debitore

5.2.3 Il decreto ingiuntivo diviene esecutivo.

Si è proceduto alla costruzione della Matrice delle Responsabilità, uno dei principali strumenti utilizzati nella mappatura dei processi.

Nella matrice sono riportate nelle righe le attività, così come identificate in precedenza, e nelle colonne i diversi attori che intervengono nelle attività del processo in oggetto. Il contributo dei diversi attori è stato riportato utilizzando le diverse tipologie di responsabilità, riportate nella legenda in calce alla matrice delle responsabilità nella situazione attuale

La Matrice delle Responsabilità nella situazione "as is"

ATTIVITA'	CRITICITA'	Cancelleria	Giudice	Avvocato Ricorrente	Controparte
1. DEPOSITO				E	
1.1					
2. VERIFICHE PRELIMINARI					
2.1		E			
2.2		E			
2.3.1		E	RI		
2.3.2.1		E		RI	
2.3.2.2		RI		E	
2.3.2.3		E			
2.3.2.4		E	RI		
3. VALUTAZIONE DOMANDA					
3.1	X		E		
3.2	X		E		
3.3	X		E		
3.4			E		
3.5	X		E		
3.6.1			E		
3.6.2.1		RI	E		
3.6.2.2		E		RI	
3.6.3			E	RI	
3.6.4			E	RI	
4. DEPOSITO					
4.1		RI	E		
4.2		E			
4.3		E		RI	
5. CONTRADDITORIO					
5.1				E	RI
5.2.1		RI			E
5.2.2		RI	E		
5.3.1				E	

LEGENDA: E= esegue l'attività (genera l'output), RI= riceve informazioni, E= attività per le quali sono state riscontrate criticità.

Si poi proceduto ad analizzare le criticità riscontrate attraverso le fonti di informazione, che sono nel seguito riportate:

1. Assenza di verifiche da parte dell'ufficio del Ruolo Generale sulla correttezza dei dati del fascicolo, prima di trasmetterlo alla Sezione;
2. Competenza di una sola sezione del Tribunale all'emissione dei decreti ingiuntivi;
3. Eccessiva sproporzione tra il numero di decreti ingiuntivi accolti rispetto a quelli rigettati: dal 1° gennaio 2022 al 30.09.2022, su 3725 ricorsi depositati, ne risultano 3645 accolti e solo 77 rigettati (2 archiviati e 1 trasmesso ad altro ufficio);
4. Scarso esercizio delle verifiche preliminari in fase di emanazione dei decreti ingiuntivi e scarso utilizzo dei poteri officiosi del giudice;
5. Assenza di verifiche preliminari in fase di emanazione dei d.i. per talune specifiche materie (es. materia bancaria);
6. Disomogeneità nelle decisioni dei giudici della stessa Sezione (es. in materia di contratti con la PA);

7. Assenza di dialogo con le diverse Sezioni del Tribunale a cui vengono assegnati i giudizi di opposizione a d.i. in base alle materie trattate;
8. Scarso utilizzo dell'art. 642, 2° co., c.p.c.

L'analisi delle criticità ha consentito da un lato di evidenziare una serie di implicazioni negative per quanto riguarda l'efficacia del processo e, dall'altro lato, di identificare, per ciascuna criticità, alcune proposte di miglioramento, di seguito riportate:

1. L'assenza di verifiche sulla correttezza dei dati del fascicolo da parte del Ruolo Generale dipende dall'automatismo del sistema, che riceve il fascicolo e lo trasmette alla sezione competente. Ciò comporta che un eventuale errore dei dati risultanti dalla nota di iscrizione a ruolo (es. codice fiscale di una parte errato) si trasporti anche nel provvedimento finale del giudice, che ricava i dati delle parti direttamente dal sistema telematico.
 - 1.1 Si propone di prevedere, prima della trasmissione del fascicolo alla Sezione competente, un controllo effettivo su tutti i dati risultanti dalla nota di iscrizione a ruolo.
 2. L'assegnazione dei procedimenti monitori a una sola sezione del Tribunale determina un eccessivo aggravio di lavoro per i magistrati, stante la varietà delle materie oggetto dei d.i. che richiederebbe una specializzazione professionale difficilmente realizzabile nella situazione attuale. Ciò può comportare il rischio di una cognizione più "superficiale" di talune questioni, con una maggiore propensione alla concessione dei decreti ingiuntivi.
 - 2.1 Per risolvere tale problema di tipo organizzativo dell'Ufficio giudiziario, si propone di rivedere la attuale gestione dei ricorsi in entrata, con un provvedimento del Presidente che disponga l'assegnazione dei decreti ingiuntivi per materia, seguendo la attuale ripartizione, e non più per sezione.
 - 2.1.2 Per ovviare alla problematica relativa al codice di iscrizione a ruolo dei d.i. che attualmente è unico per tipologia di procedimento instaurato e non già per la materia cui afferisce il credito, si propone di demandare agli addetti all'U.p.P., assegnati al Ruolo Generale, l'attività di verifica della materia oggetto del d.i. e la successiva trasmissione alla sezione di destinazione.
 2. 2. Si propone, altresì, di demandare l'attività di studio e analisi del fascicolo agli addetti all'U.p.P., i quali potrebbero analizzare più nel dettaglio le questioni tipiche delle diverse materie da trattate e consentire l'accoglimento dei d.i. solo laddove ricorrano effettivamente i presupposti previsti dalla legge.
 3. Tale criticità è riconducibile alla problematica di cui al punto 2), ed è risolvibile con le proposte di cui al punto 2.1.

4. Il giudice del monitorio ha il potere-dovere di rilevare di ufficio le eccezioni processuali in senso lato e secondo la Corte Cost. (3.11.2005, n. 410) anche quelle in senso stretto, al fine di non emettere un decreto ingiuntivo viziato. L'esercizio delle verifiche preliminari su tali aspetti in fase di emanazione dei d.i. non trova sempre concordi i giudici della Sezione, alcuni dei quali ritengono di onerare l'ingiunto di ogni eventuale contestazione anche di tipo processuale. Tale situazione comporta la possibile emanazione di provvedimenti viziati per difetto di uno o più dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione o dei requisiti specifici di ammissibilità, che inducono il debitore a proporre opposizione per far valere la violazione di norme processuali.
- 4.1** Si propone, pertanto, di accentuare l'esercizio di tali poteri officiosi, demandando le relative verifiche preliminari agli addetti all'U.p.P.
5. Tale criticità è riconducibile a quella di cui al punto 2; tuttavia, per talune materie, sono oggi richiesti controlli più specifici: la Corte di Giustizia Europea e le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che il giudice, prima di emettere l'ingiunzione di pagamento nei confronti di un consumatore, è tenuto a verificare d'ufficio la presenza di eventuali clausole abusive nel contratto da cui deriva il credito.
- 5.1** Si propone, pertanto, di onerare di tale maggiore specializzazione gli addetti all'U.p.P., che possano effettuare una valutazione più accurata di eventuali aspetti essenziali anche per specifiche materie.
6. Tale problema è riconducibile alle criticità di cui ai punti 3, 4, e 5 e comporta una diversa valutazione delle prove scritte da depositare a sostegno della domanda, con conseguente difformità di decisioni. Si riscontra ad es. una disuguaglianza di opinioni con riguardo ai procedimenti instaurati nei confronti della P.A. quanto alla necessità del deposito del contratto scritto, nonché dell'impegno di spesa o del superamento dei tetti di spesa per i procedimenti contro la ASL.
- 6.1** Per ovviare a tale criticità si propone di valorizzare una nomofilachia della Sezione, onde evitare contrasti nell'emanazione dei provvedimenti che inducono le parti a rivolgersi comunque all'Ufficio giudiziario nella aspettativa che il ricorso venga assegnato al giudice più favorevole. Viceversa un orientamento uniforme della sezione disincentiverebbe la proposizione dell'istanza, riducendo il flusso in entrata.
- 6.2** La nomofilachia renderebbe possibile anche una standardizzazione dei provvedimenti da mettere a disposizione degli addetti all'U.p.P. ai quali può essere demandata tale attività che non comporta particolare assunzione di responsabilità nella decisione laddove si riscontri il ricorrere dei presupposti della fattispecie.
7. Tale problematica è riconducibile a quella di cui ai punti 2 e 6. L'assegnazione dei giudizi di opposizione a d.i. alle diverse sezioni del Tribunale in base alle materie trattate, fa sì che

vengano valutate in maniera più accurata eventuali questioni specifiche, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto e inutile dispendio di attività processuale.

7.1 Si propone di valorizzare il dialogo tra le diverse Sezioni, onde individuare soluzioni condivise e valorizzare la nomofilachia in modo da consentire una standardizzazione dei provvedimenti da mettere a disposizione degli addetti all'U.p.P. ai quali può essere demandata tale attività che, in tal modo, non prevede l'assunzione di responsabilità nella decisione.

8. Tale criticità è riconducibile a quelle di cui ai nn. 2,3, 4 e 5. I giudici, come bilanciamento rispetto a una maggiore propensione alla concessione dei d.i., limitano l'autorizzazione dell'esecuzione provvisoria alle sole ipotesi di cui all'art. 642, 1°co., c.p.c. mentre molto di rado la concedono nei casi di cui all'art. 642, 2 co., c.p.c. Ciò comporta la proposizione delle opposizioni a d.i. da parte del debitore solo per procrastinare l'esecuzione, con inutile aggravio del carico dell'ufficio giudiziario.

8.1 Si propone di valorizzare l'analisi dei ricorsi anche sotto tale profilo da parte degli addetti all'U.p.P.

9. Tra le criticità riscontrate nell'analisi della gestione procedimento monitorio presso il Tribunale di Napoli Nord, ve n'è una che afferisce ai sistemi informativi: dal Software Pacchetto Ispettori non è risultato certo il dato relativo al numero dei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo. Ai fini del miglioramento dell'efficacia della gestione del procedimento monitorio, oltre alle proposte sopra illustrate, si suggerisce di migliorare l'efficienza di tali sistemi informativi, prevedendo una manutenzione evolutiva del sistema (MEV), che introduca una apposita *Query* per l'acquisizione di tale dato. Ciò consentirebbe di individuare il numero dei d.i. opposti rispetto a quelli emanati, nonché di conoscere l'esito del giudizio di opposizione e, dunque, verificare se il d.i. sia stato opposto per ragioni di merito o di rito. Quest'ultima ipotesi potrebbe essere scongiurata con le azioni di miglioramento proposte e ciò avrebbe implicazioni positive sull'Ufficio Giudiziario, considerato che i giudizi di opposizione a d.i. rientrano tra i procedimenti indicati per il calcolo del *disposition time* ai fini della valutazione del raggiungimento degli obiettivi richiesti dalla Commissione Europea per l'efficienza della giustizia.

Alla luce delle proposte di azioni di miglioramento riportate nel precedente paragrafo, si è pervenuti ad una parziale riprogettazione del processo di gestione del procedimento. Tale proposta prevede che vengano affidate una serie di attività di verifica preliminare agli addetti all'U.p.P. (fornendo loro le schede all'uopo predisposte), al fine di mitigare le criticità di cui ai punti nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8.

Nel seguito l'elenco delle attività, associate alle criticità cui fanno riferimento

1. Attività di studio e analisi del fascicolo per una successiva assegnazione alla sezione destinataria del ricorso.

2. Attività di studio e analisi del fascicolo per una più accurata valutazione delle singole questioni.
 4. Verifiche preliminari relative alla sussistenza dei presupposti processuali, delle condizioni dell'azione, dei requisiti specifici di ammissibilità del procedimento e della prova scritta del credito.
 5. Verifiche preliminari specifiche per materia (es. contratti bancari).
 6. Verifiche relative alla sussistenza dei requisiti probatori condivisi dalla Sezione e assunzione dei provvedimenti standardizzati consequenziali.
 7. Verifiche relative alla sussistenza o meno dei requisiti per la concessione del d.i. condivisi tra le Sezioni e assunzione dei provvedimenti standardizzati consequenziali.
 8. Verifica della ricorrenza delle ipotesi di cui all'art. 642, 2°co., c.p.c. per la concessione della provvisoria esecutività.
- Alla luce delle azioni di miglioramento, è stata infinite sviluppata la matrice delle responsabilità nella situazione **"to be"**, nel seguito riportata:

ATTIVITA'	CRITICITA'	Ruolo Generale/ Cancelleria	Giudice	Avvocato Ricorrente	Controparte	UPP
1. DEPOSITO				E		
1.1						
2. VERIFICHE PRELIMINARI						
2.1		E				
2.2		E				
2.3.1			RI			E
2.3.2.1		E		RI		
2.3.2.2		RI		E		
2.3.2.3						E
2.3.2.4		E	RI			
3. VALUTAZIONE DOMANDA						
3.1			RI			E
3.2			RI			E
3.3			RI			E
3.4			RI			E
3.5			RI			E
3.6.1			E			
3.6.2.1		RI	E			
3.6.2.2		E		RI		
3.6.3			E	RI		



PAOLA CHIARA RUGGIERI

Studio del più efficiente modello decisorio – anche tramite l’analisi dell’emersione del contenzioso seriale e delle controversie omogenee – per il rigetto in rito dell’impugnazione in Corte d’Appello e in Tribunale, in funzione della gestione delle sopravvenienze e dello smaltimento dell’arretrato.

Lo scritto riassume gli esiti della ricerca condotta dall’A. presso la Corte di appello e il Tribunale di Napoli, diretta allo scopo di individuare il modello decisorio più impiegato ed eventualmente più efficiente per l’assunzione di provvedimenti di rigetto in rito delle impugnazioni. L’A. analizza i risultati dell’indagine per tratteggiare da un lato gli scenari futuri, alla luce della recente riforma (anche) del giudizio di appello, dall’altro lato per riconoscere all’Ufficio per il Processo un ruolo di effettivo supporto al giudice anche nella scrematura in entrata di impugnazioni non decidibili nel merito.

The paper summarises the outcomes of research conducted by the A. at the Court of Appeal and the Court of Naples, with the aim of identifying the most widely used and possibly most efficient decisional model for the taking of orders rejecting appeals for procedural reasons. The A. analyzes the results of the survey to sketch future scenarios, on the one hand, in light of the recent reform (also) of the appellate process, and, on the other hand, to recognize the “Ufficio per il Processo”’s role in effectively supporting the judge also in skimming incoming appeals that cannot be decided on the merits.

Sommario: I parte – 1. Anamnesi dell’Ufficio per il Processo – 2. Composizione dell’UpP in Tribunale e in Corte di appello e mansioni degli “addetti” – 3. Il Bando per le Università nell’ambito del PON *Governance 2014-2020* – II parte – 4.1. Delimitazione del novero dei provvedimenti di “rigetto in rito” delle impugnazioni. L’inammissibilità – 4.2. L’improcedibilità – 5. Raccolta del materiale di ricerca – III parte – 6.1. Conclusioni con riguardo alle pronunce di inammissibilità *ex* (previgente) art. 348-*bis* c.p.c. – 6.2. (segue) L’inammissibilità per violazione dell’art. 342 c.p.c. – 6.3. (segue) Ulteriori esclusioni dal campo di indagine – 6.4. (segue) L’inammissibilità degli appelli in controversie caratterizzate da omogeneità – 6.5. (segue) Le pronunce di improcedibilità dell’appello.

1. Anamnesi dell’Ufficio per il Processo

L’Ufficio per il Processo (d’ora in poi anche UpP) viene introdotto nel 2014¹ come struttura di supporto alle attività degli uffici giudiziari, con l’obiettivo di ridurre l’arretrato e contenere i

¹Art. 50 d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*), convertito, con modificazioni, in l. 11 agosto 2014 n. 114, che ha inserito l’art. 16-*octies* nel d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (*Ulteriori misure urgenti per la crescita del paese*), convertito, con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012 n. 221. Ai sensi dell’art. 16-*octies* appena menzionato, nell’ufficio per il processo presso i tribunali ordinari e le corti d’appello sono impiegati il personale di cancelleria e coloro che svolgono, presso tali uffici, il tirocinio formativo a norma dell’art. 74, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98, o la formazione professionale dei laureati a norma dell’art. 37,

tempi della giustizia². Le origini del dibattito risalgono all'inizio del XXI secolo³, quando l'idea embrionale orbitava però intorno all'istituzione di un "ufficio del giudice"⁴.

co. 5, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111. Nell'ufficio per il processo dinanzi alle corti d'appello sono altresì addetti i giudici ausiliari di cui agli artt. 62 ss. d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98; dell'ufficio per il processo dinanzi ai tribunali ordinari fanno parte i giudici onorari di tribunale di cui agli artt. 42-ter ss r.d. 30 gennaio 1941, n. 12. Con decreto del Ministro della giustizia del 1º ottobre 2015 sono state stabilite le "Misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'ufficio per il processo". Sono seguite, con d.l. 31 agosto 2016, n. 168 (conv. ex l. 25 ottobre 2016, n. 197), le "Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa": l'istituto veniva esteso, sempre senza oneri di spesa, alla giustizia amministrativa, prevedendo che oltre ai tirocinanti facesse parte della nuova struttura il personale di segreteria di area funzionale III. Con la circolare 25 gennaio 2017 e ss. mm. della VII Commissione CSM sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017-2019 (reperibile sul sito csm.it) sono stati stabiliti, da una parte, l'obbligo per i presidenti dei tribunali ordinari di istituire l'ufficio per il processo entro il 30 giugno 2019; dall'altra parte, la facoltà di disporre l'istituzione in capo ai presidenti dei tribunali per i minorenni, dei tribunali di sorveglianza e delle corti d'appello. Ancora, il d.lg. 13 luglio 2017, n. 116, recante la "Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57", ha dettato la disciplina relativa all'assegnazione dei giudici onorari di pace all'ufficio per il processo presso i tribunali. Per un dettagliato riepilogo dei passaggi normativi che hanno contribuito alla creazione dell'UpP, v. M.G. CIVININI, *Il "nuovo ufficio per il processo" tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2021, p. 174 s.; L. LUONGO, *Le funzioni degli «addetti» all'ufficio per il processo nel sistema della giustizia ordinaria*, in *Judicium online*, 2022, § 1.

²Dieci anni prima circa S. ZAN, *Fascicoli e tribunali. Il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003 (ed. digit. 2010), p. 66, denunciava: «In nessun momento né a livello nazionale, né a livello periferico, né tanto meno a un qualche livello intermedio, esiste qualcuno (individuo o unità organizzativa) responsabile "in orizzontale" dell'integrazione di tutti gli elementi che concorrono alla realizzazione del compito fondamentale: la realizzazione dei processi in tempi ragionevolmente brevi. Anche i livelli "gerarchici", pur presenti qua e là nel sistema, per molte ragioni non riescono a svolgere funzioni di integrazione "orizzontale", orientata cioè al presidio del risultato».

³Riferiscono L. VERZELLONI, F. VIAPIANA, *L'ufficio per il processo - Dall'idea originaria alle prime sperimentazioni: il caso del Tribunale di Firenze e l'impatto sul lavoro del giudice*, Bologna, 2016, p. 5, «che punto di partenza del dibattito sull'Ufficio per il processo può essere collocato alla fine del 2003, in occasione di un convegno dell'Associazione Nazionale Magistrati, intitolato "Processo e organizzazione: assemblea aperta sui problemi della giustizia civile" (Roma, 12-13 dicembre 2003). Preso atto delle difficoltà vissute ogni giorno all'interno degli uffici giudiziari (ANM 2004), nelle conclusioni del seminario si sottolinea la necessità di introdurre una: "struttura di supporto al lavoro del giudice con assistenti cui sia affidato il compito di verbalizzazione dell'udienza, tenuta del ruolo, esecuzione d'attività di ricerca o copia di materiale di studio sulla base delle indicazioni fornite dal giudice, compilazione di moduli per provvedimenti ripetitivi o di particolare semplicità, rapporti con difensori o CTU al di fuori dell'udienza"»; così pure R. BRACCIALINI, *Gli uffici per i processi: quattro nodi politici, un'incognita*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2021, p. 165; M.F. GHIRGA, *L'ufficio per il processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 180.

⁴Cfr. R. BRACCIALINI, *L'Ufficio per il processo e i suoi pilastri*, in *Questione Giustizia*, n. 6/2004; M. SCIACCA, *Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario e l'incidenza della capacità organizzativa del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 648 ss.; M.G. CIVININI, *Il "nuovo ufficio per il processo" tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, cit., p. 173; M.F. GHIRGA, *L'ufficio per il processo: una sfida*, op. loc. cit.; registra R. BRACCIALINI, *Gli uffici per i processi: quattro nodi politici, un'incognita*, cit., p. 116, che «della dialettica "ufficio del giudice - ufficio per il processo" [...] esiste ancora traccia nel passaggio normativo dall'art. 73 del dl n. 69/2013 all'art. 50 del dl n. 90/2014». Chiarisce B. che «l'etichetta "ufficio del giudice" era stata messa in soffitta con una triplice motivazione: a) era – e probabilmente è ancora – impensabile che tutti i giudici possano avere contemporaneamente, e da subito, uno o più assistenti; b) la personalizzazione/fidelizzazione del rapporto comporta statisticamente tensioni interne per la ricerca e l'accapparramento degli assistenti più validi; c) politicamente parlando, insistere sull'"ufficio del giudice" rischia di far passare in secondo piano le responsabilità organizzative che competono non al potere giudiziario, ma a quello esecutivo: esiste ancora in Costituzione l'art. 110 e non dimentichiamo che la giurisdizione

Pur dopo la configurazione normativa dell'UpP nel 2014, la mancanza di un piano di finanziamento per l'implementazione del personale degli uffici fatalmente ridimensionò l'introduzione dell'istituto ad una mera «operazione di *reflagging* delle strutture giudiziarie esistenti»⁵.

Ciononostante, si sono registrate prassi virtuose in numerosi Uffici dislocati sul territorio nazionale⁶, ben prima che l'istituzione dell'Ufficio per il processo divenisse obbligatoria⁷.

Nel 2021, finalmente, il Piano nazionale di ripresa e resilienza (c.d. PNRR)⁸ ha previsto un cospicuo potenziamento dell'UpP, tramite l'assunzione con contratto a tempo determinato di 16.500 «laureati in legge, economia e commercio e scienze politiche che formeranno lo *staff* dell'Ufficio del processo»⁹.

Con il d.l. 9 giugno 2021 n. 80 (c.d. Decreto reclutamento) il Governo italiano ha adottato «*Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia*», convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, con cui sono disciplinate le modalità di reclutamento degli addetti all'Ufficio per il processo.

I *target* esigibili a livello nazionale sono i seguenti¹⁰: riduzione del *disposition time* complessivo, dato dalla somma del *disposition time* nei tre gradi di giudizio, del 40% nel settore civile e del 25% nel settore penale entro giugno 2026; riduzione dell'arretrato civile del 65% in Tribunale e del 55% in Corte di Appello entro fine 2024; del 90% in Tribunale e in Corte di Appello entro giugno 2026¹¹.

non maneggia i cordoni della borsa». Che in alcuni Paesi europei (oltre che presso la Corte di Giustizia UE) e di *Common Law* (e in Brasile, ad esempio) sia invece diffusa una figura riconducibile all'assistente del giudice-persona piuttosto che una sotto-organizzazione complessa a sostegno delle attività dell'Ufficio, è peraltro un dato ricordato di frequente nei contributi sul tema (v. tra i vari M.G. Civinini, *op. cit.*, 183 ss.; F. AULETTA, *L'ufficio del processo*, in questa *Rivista*, n. 3/2021, pp. 241 ss.; S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, *ibid.*, pp. 261 ss.; F. DE SANTIS DI NICOLA, *Addetti al nuovo "ufficio del processo" (artt. 11 ss. D.L. n. 80 del 2021) vs. assistant-lawyers presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo: due modelli a confronto*, *ibid.*, pp. 265 ss.; M.L. GUARNIERI, *La morfologia dell'Ufficio per il processo e il ruolo dell'addetto UpP nelle dinamiche del giudizio di cognizione riformato*, in *Judicium online*, 2023, § 2.).

⁵S. L. GENTILE, *Assunzione, inquadramento e mansioni degli addetti all'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 2022, V, p. 229.

⁶L. VERZELLONI, F. VIAPIANA, *L'ufficio per il processo - Dall'idea originaria alle prime sperimentazioni: il caso del Tribunale di Firenze e l'impatto sul lavoro del giudice*, *cit.*, pp. 8 ss.

⁷V. circolare 25 gennaio 2017 e ss. mm. della VII Commissione CSM, citata *supra*, nt. 1.

⁸Approvato in data 13 luglio 2021 dal Consiglio dell'Unione europea, v. *Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, Bruxelles, 8 luglio 2021, in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10160-2021-INIT/it/pdf>.

⁹«Piano nazionale di Ripresa e Resilienza #Nextgenerationitalia», p. 99, sul sito <https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/home.html>.

¹⁰Cfr. Allegato riveduto della Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la Ripresa e la Resilienza dell'Italia, reperibile sul sito *temi.camera.it*.

¹¹Questi *target* hanno per oggetto soltanto i procedimenti riconducibili alla categoria *civil and commercial litigious cases* previste dalla classificazione della Commissione europea per l'efficienza della giustizia – CEPEJ (v. circolare Ministero della

L'indicatore *disposition time*, la misura di durata utilizzata a livello europeo, fornisce una stima del tempo medio atteso di definizione dei procedimenti mettendo a confronto il numero dei pendenti alla fine del periodo di riferimento con il flusso dei definiti nel periodo¹²:

$$DT_t = \frac{Pendenti_t}{Definiti_{(t,t-x)}} * X$$

Il Ministero della Giustizia - Direzione generale di Statistica e analisi organizzativa del Dipartimento per la transizione digitale della giustizia, l'analisi statistica e le politiche di coesione -, ad ottobre 2023 ha pubblicato la prima relazione semestrale relativa all'anno 2023 delle azioni di monitoraggio continuo sull'andamento della giustizia, basati sugli indicatori PNRR.

Ebbene, nella relazione in parola è confermata la tendenza già registrata nel secondo semestre 2022: rispetto ai valori del 2019, la durata dei processi nel settore civile risulta (sulla base del *disposition time*) diminuita in totale del 19,2%.

Sul fronte dell'andamento dell'arretrato, questi i dati evidenziati nella relazione:

- arretrato in Tribunale -19,7%.
- arretrato in Corte di appello -33,7%.

Occorre ricordare infine che nell'ambito della "Riforma della giustizia" il PNRR prevede non solo gli interventi sull'organizzazione (tra i quali per l'appunto l'Ufficio per il processo), ma anche la riforma del processo civile, attuata poi con d.lg. 10 ottobre 2022, n. 150.

L'abbinamento delle (ormai da circa un ventennio periodiche e inevitabili) modifiche alle disposizioni processuali con un'importante rinnovazione strutturale e organizzativa del sistema giustizia (da tempo invocata come vero punto di svolta per l'efficientamento del servizio e per lo smaltimento dell'arretrato) ha suscitato generalmente un cauto ottimismo¹³.

Giustizia – Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi – Direzione generale di statistica e analisi organizzativa del 12 novembre 2021 "Piano Nazionale di ripresa e resilienza – Indicatori di raggiungimento degli obiettivi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)", M_dg_DOG.12/11/2021.0238068.U). Restano quindi esclusi i procedimenti di volontaria giurisdizione e comunque di giurisdizione non contenziosa (come i divorzi e le separazioni consensuali e le procedure esecutive singolari o concorsuali) o a contraddittorio solo eventuale (come i decreti ingiuntivi), nonché tutta la giurisdizione minorile e di sorveglianza e tutta l'attività della magistratura requirente (critico sull'arbitrarietà delle esclusioni A. LEOPIZZI, *Gli addetti all'ufficio per il processo e gli altri nuovi profili professionali previsti dal Progetto Capitale Umano – PNRR. Riflessioni e prospettive*, in *unicost.eu*, 7 dicembre 2021).

¹²V. Circolare Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi – Direzione generale di statistica e analisi organizzativa del 12 novembre 2021 "Piano Nazionale di ripresa e resilienza – Indicatori di raggiungimento degli obiettivi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)", citata alla nt. precedente.

¹³Cfr. M.F. GHIRGA, *op. cit.*, pp. 181 s.; I. PAGNI, *L'Ufficio per il processo: l'occasione per una (ulteriore) osmosi virtuosa tra teoria e pratica, con uno sguardo alle riforme processuali in cantiere*, in *Questione Giustizia*, 17 novembre 2021; S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, *op. loc. cit.*

2. Composizione dell'UpP in Tribunale e in Corte di appello e mansioni degli "addetti"

Ai tempi in cui esso andava stagliandosi nell'immaginario di settore come strumento imprescindibile di organizzazione giudiziaria, l'Ufficio per il processo era definito non come «un organo né una struttura, ma [come] un modo di pensare il rapporto e l'interdipendenza tra i soggetti che intervengono nel processo e che realizzano la giurisdizione dal punto di vista dell'offerta di servizi; e un modo di pensare i rapporti tra tali soggetti e le risorse tecniche messe a loro disposizione»¹⁴.

L'art. 16-*octies* d.l. n. 179/2012 ha prosaicizzato questo ideale riconducendolo ad una «struttura organizzativa» costituita presso i tribunali e le corti d'appello al fine «di garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione».

Si tratta di un impianto organizzativo però alquanto flessibile nella prassi, e dunque di disomogenea attuazione sul territorio nazionale, poiché esso è suscettibile di adattamenti imposti dalle concrete contingenze (ad es. in relazione al numero di tirocinanti, di addetti, di personale di cancelleria in rapporto con la composizione di organico di magistratura assegnata al singolo Ufficio giudiziario, etc.; alle esigenze di ruolo e/o delle sezioni)¹⁵.

All'Ufficio per il processo presso il Tribunale sono assegnati i giudici onorari di pace e i tirocinanti di cui all'art. 16-*octies* d.l. n. 179/2012 più volte menzionato, ossia coloro che svolgono lo *stage* ai sensi dell'art. 37, co. 5, d.l. n. 98/2011 cit., e coloro che svolgono il tirocinio formativo di cui all'art. 73 d.l. n. 69/2013 cit.¹⁶ All'UpP può essere altresì assegnato, sentito il dirigente amministrativo, il personale amministrativo di cancelleria. Anche i soggetti di cui all'art. 50, co. 1-*bis*, d.l. n. 90/2014, cit.¹⁷ possono essere assegnati all'UpP, in via prioritaria con funzioni di supporto dei servizi di cancelleria. Sono altresì assegnati all'UpP gli addetti di cui agli artt. 11 ss. d.l. n. 80/2021 cit., nel quadro del progetto organizzativo predisposto dal

¹⁴R. BRACCIALINI, *L'Ufficio per il processo e i suoi pilastri*, cit., § 4.

¹⁵Cfr. F. BARBIERI, *Il "nuovo" ufficio per il processo: un modello organizzativo aperto all'intelligenza artificiale*, in *giustiziainsieme.it*, 14 giugno 2022, § 3; G. GRASSO, *L'attuazione dell'Ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 2019, III, pp. 409 ss., estratto da *Foroplus*, § 3.

¹⁶Sulle peculiarità del tirocinio formativo, sul mansionario dei tirocinanti nell'ambito dell'UpP e sul regime giuridico dei tirocinanti, v. G. FINOCCHIARO, *Dei tirocini formativi e dell'Ufficio per il processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 961 ss.

¹⁷«Con decreto del Ministro della giustizia, da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono determinati il numero e i criteri per l'individuazione dei soggetti che hanno svolto il periodo di perfezionamento di cui all'articolo 37, comma 11, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, e successive modificazioni, che possano far parte dell'ufficio per il processo per svolgere un ulteriore periodo di perfezionamento per una durata non superiore a dodici mesi, tenuto conto delle valutazioni di merito e delle esigenze organizzative degli uffici giudiziari, in via prioritaria a supporto dei servizi di cancelleria».

dirigente dell'ufficio, di concerto con il dirigente amministrativo¹⁸. In Corte d'appello (anche) i giudici ausiliari possono essere impiegati all'interno dell'UpP con le modalità stabilite dagli artt. 62 ss. d.l. n. 69/2013¹⁹.

Le mansioni degli addetti all'UpP sono state dettagliate dapprima nell'allegato II ("Profili professionali del personale amministrativo a tempo determinato PNRR presso il Ministero della giustizia") al citato d.l. n. 80/2021, il cui par. 1. ricomprende: «studio dei fascicoli (predisponendo, ad esempio, delle schede riassuntive per procedimento); supporto al giudice nel compimento della attività pratico/materiale di facile esecuzione, come la verifica di completezza del fascicolo, l'accertamento della regolare costituzione delle parti (controllo notifiche, rispetto dei termini, individuazione dei difensori nominati ecc.), supporto per bozze di provvedimenti semplici, il controllo della pendenza di istanze o richieste o la loro gestione, organizzazione dei fascicoli, delle udienze e del ruolo, con segnalazione all'esperto coordinatore o al magistrato assegnatario dei fascicoli che presentino caratteri di priorità di trattazione; condivisione all'interno dell'ufficio per il processo di riflessioni su eventuali criticità, con proposte organizzative e informatiche per il loro superamento; approfondimento giurisprudenziale e dottrinale; ricostruzione del contesto normativo riferibile alle fattispecie proposte; supporto per indirizzi giurisprudenziali sezionali; supporto ai processi di digitalizzazione e innovazione organizzativa dell'ufficio e monitoraggio dei risultati; raccordo con il personale addetto alle cancellerie».

L'art. 1, co. 18, l. 26 novembre 2021, n. 206, recante *"Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata"*, oltre a «prevedere che presso la Corte di cassazione siano istituite una o più strutture organizzative denominate ufficio per il processo», ha altresì disposto che all'Ufficio per il processo istituito presso i tribunali e le corti d'appello siano attribuiti: «1. compiti di supporto ai magistrati comprendenti, tra le altre, le attività preparatorie per l'esercizio della funzione giurisdizionale quali lo studio dei fascicoli, l'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale, la selezione dei presupposti di mediabilità della lite, la predisposizione di bozze di provvedimenti, il supporto nella verbalizzazione, la cooperazione per l'attuazione dei progetti organizzativi finalizzati a incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, ad abbattere l'arretrato e a prevenirne la formazione; 2) compiti di supporto per l'ottimale utilizzo degli strumenti informatici; 3) compiti di coordinamento tra l'attività del magistrato e l'attività del cancelliere; 4) compiti di

¹⁸Per un'analisi dei reciproci rapporti di interazione tra i vari componenti dell'UpP, prima e dopo l'introduzione della figura dedicata degli addetti, v. M.L. GUARNIERI, *La morfologia dell'Ufficio per il processo e il ruolo dell'addetto UpP nelle dinamiche del giudizio di cognizione riformato*, cit., §§ 3 e 4.

¹⁹Nel testo è parafrasato il contenuto dell'art. 10, co. 5, della Circolare 23 luglio 2020 e ss. mm. della VII Commissione CSM sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2020-2022, disponibile sul sito csm.it.

catalogazione, archiviazione e messa a disposizione di precedenti giurisprudenziali; 5) compiti di analisi e preparazione dei dati sui flussi di lavoro».

La circolare del Ministero della Giustizia del 21 dicembre 2021²⁰ ha quindi chiarito che per mansione di “racordo con il personale addetto alle cancellerie” (v. n. 3 surriportato) devono intendersi attività come «spoglio delle nuove iscrizioni, verifica dei presupposti di priorità di trattazione, “scarico” dell’udienza, attività di notifica e comunicazione alle parti, accertamento della definitività del provvedimento e cura della fase esecutiva, nonché – deve ritenersi in ragione della strettissima correlazione tra studio del fascicolo e trattazione della causa nel luogo processuale a ciò deputato – di assistenza al magistrato, togato o onorario, in udienza, con conseguente possibilità pertanto di celebrare l’udienza anche nelle ore pomeridiane».

Mentre non è sempre di facile lettura la combinazione di mansionari previsti nelle diverse disposizioni di legge e negli atti interni della P.A.²¹, l’istituzione dell’Ufficio per il processo in Cassazione ha suscitato diverse perplessità, correlate alle peculiarità del giudizio di legittimità e pure ai limiti dimensionali della struttura giudiziaria di via Cavour²².

3. Il Bando per le Università nell’ambito del PON Governance 2014-2020

Il Ministero della Giustizia, Direzione Generale per il Coordinamento delle Politiche di Coesione, con decreto del 5 agosto e rettifica del 9 agosto 2021 *“Approvazione dell’Avviso e relativi Allegati, per il finanziamento degli interventi a regia in attuazione del Progetto complesso ‘Progetto unitario su diffusione dell’Ufficio del Processo e per l’implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell’arretrato’, nell’ambito dell’Asse 1, Obiettivo Specifico 1.4, Azione 1.4.1 del PON Governance 2014-2020”*²³, ha bandito un finanziamento per oltre cinquantuno milioni di euro in favore di Università pubbliche.

La sinergia tra Università e Ufficio per il processo affonda le sue radici nell’istituto del tirocinio formativo: l’art. 37 d.l. 98/2011, autorizza i dirigenti degli uffici giudiziari a stipulare convenzioni con le (allora denominate) facoltà universitarie di giurisprudenza, con le Scuole di

²⁰Reclutamento, mansioni, formazione e modalità di lavoro dei primi 8.250 addetti all’Ufficio per il processo assunti ai sensi del decreto-legge n. 80 del 2021 (prot. m_dg.DOG.21/12/2021.0268670.U).

²¹V. L. LUONGO, *Le funzioni degli «addetti» all’ufficio per il processo nel sistema della giustizia ordinaria*, cit., §§ 3 e 4; F. Barbieri, *Il “nuovo” ufficio per il processo: un modello organizzativo aperto all’intelligenza artificiale*, cit., § 3.

²²A. SCARPA, *L’attuazione dell’Ufficio per il processo (di Cassazione): panacea o utopia?*, in *giustiziainsieme.it*, 15 luglio 2021; A. DI FLORIO, *Il nuovo ufficio per il processo: proposte per la Corte di cassazione*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2021, p. 198.

²³Sul sito https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/archivio_2014_2020_pon_governance#:~:text=con%20il%20contributo%20dei%20Fondi,inclusiva%20definiti%20da%20Europa%202020 si legge: «con il contributo dei Fondi dell’Unione [il PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020] finanzia interventi che accompagnano e implementano le misure di riforma della PA fissate a livello nazionale e, attraverso la sua strategia d’intervento, concorre al raggiungimento degli obiettivi di crescita intelligente, sostenibile e inclusiva definiti da Europa 2020». Per un approfondimento sul bando menzionato nel testo v. M.F. GHIRGA, *L’ufficio per il processo: una sfida*, cit., pp. 177 ss., pp. 190 ss.

Specializzazione per le professioni legali e con i consigli dell'Ordine degli Avvocati, per lo svolgimento presso gli uffici giudiziari del primo anno del corso di dottorato di ricerca, del corso di specializzazione per le professioni legali o della pratica forense per l'ammissione all'esame di avvocato²⁴.

Il compito «centrale» dell'Università pubblica italiana nell'attuazione di questo imponente (per risorse stanziare e obiettivi prefissati in relazione ai ridotti tempi di realizzazione) "Piano Straordinario per la Giustizia" è spiegato nell'avviso di cui sopra: il sistema universitario «unitamente al contesto giudiziario deve individuare i migliori percorsi formativi al fine non solo di determinare il modello o i modelli di *governance* migliori ma anche adeguare l'offerta formativa alle nuove esigenze del mondo giudiziario». L'Università deve offrire agli studenti che saranno futuri giudici, avvocati e cancellieri «conoscenze di carattere digitale, tecnico ed organizzativo», e al sistema produttivo «professionalità "collaterali" per la gestione e l'implementazione di servizi alla giurisdizione».

In particolare, nel bando era pure previsto che nell'ambito di tutti gli Uffici compresi nel contesto territoriale di riferimento sarebbero stati istituiti «appositi gruppi di lavoro (*Task force*) composti prevalentemente da assegnisti di ricerca (rif. legge 30/12/2010, n. 240) e borsisti di ricerca, nonché da personale dipendente delle Università», per affiancare «operativamente gli Uffici Giudiziari nell'implementazione dei modelli organizzativi ed operativi individuati nello svolgimento delle linee progettuali precedenti»²⁵.

Per quanto rileva in relazione al progetto di ricerca oggetto del presente lavoro, l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" ha partecipato al bando appena menzionato con un progetto dal titolo "Modelli organizzativi e innovazione digitale: il nuovo Ufficio per il Processo per l'efficienza del sistema-giustizia"²⁶, aggiudicandosi in qualità di capofila (in partenariato con sei Atenei del Centro-Sud: Università del Molise, Università di Napoli "Parthenope", Università "Gabriele d'Annunzio" di Chieti-Pescara, Università di Teramo, Università della Campania

²⁴Successivamente, con l'art. 73 d.l. n. 69/2013 lo strumento convenzionale come modalità di accesso al tirocinio sarà soppiantato dal valore curricolare dello studente, come titolo abilitante e come criterio di selezione (cfr. sul tema M. CICCARELLI, *Dal tirocinio all'accesso alla magistratura onoraria e togata – Parte prima*, in *Questione Giustizia*, 16 luglio 2019; G. FINOCCHIARO, *Dei tirocini formativi e dell'Ufficio per il processo*, cit., pp. 967 ss.).

²⁵Sulle quattro linee di intervento previste dall'Avviso in discorso, v. i chiarimenti di M.F. GHIRGA, *op. cit.*, pp. 190 ss.

²⁶Così si legge al punto 1.c. nella scheda del progetto: «Il progetto si propone, dunque, di elaborare un nuovo modello organizzativo di gestione del contenzioso che metta al centro l'UPP (catalogazione dei flussi in ingresso; organizzazione del ruolo; studio del fascicolo; massimazione delle decisioni ecc.), consentendo al giudice di concentrare le sue energie sulla funzione, a lui costituzionalmente riservata, di *ius dicere*. In tale contesto, appare, inoltre, essenziale sfruttare appieno le potenzialità dell'innovazione digitale e garantire un'adeguata formazione degli addetti all'UPP, anche mediante modifiche degli attuali percorsi di studio. L'adozione di questo modello, unitamente all'adattamento della cornice normativa di riferimento, consentirà un consistente abbattimento dell'arretrato ed un miglioramento della *performance* degli uffici».

“Luigi Vanvitelli”, Università del Sannio di Benevento) un contributo pari ad euro 8.500.000,00²⁷.

L’Università degli Studi di Napoli Federico II, con Decreto del Direttore di Giurisprudenza n. 48 dell’11 aprile 2022, Asse 1, Obiettivo Specifico 1.4., Azione 1.4.1., ha (fra gli altri, e ancora per quanto qui rileva) bandito un concorso per n. 13 assegni di ricerca di durata annuale per il progetto “Modelli organizzativi e innovazione digitale. Il nuovo Ufficio per il Processo per l’efficienza del sistema giustizia MOD-UPP” (*“Organizational models and digital innovation. The new Trial Office for the efficiency of the justice system”*). L’attività degli assegnisti è stata svolta nell’ambito del programma di ricerca descritto nel bando: *“Analisi e individuazione di gestione dei flussi e degli arretrati relativi ai procedimenti civili presso uffici giudiziari del distretto della Corte di appello di Napoli. Elaborazione di tecniche per il monitoraggio e la valutazione delle attività nell’ambito dell’Ufficio per il Processo. Ridefinizione dei modelli formativi per relative figure professionali. (Analysis and identification of management models of data-flows and arrears related to civil proceedings at the judicial offices of the district of the Naples’ Court of Appeal. Development of techniques for monitoring and evaluating activities within the Trial Office. Redefinition of training models for related professional figures).*

Chi scrive ha svolto attività di ricerca dal 1° giugno 2022 al 31 maggio 2023, sul seguente progetto di ricerca specifico: *“Studio del più efficiente modello decisorio – anche tramite l’analisi dell’emersione del contenzioso seriale e delle controversie omogenee – per il rigetto in rito dell’impugnazione in Corte d’Appello e in Tribunale, in funzione della gestione delle sopravvenienze e dello smaltimento dell’arretrato”*.

4.1. Delimitazione del novero dei provvedimenti di “rigetto in rito” delle impugnazioni. L’inammissibilità

²⁷Il Progetto complesso “Progetto unitario per la diffusione dell’Ufficio per il Processo e l’implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell’arretrato”, coordinato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università Federico II con la responsabilità scientifica dei Professori Ferruccio Auletta e Silvia Rusciano, coinvolge anche i Dipartimenti di Economia, *Management*, Istituzioni, di Ingegneria Industriale e di Ingegneria Elettrica e delle Tecnologie dell’Informazione. «L’obiettivo generale del progetto è la creazione di nuovi modelli organizzativi che permettano la riduzione della durata media dei procedimenti e l’abbattimento dell’arretrato supportando la trasformazione digitale anche attraverso lo sviluppo di un sistema informatico di supporto alle attività dell’Ufficio per il Processo in sinergia con gli obiettivi programmatici del PNRR. Le attività progettuali, che coinvolgono con approccio multidisciplinare assegnisti e borsisti di ricerca (di area giuridica, informatica, economico-gestionale, ingegneristica) afferenti ai diversi Dipartimenti federici ed Atenei *partner*, si realizzano presso le Corti di Appello e i Tribunali dei distretti giudiziari di Campobasso, L’Aquila, Napoli e Potenza. I principali risultati attesi riguardano: definizione di moduli operativi per la costituzione e l’implementazione dell’Ufficio per il Processo; individuazione di modelli per la gestione dei flussi in ingresso e degli arretrati presso gli Uffici Giudiziari; attivazione e sperimentazione dei modelli e dei piani; innovazione dei modelli formativi e consolidamento dei rapporti tra gli *stakeholders*» (v. <https://www.giurisprudenza.unina.it/pon-giustizia>).

Con l'espressione "rigetto in rito dell'impugnazione in appello" si vogliono qui ricomprendere tutte le ipotesi in cui l'impugnazione non è decisa nel merito per l'impediente ricorrenza di una causa di inammissibilità o di improcedibilità della stessa.

L'estinzione del giudizio di appello non rientra tra le cause di inammissibilità originaria dell'impugnazione, ma tra le cause sopravvenute (alla proposizione del gravame) di non decidibilità della causa nel merito²⁸. Proprio la tendenziale maggiore complessità dell'accertamento di cause sopravvenute di non decidibilità nel merito della domanda, e non già una pretesa impossibilità di assimilazione delle due fattispecie (originaria o sopravvenuta) di inammissibilità²⁹, ha sconsigliato di condurre l'indagine anche con riguardo a queste.

L'inammissibilità originaria è sanzione tipica del processo (per quanto qui rileva) civile, per i casi di inidoneità delle istanze a legittimare l'esercizio del potere decisorio nel merito da parte del giudice (dell'impugnazione).

Non sono molte le ipotesi espressamente disciplinate nel codice di rito, in relazione alle impugnazioni proponibili dinanzi al giudice di appello: l'art. 331, qualora non sia integrato il contraddittorio; l'art. 342, per il caso di difetto di specificità dei motivi dell'appello; l'art. 348-*bis ante* riforma Cartabia e l'abrogato 348-*ter*³⁰; l'art. 408, con riguardo all'opposizione di terzo.

²⁸Come pure la cessazione della materia del contendere, per quanti – come un tempo le Sezioni unite della Corte di cassazione, v. sentenza 28 settembre 2000 n. 1048, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 2817 ss., con nota critica di F. AULETTA, *Quando si dice che un accordo è meglio di una causa vinta: la moltiplicazione dei diritti dell'attore per effetto della dichiarazione di adesione del convenuto all'originaria pretesa contro di lui* – non la intendano come ipotesi di rigetto della domanda nel merito. Più recentemente tuttavia la giurisprudenza di legittimità, seppur con qualche oscillazione (non così infatti Cass., Sez. Un., 27 gennaio 2016, n. 1518, con nota parzialmente critica di C. GLENDI, *Sulla rilevabilità in appello della cessazione della materia del contendere sopravvenuta in primo grado*, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 1429 ss.) riconduce la dichiarazione di cessazione della materia del contendere alla natura di pronuncia sul merito (Cass., Sez. Un., 11 aprile 2018 n. 8980, con nota adesiva di A. SCALA, «Eppur si muove ...»: le sezioni unite riconoscono la natura di merito della sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere per intervenuta transazione, in *Foro it.*, 2019, I, cc. 2916 ss.; con nota critica di A. MONDINI, *Notazioni sulla cessazione della materia del contendere in Cassazione*, *ibid.*, cc. 2915 ss., entrambe estratte da *Foroplus*; v. pure Cass., 2 ottobre 2019, n. 24632, con nota (in parte qua adesiva) di A. SCALA, *Novità e contraddizioni nella giurisprudenza sulla dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Corr. giur.*, 2020, pp. 1542 ss., dove la "contraddizione" di cui al titolo della nota è data da Cass., 19 febbraio 2020, n. 4167, che ha negato alla pronuncia di cessazione della materia del contendere l'idoneità ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere).

²⁹D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, pp. 64-71, ascrive il provvedimento dichiarativo dell'estinzione alla categoria delle pronunce di *absolutio ab instantia*, sebbene con differenti effetti ex art. 2945, co. 3, c.c. L'estinzione «può anche definirsi come sanzione prevista dalla legge per l'inosservanza di un onere processuale, purché sia chiaro, però, che l'"onere" consiste nell'esercizio di un potere avente efficacia sanante dell'invalidità del procedimento e che al mancato esercizio di quel potere consegue la *mors litis* non quale sanzione dell'inattività, ma perché ogni sentenza di merito sarebbe nulla» (R. Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli 1975, pp. 82 s.).

³⁰Entrambi introdotti dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134), e che continuano a trovare applicazione in relazione agli appelli introdotti prima del 28 febbraio 2023. In tema v., *inter multos*, G. SCARSELLI, *Sul nuovo filtro per proporre appello*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 287 ss.; G. BALENA, *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, pp. 335 ss.; G. VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Judicium online*, 2012; G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del "filtro"*, in www.treccani.it/magazine/diritto; Id., *La riforma*

Sono poi tradizionalmente sanzionate con l'inammissibilità le impugnazioni proposte fuori termine, o da chi non è legittimato (per difetto di soccombenza o per aver prestato acquiescenza), o nei confronti di provvedimento non impugnabile con il mezzo utilizzato³¹.

Più in generale, l'inammissibilità nel diritto processuale interno si è rivelato come un concetto connotato da una singolare ed inaspettata "liquidità".

Il legislatore è sempre rifuggito da qualsiasi definizione, tanto che nel tempo lo sforzo della dottrina si è concentrato sul tentativo di una sua collocazione sistematica.

Soltanto per delimitare l'area dell'indagine reperibile in letteratura, si ricorda che il dibattito si è polarizzato su due fronti opposti, l'uno persuaso che la inammissibilità non abbia nessuna autonomia concettuale; l'altro dell'avviso contrario. Senza alcuna pretesa di completezza, compendiando all'estremo i profili del dibattito, si ricorda che per i sostenitori della prima tesi l'inammissibilità non sarebbe altro che una delle cause della nullità: una distinzione tra nullità ed inammissibilità avrebbe infatti senso se da essa potessero farsi discendere differenti effetti, che connotassero l'inammissibilità come una peculiare specie di invalidità³². Ciò non appare però possibile: «se la nozione d'inammissibilità può apparire giustificata nel linguaggio legislativo sulla considerazione di una valutazione aprioristica ed in chiave ipotetica, comunque, quando l'atto inammissibile è posto in essere, il giudizio su di esso non può che risolversi in termini di nullità, quale effetto tipico, ancorché multiforme, dell'atto processuale invalido perché posto in essere in violazione delle norme processuali. Sotto tale angolazione

dell'appello, in *Giusto proc. civ.*, 2013, pp. 21 ss.; R. CAPONI, *La riforma dell'appello civile dopo la svolta nelle commissioni parlamentari*, in *Judicium online*, 2012; ID, *La riforma dell'appello civile*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 292 ss.; ID, *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, pp. 1153 ss.; A. DIDONE, *Appunti sull'inammissibilità dell'appello ex art. 348-bis c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 1136 ss.; M. BOVE, *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli articoli 348 bis e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 398 ss.; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. giur.*, 2012, pp. 1133 ss.; L. P. COMOGLIO, *Requiem per il processo "giusto"*, in *Judicium online*, 2013; G. IMPAGNATELLO, *Il "filtro" di ammissibilità dell'appello*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 295 ss.; ID, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, pp. 735 ss.; A. PANZAROLA, *Tra "filtro" in appello e "doppia conforme": alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, pp. 89 ss.; R. POLI, *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 120 ss.; M. FABIANI, *Oggetto e contenuto dell'appello civile*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 282 ss.; I. PAGNI, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.*, 2012, V, cc. 299 ss.; M. MOCCI, *Il giudice alle prese col filtro in appello*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, pp. 1243 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *Judicium online*, 2012; I. GAMBIOLO, *Il filtro di cui agli artt. 348 bis e 348 ter c.p.c. nell'appello civile*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 241 ss.

³¹V. pure G. FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo*, Milano, 1968, pp. 277 ss., per il quale l'inammissibilità presuppone alternativamente l'inesistenza del potere d'impugnare; il difetto di legittimazione o di capacità dell'impugnante; la sussistenza di un atto di impugnazione irregolare, cioè inficiato da vizi di forma-contenuto. Riassume N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, Milano, 1952, I, p. 135, che l'inammissibilità si riferisce alle istanze dirette a ottenere un provvedimento che a causa del difetto di un requisito di proponibilità «non può, non può più o non può ancora essere richiesto». R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, p. 329, annovera come ipotesi innominate o extratestuali di inammissibilità l'impugnazione proposta a) dopo la scadenza dei termini, b) da parte di chi abbia prestato acquiescenza alla sentenza, c) avverso sentenza non impugnabile con quel determinato mezzo di impugnazione, d) da chi non è stato parte o da chi non è rimasto soccombente nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata.

³²C. A. GIOVANARDI, *Osservazioni sulla asserita autonomia concettuale della inammissibilità*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, cc. 665 ss.

appare quindi sostenibile, seppure con una rilevanza inconsistente, che l'inammissibilità può porsi quale causa di nullità, mentre [...] abbiamo la convinzione di poter escludere il contrario»³³.

Ancora, l'inammissibilità non è causa «di decadenza o di altro», essendo essa l'effetto «di una sanzione per un vizio dell'atto processuale»³⁴; e dunque la prima intersezione tra inammissibilità e nullità consiste in ciò, che «tanto la nullità che l'inammissibilità ricadono nell'ambito delle “questioni pregiudiziali attinenti al processo” e danno luogo ad *absolutio ab instantia*, escludendo la cognizione di ulteriori questioni processuali o di merito»³⁵.

Nell'opposta direzione (dunque per l'autonomia del concetto di inammissibilità) si esprimono quanti ritengono che l'inammissibilità sia un effetto giuridico processuale avente funzione sanzionatoria per vizi dell'atto di impugnazione, mentre nullità, decadenza e preclusione possono riguardare soltanto i singoli atti (e non l'intero rapporto processuale d'impugnazione)³⁶.

Da ultimo, si è posto l'accento sulla necessità non tanto di distinguere la nullità dalla inammissibilità, ma di verificare se e in che misura il c.d. “principio di equipollenza degli atti processuali”, per il quale gli effetti tipici previsti dall'ordinamento per un determinato atto processuale si producono, non solo nel caso di compimento dell'atto stesso secondo il corrispondente modello legale, ma anche quando la fattispecie realizzata, anche se difforme dal modello, sia comunque idonea in concreto al raggiungimento dello scopo previsto dalla

³³C. A. GIOVANARDI, *Osservazioni sulla asserita autonomia concettuale della inammissibilità*, cit., c. 676.

³⁴S. SATTI, *Sulla pretesa sanzione di inammissibilità nel processo penale*, in Riv. it. dir. pen., 1934, p. 61.

³⁵V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in Nss Dig. It., XVIII, Torino, 1965, p. 471. Ma ad avviso di G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, p. 97, l'assimilazione delle nullità con le ipotesi di *absolutio ab instantia* presenta l'inconveniente di svalutare le conseguenze della nullità sugli effetti del singolo atto viziato e di quelli da esso dipendenti.

³⁶R. PROVINCIALI, *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962, pp. 160-162. N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, cit., p. 17: «la nullità riguarda l'idoneità dell'atto al conseguimento del suo scopo, in relazione alla forma dell'atto medesimo; invece l'inammissibilità in senso proprio considera tale scopo per se stesso: un atto nullo non può conseguire il suo scopo perché viziato nella forma, sebbene tale scopo possa anche essere per se stesso conseguibile; un atto propriamente inammissibile è tale appunto perché lo scopo cui tende è *per se stesso* non conseguibile». Così pure M. DE CRISTOFARO, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, in Corr. giur., 2000, p. 755, ad avviso del quale l'inammissibilità è concetto (seppure non pienamente) autonomo rispetto alla nullità: in particolare, l'inammissibilità «ricorre nelle ipotesi di scorretto o inidoneo esercizio del potere di azione o di impugnazione per carenza dei presupposti del suo esistere». S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005, pp. 92-93, riconosce la specialità dell'inammissibilità rispetto alla nullità in diversi fattori: anzitutto, la ufficiosità della relativa dichiarazione, poi, il difetto di qualsiasi meccanismo sanante (così anche S. CAPORUSSO, *La «consumazione» del potere di impugnazione*, Napoli, 2011, pp. 112-121; 146-147, che segnala come ulteriore elemento distintivo tra nullità ed inammissibilità i peculiari effetti prodotti da quest'ultima, cioè la non riproponibilità dell'impugnazione; e L. QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018, p. 130).

norma che tale atto prescrive, sia applicabile anche ad altre ipotesi di difformità dal modello legale diverse dalla nullità³⁷.

Tutte le ipotesi di inammissibilità tipizzate dal legislatore sono accomunate dagli effetti costitutivi della dichiarazione di inammissibilità, disciplinati dall'art. 358 c.p.c.³⁸.

4.2. L'improcedibilità

Sul piano degli effetti l'istituto dell'improcedibilità non si distingue dall'inammissibilità³⁹ né dall'estinzione dell'appello⁴⁰.

L'improcedibilità è limitata dal legislatore processuale a due sole ipotesi (ancora con riguardo alle sole impugnazioni proponibili dinanzi al giudice d'appello): l'art. 348 c.p.c. sancisce l'improcedibilità dell'appello qualora l'appellante non si costituisca nei termini⁴¹ o se non compaia a due udienze consecutive⁴².

³⁷R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali, cit., passim*. P. (op. ult. cit., pp. 332 s.) distingue i vizi che incidono sull'esistenza o sull'individuazione del potere esercitato, che danno luogo a inammissibilità dell'impugnazione rilevabile d'ufficio, dai vizi che incidono solo sul legittimo esercizio del potere di impugnazione, i quali possono essere resi irrilevanti dai comportamenti processuali degli altri soggetti del processo.

³⁸R. POLI, op. cit., p. 339.

³⁹M. FORNI, *Orientamenti in tema di improponibilità, inammissibilità e improcedibilità*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1981, p. 1322; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo, cit.*, pp. 127-128). Oggi tale conclusione è avvalorata dalla nuova formulazione dell'art. 334, 2° comma, c.p.c. (v. al riguardo S. BOCCAGNA, *Nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio di appello*, in Riv. dir. proc., 2023, pp. 646 s., spec. p. 647, nt. 14).

⁴⁰A. CERINO CANOVA, voce *Inammissibilità e improcedibilità*, in Enc. Giur. Treccani, XVI, 1993, § 1.2, spiega che tali istituti «riuniscono vari eventi, che secondo la legge esprimono un originario difetto di volontà oppure una sopravvenuta atrofizzazione di questa»; per l'identità di effetti di inammissibilità, improcedibilità e estinzione dell'appello v. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo, cit.*, pp. 125 ss., spec. pp. 127 s.

⁴¹E a prescindere dalla condotta dell'appellato. L'inverarsi della fattispecie di cui all'art. 348 co. 1 c.p.c. esclude infatti l'applicabilità degli artt. 171 c.p.c. (Cass., 13 marzo 2017, n. 6369; così già Cass., 18 luglio 2008, n. 19947, in Foro it., 2010, I, cc. 616 ss., con nota parzialmente adesiva di S. CAPORUSSO, *Sull'improcedibilità dell'appello per tardiva costituzione dell'appellante*; nonché Cass., 24 gennaio 2006, n. 1322, con nota adesiva di E. VULLO, *Mancata costituzione dell'appellante e improcedibilità del gravame*, in Riv. dir. proc., 2007, pp. 473 ss.). Ad avviso di S. CAPORUSSO, *La «consumazione» del potere di impugnazione, cit.*, pp. 206 ss., nell'ipotesi in cui neppure l'appellato si sia costituito tempestivamente, il giudizio di appello dovrebbe considerarsi estinto se nessuna parte lo riassume nei termini. Chiaramente, se nessuna delle parti si costituisce il giudizio non è iscritto a ruolo, dunque il problema della dichiarazione di improcedibilità (in pratica) neppure si pone.

⁴²Se l'appellato compare, ma l'appellante non compare né in prima udienza né alla successiva, l'appello è dichiarato improcedibile. Se l'appellato neppure compare in prima udienza, si applica l'art. 181, co. 1, c.p.c.: se nessuno compare neppure all'udienza successiva, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e l'estinzione. Ancora, se la mancata comparizione dell'appellante si verifica in un'udienza successiva alla prima, si applica l'art. 309 (che rinvia all'art. 181, co. 1, cit.) (cfr. Cass., 3 ottobre 1983 n. 5763, in Foro it., 1983, I, 2373). Da tempo la Corte di cassazione ha chiarito che «le cause di improcedibilità dell'appello si collegano sempre a comportamenti colpevoli dell'appellante, cioè a condotte a lui imputabili sotto il profilo dell'inerzia o dell'imprudenza, [...] senza che assuma rilievo, di per sé il comportamento dell'appellato. Del resto, è l'appellante l'unico soggetto destinatario e fruitore delle disposizioni dettate dall'art. 348 c.p.c. [...] Tali disposizioni, però, non attribuiscono all'appellante il diritto di impedire, non comparendo, la decisione del gravame nel merito o anche solo in rito»; ancora, che «è pacifico che l'applicazione degli artt. 181 e 309 c.p.c. e la conseguente emissione di un provvedimento di cancellazione della causa dal ruolo presuppongono la mancata comparizione di entrambe le parti sia alla prima udienza sia a quella successiva alla quale la causa sia stata rinviata, sul presupposto che tale comportamento costituisca

L'improcedibilità si traduce nella sanzione per l'inattività dell'appellante, prevista in ipotesi eccezionali non suscettibili di interpretazione analogica⁴³.

Ciononostante, la giurisprudenza si è manifestata incline a dichiarare l'improcedibilità dell'appello anche fuori dei casi testuali contemplati dal codice di rito, come ad es. qualora non sia depositata nel termine di costituzione dell'appellante (almeno) la copia dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione⁴⁴; in ipotesi di mancato deposito di copia autentica della sentenza impugnata (che non sia altrimenti presente in atti)⁴⁵; nel caso di mancata produzione del proprio fascicolo da parte dell'appellante (pur nella vigenza dell'art. 348 c.p.c. *post* riforma del 1990)⁴⁶.

una tipica manifestazione di disinteresse alla prosecuzione del processo (vedi, per tutte, Cass. 24 febbraio 1982, n. 1169 e Cass. 25 maggio 2005, n. 11014)» (Cass., 4 marzo 2011, n. 5238). V. pure App. Genova, 7 marzo 2018, n. 73, per la quale nel giudizio d'appello, «la mancata comparizione di entrambe le parti all'udienza di discussione giustifica l'applicazione dell'art. 181 c.p.c. in luogo del successivo art. 348, atteso che la normativa sull'improcedibilità dell'appello (di cui all'art. 348 c.p.c.) risulta applicabile a fronte del difetto di comparizione del solo appellante e che, la normativa sull'inattività delle parti (art. 181 c.p.c.), prevista in punto di procedimenti di primo grado, è applicabile altresì ai procedimenti d'appello in forza del richiamo di cui all'art. 359 c.p.c.». Osserva R. Poli, *op. cit.*, p. 355, che il legislatore ha qualificato in appello come improcedibilità una fattispecie che in primo grado è causa di estinzione, forse per «riservare le meno gravi conseguenze dell'improcedibilità dell'impugnazione (cfr. art. 358 c.p.c.) ad un vizio per il quale, considerato il suo aspetto strutturale, la disciplina dell'estinzione in sede d'impugnazione potrebbe risultare troppo grave e dunque irrazionale (cfr. art. 338 c.p.c.)». La riflessione di P. è condivisibile a patto che si ritenga che le conseguenze derivanti dall'estinzione del giudizio di appello non siano equiparabili a quelle dipendenti dalla dichiarazione di improcedibilità, assunto smentito da S. BOCCAGNA, *op. loc. ultt. citt.*

⁴³F.P. LUIO, voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 378.

⁴⁴Cass. 4 gennaio 2017, n. 89; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25640; Cass. 24 agosto 2007, n. 17958. La Suprema Corte ha chiarito altresì che la tempestiva costituzione dell'appellante con la copia dell'atto di citazione (cd. *velina*) in luogo dell'originale integra una nullità per inosservanza delle forme indicate dall'art. 165 c.p.c., sanabile, anche su rilievo del giudice, entro l'udienza di comparizione di cui all'art. 350, comma 2, c.p.c. mediante deposito dell'originale da parte dell'appellante, ovvero a seguito di costituzione dell'appellato che non contesti la conformità della copia all'originale (e sempreché dagli atti risulti il momento della notifica ai fini del rispetto del termine ex art. 347 c.p.c.), salva la possibilità per l'appellante di chiedere la remissione in termini ex art. 153 c.p.c. per la regolarizzazione della costituzione nulla, dovendosi ritenere, in mancanza, consolidato il vizio ed improcedibile l'appello (Cass., Sez. Un., 6 agosto 2016, n. 16598, in *Giur. it.*, 2017, pp. 1350 ss., con nota di R. GIORIANO, *Sulle conseguenze della costituzione in appello mediante velina*). V. pure S. CAPORUSSO, *Inammissibilità e improcedibilità dell'appello*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 249 s.

⁴⁵Cass. 20 gennaio 2014, n. 1079; Cass. 16 maggio 2007, n. 11289; Cass. 5 luglio 2006, n. 15303. La questione è più complessa di quanto si è tentato di sintetizzare nel testo, e coinvolge i sotto-temi dell'idoneità ad evitare l'improcedibilità dell'appello del deposito della copia semplice (non autenticata) della sentenza, e/o dell'iniziale produzione della copia, solo successivamente sottratta. Al riguardo, si v. A. RONCO, *Appunti sparsi in tema di mancato deposito della sentenza appellata, di improcedibilità dell'appello e di correlazione tra forma e regime di impugnazione dei provvedimenti decisori*, in *Giur. it.*, 2000, pp. 915 ss.; R. POLI, *op. cit.*, pp. 365 ss.

⁴⁶Cass. 11 ottobre 2000, n. 13539. Qualora invece il fascicolo di parte non sia restituito nel termine per il deposito della comparsa conclusionale, l'appello non è improcedibile, tuttavia l'omissione può comportare comunque il rigetto del gravame, ove il giudice, a causa sua, non sia in grado di valutare gli elementi addotti dall'appellante a sostegno della impugnazione: così Cass. 7 maggio 2003, n. 6936, in *Giur. it.*, 2003, pp. 901 ss., con nota adesiva di D. TURRONI, *Note sull'improcedibilità dell'appello civile*.

Com'è noto, la dichiarazione di inammissibilità o di improcedibilità dell'appello impedisce la riproposizione dell'impugnazione (art. 358 c.p.c.) e determina il passaggio in cosa giudicata della sentenza di primo grado, non sostituendosi a questa.

Ferma la (tendenziale) riproponibilità dell'appello inammissibile o improcedibile qualora l'impugnazione non sia ancora stata dichiarata tale⁴⁷, il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado si ricollega non alla verifica della causa di inammissibilità o improcedibilità, ma alla relativa pronuncia giudiziale⁴⁸.

Non esiste però una definizione normativa di inammissibilità e di improcedibilità: esse sono sanzioni accomunate a valle della loro inflizione dall'effetto di impedire la riproposizione dell'impugnazione⁴⁹.

Se si prescinde dall'abrogato istituto dell'inammissibilità dell'appello privo di una ragionevole probabilità di essere accolto e dal disposto dell'art. 342 c.p.c., si possono ricondurre tutte le ipotesi di inammissibilità «alla originaria e genetica validità dell'esercizio del potere di impugnazione»⁵⁰; mentre l'improcedibilità attiene «ad oneri che la parte impugnante deve adempiere di solito nella prima parte del corso del procedimento di impugnazione»⁵¹.

5. Raccolta del materiale di ricerca

Il materiale raccolto presso la Corte di appello e il Tribunale di Napoli concerne esclusivamente provvedimenti resi a definizione di giudizi di appello. Nessun provvedimento di rigetto in rito di opposizioni di terzo o di revocazioni è stato trasmesso o reperito.

Delle nove Sezioni della Corte di appello di Napoli (esclusa la Sez. lavoro e previdenza, a sua volta ripartita in cinque Unità) presso le quali è stata svolta l'attività di ricerca, si è potuto rinvenire materiale presso sei di queste (e presso la sola IV Unità della Sez. lavoro e previdenza), per un totale di 86 provvedimenti di rigetto in rito (oltre a 9 provvedimenti trasmessi dalla IV Unità appena menzionata).

I provvedimenti di rigetto in rito delle impugnazioni (orientativamente, emessi nel quinquennio 2018/2023), sono stati trasmessi dai Presidenti di Sezione o da Consiglieri (o addetti UpP) a ciò da quelli delegati, senza alcuna interazione operativa da parte di chi scrive

⁴⁷Entro il termine breve di cui all'art. 325 c.p.c., decorrente dalla notificazione della prima impugnazione (v. Cass. 18 gennaio 2008, n. 996, in *Corr. giur.*, 2009, pp. 81 ss., con nota di A. CREA, *Appello principale e appello incidentale, modalità e termini di proposizione, inammissibilità e improcedibilità. La Cassazione fa il punto sulla questione*).

⁴⁸S. CAPORUSSO, *La «consumazione» del potere di impugnazione*, cit., pp. 94 ss.

⁴⁹R. POLI, *Inammissibilità e improcedibilità [dir. proc. civ.]*, in *www.treccani.it*, 2016, osserva al proposito: «Solo con riguardo al microcosmo delle impugnazioni può ipotizzarsi un "sistema" in cui l'inammissibilità e l'improcedibilità rappresentano figure di invalidità degli atti strutturate in guisa sufficientemente organica e coesa dal legislatore».

⁵⁰C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, p. 60.

⁵¹C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, op. loc. cit.

sul Sistema Informatico Contenzioso Civile Distrettuale (SICID) o sul c.d. “Pacchetto Ispettori”⁵².

Quanto ai dati attinti dal Tribunale di Napoli, i provvedimenti di rigetto in rito delle impugnazioni in minima parte sono stati reperiti con la modalità già illustrata per la Corte di appello (solo 13 provvedimenti sono stati trasmessi dalle Sezioni IV e VI), mentre in maggior misura⁵³ tramite accesso in modalità sola lettura al SICID e al c.d. Pacchetto Ispettori⁵⁴.

6.1. Conclusioni con riguardo alle pronunce di inammissibilità *ex* (previgente) art. 348-bis c.p.c.

L’inammissibilità pronunciata *ex* (previgenti) artt. 348-bis s. c.p.c., è istituto che ha incontrato decisamente maggior favore presso il Tribunale piuttosto che presso la Corte di appello.

Sulle ragioni di questa preferenza non si possono trarre conclusioni certe. Non si è infatti riscontrata alcuna (particolare) omogeneità (ulteriore rispetto a quella propria della Sezione) tra le materie oggetto delle controversie decise con le sentenze appellate. È lecito allora supporre che la scelta per questo tipo di definizione formalmente di natura processuale ma sostanzialmente meritoria sia da attribuirsi a personali inclinazioni del singolo decidente, alle modalità di studio del fascicolo, alla “liquidità” della soluzione prescelta rispetto ad altre, concretamente di più complessa risoluzione.

Trattandosi di inammissibilità per così dire “meritoria”, essa nulla ha a che fare con l’inammissibilità tradizionalmente intesa come declaratoria di non decidibilità nel merito dell’impugnazione. Non è solo questa la ragione per la quale non ha senso considerare nell’ambito della presente ricerca le ordinanze in discorso, poiché almeno altri due sono i motivi della loro “inutilità”: *in primis*, chiaramente, la sostanziale abrogazione della fattispecie, disposta con d.lg. n. 149/2022 con riguardo a tutti gli appelli introdotti dal 1° marzo 2023; quindi, e *ad abundantiam*, l’impossibilità di ricondurre all’attività di spoglio iniziale dell’UpP una valutazione preliminare circa l’insussistenza per l’appello proposto di «una ragionevole probabilità di essere accolto». Trattasi di deliberazione strettamente riservata al giudice, rientrando totalmente nella sfera di *ius dicere* a questi riservata, così come lo è la nuova formula recepita nel riformato art. 348-bis di «manifesta infondatezza» dell’appello⁵⁵.

⁵²L’autorizzazione ad accedere in modalità di sola lettura al SICID e al c.d. Pacchetto Ispettori è stata infatti concessa solo dal Tribunale di Napoli, con provvedimento del Presidente del 24 novembre 2022.

⁵³63 provvedimenti in totale. Il materiale così raccolto, pur essendo corposo, è tuttavia incompleto: ciò perché non tutti i provvedimenti sono scaricabili dal SICID in versione integrale (talora è caricato il solo “storico” fascicolo, dal quale non si evincono il modello decisorio adottato e il motivo del rigetto).

⁵⁴Il periodo di riferimento di pubblicazione dei provvedimenti di rigetto in rito delle impugnazioni proposte dinanzi al Tribunale (tutti appelli avverso sentenze del G.d.P.) è compreso tra il 2016 e il 2022.

⁵⁵Osserva S. BOCCAGNA, *Nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio di appello*, cit., p. 654, nt. 26, che nella vecchia formula rientravano sia le ipotesi di appelli «che non avessero neppure una ragionevole probabilità di accoglimento (e risultassero perciò, nella sostanza, manifestamente infondati)», sia le impugnazioni «che, pur non risultando

6.2. (segue) L'inammissibilità per violazione dell'art. 342 c.p.c.

Analoghe considerazioni possono trarsi con riguardo alle sentenze di inammissibilità per difetto di specificità dei motivi dell'appello, ex art. 342 c.p.c.⁵⁶.

Esse, quando pronunciate dalla Corte di appello, sono state adottate a valle di un modello decisorio a trattazione scritta, talora con il mero stralcio delle memorie di replica; raramente, con lettura in udienza del dispositivo e delle motivazioni ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c.

È lo stesso vizio sanzionato con l'inammissibilità a evidenziare l'impossibilità di ravvisare una qualche omogeneità tra le controversie oggetto delle pronunce emanate in prime cure: il difetto di specificità del singolo motivo o di tutti i motivi proposti dipende inevitabilmente dalle caratteristiche redazionali dell'atto di impugnazioni, e dal raffronto tra il testo del provvedimento impugnato e l'articolazione delle censure mosse con l'appello.

Sembra che anche in questo caso non vi siano spazi per una gestione dedicata dell'appello "in entrata" da parte dell'UpP, e anzi anche il modello decisorio (con maggior frequenza, a trattazione scritta "completa" o limitata alle sole comparse conclusionali; più di rado, a trattazione orale ex art. 281-sexies c.p.c.) sia calibrato caso per caso⁵⁷.

6.3. (segue) Ulteriori esclusioni dal campo di indagine

Ulteriore esclusione dalla presente indagine, infine, coinvolge i provvedimenti trasmessi dalla Sezione lavoro e previdenza della Corte di appello di Napoli.

Il modello decisorio assunto (anche) per le definizioni in rito dell'appello è infatti solo quello dettato dall'art. 437 c.p.c.⁵⁸.

manifestamente infondate, non avessero peraltro ragionevoli probabilità di essere accolte (risultando, per dir così, "più infondate che non")».

⁵⁶Ammoniva A. TEDOLDI, *I motivi specifici e le nuove prove in appello dopo la novella «iconoclastica» del 2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 155 s.: «Assai labile è [...] il confine che separa un appello privo di motivi specifici, quali oggi previsti dall'art. 342 c.p.c., da un appello privo di "una ragionevole probabilità di accoglimento", ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c., con il rischio che il giudice di appello viri discrezionalmente verso un'ordinanza d'inammissibilità (*recte*, di manifesta infondatezza), innescando il meccanismo di ricorso *per saltum* ex art. 348 ter c.p.c. avverso la sentenza di primo grado, con tutti i limiti e i problemi che questo novello (e, davvero, iconoclastico) istituto comporta, ivi inclusa la tentazione di confermare *d'emblée* e il giudizio di fatto reso in prime cure, così evitando ogni sindacato ulteriore sulla motivazione, giusta il sistema della "doppia conforme" di cui agli ultimi due commi dell'articolo suddetto».

⁵⁷Similmente, i pochi casi registrati in cui l'appello è stato dichiarato inammissibile perché interpretato (integralmente) come domanda nuova, ex art. 345 c.p.c., si riconducono alla stretta attività di *ius dicere* del giudice di appello.

⁵⁸Com'è noto la c.d. riforma Cartabia è intervenuta anche sulla disciplina del giudizio di appello nel rito del lavoro: alle impugnazioni proposte successivamente al 28 febbraio 2023 è applicabile il nuovo art. 436-bis c.p.c., sì che nei casi di (cui agli artt. 348, 348-bis e 350, 3° co., ovvero di) improcedibilità, inammissibilità, manifesta infondatezza o fondatezza o comunque quando lo ritenga opportuno in ragione della ridotta complessità o dell'urgenza della causa, il collegio, sentite le parti, pronuncerà sentenza «dando lettura del dispositivo e della motivazione redatta in forma sintetica, anche mediante esclusivo riferimento al punto di fatto o alla questione di diritto ritenuti risolutivi o mediante rinvio a precedenti conformi». Esclusa l'applicabilità dell'art. 436-bis, il collegio, esaurita la discussione, emetterà la sentenza dando lettura del dispositivo in udienza (novellato art. 437, co. 1°, c.p.c.).

Ad ogni buon conto, l'esiguo numero dei provvedimenti inviati (solo una delle cinque Unità in cui è suddivisa la Sezione ha provveduto alla raccolta e alla trasmissione) non consente di trarre alcuna conclusione neppure con riguardo alla prevalenza di un particolare motivo di rigetto rispetto ad altri, né alla eventuale omogeneità delle controversie così definite.

6.4. (segue) L'inammissibilità degli appelli in controversie caratterizzate da omogeneità

Vera e propria serialità si è riscontrata (presso la Corte di appello) in relazione alle impugnazioni di ordinanze emanate ai sensi dell'art. 14 d.lg. n. 150/2011⁵⁹, dichiarate

⁵⁹Controversie previste dall'art. 28 l. 13 giugno 1942, n. 794 in materia di liquidazione di onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali. Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 14 cit., l'ordinanza che definisce il giudizio non è appellabile. Ciononostante, sono numerosi gli appelli proposti avverso questo tipo di ordinanze collegiali. Ciò è agevolmente spiegabile. Secondo l'orientamento consolidato nel vigore della normativa precedente al d.lg. n. 150/2011, l'oggetto del procedimento camerale di cui all'art. 28 l. n. 794/1942 era limitato al solo accertamento del *quantum* del compenso spettante all'avvocato. A sostegno di questa tesi si argomentava che l'art. 29 l. n. 794/1942 limitasse l'ambito applicativo del procedimento speciale, facendo espresso riferimento alla sola "liquidazione" del compenso professionale, che sarebbe consistita nella «determinazione della cifra numerica cui ammontano le spese, diritti, ed onorari dovuti dal cliente» (così dalla Relazione alla legge stessa); poi, che la struttura deformalizzata del procedimento camerale ex art. 28, privo di una fase di istruzione probatoria e concludentesi con un provvedimento inappellabile, non avrebbe permesso alla parte resistente di offrire, a sostegno delle proprie eccezioni relative alla sussistenza della pretesa creditoria, mezzi di prova non precostituiti, recando dunque gravi limitazioni al suo diritto di difesa: pertanto l'applicabilità dell'art. 30 l. n. 794/1942 era esclusa non solo quando fosse controversa l'esistenza del rapporto professionale fra l'avvocato ed il preteso cliente (e quindi addirittura disconosciuto, ad es., l'avvenuto conferimento della procura alle liti), ma anche qualora il debitore ingiunto si fosse opposto al decreto ingiuntivo pronunciato a favore del professionista contestando la stessa esistenza del diritto accertato con il decreto ingiuntivo sulla base di una eccezione di pagamento, o di prescrizione, o di compensazione, o di una riconvenzionale compensativa *et similia* (cfr. A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 e ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pp. 392 ss.; E. GARBAGNATI, *Procedimento sommario di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pp. 200 ss.). La giurisprudenza di legittimità, dopo aver seguito un'interpretazione più estensiva comprendente l'*an debeatur* (Cass., 21 febbraio 1948, n. 273; Cass., Sez. Un., 28 ottobre 1966, n. 2688, in *Giust. civ.*, 1967, I, pp. 18 ss.; Cass., Sez. Un., 8 gennaio 1966, n. 152, in *Foro it.*, 1966, I, cc. 1312 ss.), aveva preso a limitare l'oggetto del procedimento al solo *quantum* (*in multis*, Cass., 4 giugno 2010, n. 13640). Entrato in vigore il d.lg. n. 150/2011, la giurisprudenza di legittimità ha inizialmente confermato l'orientamento consolidato nella vigenza della precedente normativa (v. ad es. Cass. 5 ottobre 2015, n. 19873), conformemente a parte della dottrina (cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *Il foro del consumatore e il procedimento per la liquidazione degli onorari di avvocato*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 690 s.; R. VACCARELLA, A. BRIGUGLIO, *I riti utilizzabili per richiedere giudizialmente la liquidazione del compenso dell'avvocato*, in *Judicium online*, 2017; contra R. TISCINI, *Liquidazione del compenso degli avvocati e «semplificazione» dei riti (art. 14 d.lg. n. 150/2011)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 523 ss.). La svolta si è però poi avuta con Cass., 29 febbraio 2016, n. 4002, Cass. 15 febbraio 2017, n. 3993 e Cass., 17 maggio 2017, n. 12411, quindi con Cass., Sez. Un., 23 marzo 2018, n. 4485, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 723 ss., con nota di A. MINISALE, *La tutela del credito professionale dell'avvocato: la decisione delle sezioni unite*; in *Giur. it.*, 2018, pp. 1621 ss., con nota critica di A. CARRATTA, *Il rito sugli onorari dell'avvocato e un revirement delle Sezioni unite che non convince*; in *Riv. dir. proc.*, 2018, pp. 1666 ss., con nota critica di G. PARISI, *Liquidazione del compenso degli avvocati e ambito applicativo del procedimento sommario «speciale»*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 969 ss., con nota di E. ITALIA, *Tutela del compenso dell'avvocato: l'esclusività del sommario «adattato»*; e di M. TERESI, *L'obbligatorietà del rito per (l'accertamento e) la liquidazione delle competenze dell'avvocato*, *ibid.*, pp. 1508 ss.) che ha stabilito che le controversie per la liquidazione degli onorari e dei diritti dell'avvocato devono essere trattate con le regole procedurali indicate dall'art. 14 d.lg. n. 150/2011 anche nell'ipotesi in cui la domanda riguardi l'*an* della pretesa, senza possibilità per il giudice adito di trasformare il rito sommario in rito ordinario o di dichiarare l'inammissibilità della domanda. In particolare, le Sezioni unite valorizzano la novità normativa introdotta con l'art. 14 cit., che espressamente

inammissibili tendenzialmente con l'adozione del modello a trattazione orale di cui all'art. 281 *sexies*, destinato a diventare la regola per qualsiasi pronuncia di inammissibilità dell'appello, in forza dei novellati artt. 348-*bis* e 350 c.p.c.

È plausibile che in queste ipotesi il compito di scrematura in entrata da parte dell'UpP possa rivelarsi decisivo, nell'individuazione dell'impugnazione caratterizzata da "serialità" («ricostruzione del contesto normativo riferibile alle fattispecie proposte») e destinata alla definizione in rito («predisposizione di bozze di provvedimenti»). Ancora, l'UpP potrebbe al riguardo offrire un valido «supporto per indirizzi giurisprudenziali sezionali», in considerazione dell'omogeneità dell'orientamento espresso dall'Ufficio circa l'inammissibilità dell'appello nei casi in discorso.

Ugualmente può dirsi con riguardo alle ipotesi di inammissibilità *ex art. 15 d.lg. n. 150* ora citato, meno numerose delle prime, ma altrettanto agevolmente individuabili in ingresso.

Quanto alle pronunce di inammissibilità per tardività dell'appello, proposto oltre il termine breve o lungo, si distinguono ipotesi di semplice e quasi immediata individuazione (errore nel calcolo dei termini da parte dell'impugnante, ad es. per aver considerato il beneficio della sospensione feriale in casi in cui esso non è applicabile; o per non aver considerato che nella fattispecie si applicavano i termini di cui all'art. 702 *quater* c.p.c. anziché quelli ordinari, etc.⁶⁰); da altre di più complessa indagine. Ciò accade ad es. quando la tardività dell'impugnazione è svelata dalla mancanza di (tempestive) iniziative dell'appellante volte a superare l'esito negativo del primo tentativo di notifica dell'appello al o ai destinatari⁶¹: trattasi all'evidenza

amplia il proprio ambito di applicazione: tale rito infatti non si applica solo alle controversie di cui all'art. 28 *succit.* (che in base al tenore letterale potrebbero ritenersi limitate alla liquidazione) ma anche alla "opposizione proposta a norma dell'art. 645 del codice di procedura civile contro il decreto ingiuntivo riguardante onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali" dove è omissivo qualsiasi riferimento al concetto di "liquidazione". In ciò le Sezioni unite ravvisano l'ulteriore conferma che l'oggetto del procedimento di cui al cit. art. 14 possa essere esteso anche all'*an debeat*.

⁶⁰Talora la tardività dell'impugnazione si spiega per non avere l'appellante rispettato il c.d. principio di ultrattività del rito, per il quale la valutazione sulla tempestività della impugnazione deve essere effettuata secondo le forme processuali in concreto adottate dal giudice di prime cure, anche se errate (v. da ultimo Cass., 26 maggio 2020, n. 9704; Cass., 6 novembre 2019, n. 28519; Cass., 23 agosto 2019, n. 21632). Nei provvedimenti esaminati si rinviene una serialità con riguardo a opposizioni a ordinanze-ingiunzioni erroneamente proposte *ex abrogato art. 23 l. 24 novembre 1981, n. 689*, anziché secondo il rito del lavoro, *ex art. 6 d.lg. 1° settembre 2011 n. 150*, definite con sentenze impugnate poi con ricorso (non notificato tempestivamente) anziché con citazione a udienza fissa. Ancora, sono diverse le ipotesi di appelli proposti con citazione, e/o oltre il termine di decadenza di cui all'art. 702-*quater* c.p.c., contro ordinanze rese *ex art. 702-ter* c.p.c. In altri casi è stata erroneamente calcolata dell'appellante, nel computo del termine breve o lungo per l'impugnazione, la sospensione feriale in materie in cui invece la medesima è esclusa (sentenze rese a definizione dei giudizi di opposizione esecutive). Nelle ipotesi connotate da questi tipi di "serialità", il Collegio ha adottato il modello decisorio a discussione orale *ex art. 281-sexies* c.p.c.

⁶¹In Corte di appello è stato diverse volte applicato il principio espresso da Cass. 20 dicembre 2021, n. 40758, per il quale «In caso di notificazione a mezzo PEC del ricorso per cassazione non andata a buon fine, ancorché per causa imputabile al destinatario (nella specie per "casella piena"), ove concorra una specifica elezione di domicilio fisico – eventualmente in associazione al domicilio digitale – il notificante ha il più composito onere di riprendere idoneamente il procedimento notificatorio presso il domiciliatario fisico eletto in un tempo adeguatamente contenuto, non potendosi, invece, ritenere la notifica perfezionata in ogni caso con il primo invio telematico».

di fattispecie in cui l'UpP può limitarsi a segnalare un problema in punto di notificazione dell'atto di citazione in appello, ma solo nel prosieguo il collegio (o il Tribunale) sarà in grado di valutare se e in che modo la ripresa del procedimento notificatorio da parte dell'onerato ha preservato la tempestività dell'impugnazione.

Non a caso, i modelli decisori prescelti per la definizione in rito di questi giudizi variano tra la trattazione orale *ex art. 281 sexies* e la trattazione scritta *ex art. 190 c.p.c.*, seppure in questa seconda ipotesi non di rado con riduzione dei termini di legge e/o concessione del solo termine per il deposito della comparsa conclusionale.

Talora (sebbene di rado) l'inammissibilità discende dall'applicazione dell'art. 331 c.p.c.⁶²: anche in questo caso, non sembrano esservi margini per una scrematura in ingresso delle fattispecie assoggettate alla disciplina prevista per le cause inscindibili o dipendenti, e in ogni caso la ricorrenza della causa di inammissibilità (in seguito all'ordine di integrazione del contraddittorio) è oggetto di indagine necessariamente rimessa al decidente.

6.5. (segue) Le pronunce di improcedibilità dell'appello.

Restano da considerare le sentenze di improcedibilità.

Quanto al difetto di (tempestiva) costituzione dell'appellante rese ai sensi del co. 1° dell'art. 348 c.p.c., è stato raccolto un solo provvedimento (emanato dalla Corte di appello), reso a valle dello scambio degli scritti conclusivi di cui all'art. 190, co. 1°, c.p.c.

Senza dubbio, la mancata costituzione *tout court* dell'appellante è ipotesi di scarso impatto pratico. È da supporre che più frequenti siano le ipotesi di tardiva costituzione dell'appellante, per le quali è possibile incentivare un vaglio preliminare in ingresso da parte dell'UpP.

Presso il Tribunale sono stati rinvenuti numerosi provvedimenti di improcedibilità per diserzione dell'appellante a due udienze *ex art. 348, co. 2°, c.p.c.*⁶³. Provvedimenti tuttavia, non sentenze: l'improcedibilità è quasi sempre dichiarata all'udienza, con provvedimento del tutto deformalizzato⁶⁴. L'improcedibilità è dichiarata anche quando l'appellante non sia

⁶²Unica ipotesi in cui l'inammissibilità consegue non al difetto di requisiti di contenuto-forma dell'atto introduttivo ma alla mancata integrazione del contraddittorio nel termine perentorio fissato dal giudice (R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, cit., p. 192; R. POLI, *op. cit.*, p. 329).

⁶³In diversi casi l'ipotesi di improcedibilità per mancata partecipazione dell'appellante a due udienze consecutive, *ex art. 348 co. 2, c.p.c.*, è "confusa" con la causa di estinzione del giudizio di impugnazione dovuta alla diserzione da parte di tutte le parti di due udienze consecutive *ex artt. 181 e 309 c.p.c.* Il dato emerso dall'analisi dei provvedimenti di improcedibilità raccolti presso il Tribunale è che a prescindere dal fatto che la diserzione dell'udienza sia unilaterale o bilaterale, iniziale o successiva, i giudizi sono definiti con dichiarazione di improcedibilità, peraltro quasi mai resa in forma di sentenza.

⁶⁴Con questa espressione si intende rappresentare che mancano gli attributi formali tipici della sentenza di cui all'art. 132 c.p.c. Il provvedimento è reso in forma estremamente sintetica, a verbale, senza riferimenti al modello decisorio adottato, e dunque più conformemente a un'ordinanza che a una sentenza. Spesso alla dichiarazione di improcedibilità si accompagna la "cancellazione della causa dal ruolo" e in alcuni storici dei fascicoli la pronuncia di improcedibilità segue a "rinvii *ex art. 309 c.p.c.*". raramente la dichiarazione di improcedibilità è giustificata dalla mancata comparizione dell'appellante a due udienze consecutive, come pure esige l'art. 348 co. 2 c.p.c. Più frequentemente essa si fonda sulla diserzione di entrambe o tutte le

comparso non già alla prima udienza, come previsto dall'art. 348, co. 2°, c.p.c., ma a due udienze successive alla prima, e a prescindere dal comportamento dell'appellato (pressoché sempre assente a sua volta).

È chiaro che il comportamento dell'appellante, successivo alla sua costituzione, esula dalla sfera gestionale del contenzioso in ingresso riservata all'UpP. Piuttosto, una volta fissata l'udienza successiva a quella disertata dall'appellante, l'UpP può predisporre bozza di sentenza (o di ordinanza, se in Corte di appello è nominato l'istruttore, ex art. 348, 3° co., c.p.c.) in vista della probabile declaratoria di improcedibilità.

Da ultimo, l'improcedibilità è stata dichiarata in qualche sporadico caso per il difetto di esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione⁶⁵, ordinato dalla Corte d'appello ex art. 5, comma 2, d.lg. 4 marzo 2010 n. 28 applicabile *ratione temporis*⁶⁶).

parti costituite. Non si sono riscontrati casi di improcedibilità per mancata costituzione dell'appellante. La Corte di cassazione ha di recente ribadito che la pronuncia dell'improcedibilità, inammissibilità ed estinzione dell'appello «ha natura formale di sentenza, [...] con l'ulteriore conseguenza che, per il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, allorché tali provvedimenti siano stati erroneamente assunti con ordinanza, essi sono comunque soggetti alla disciplina della sentenza per quanto riguarda sia il regime delle impugnazioni (onde l'ammissibilità del ricorso per cassazione), sia i requisiti formali di validità (che sono quelli di cui all'art. 132 c.p.c. e, in particolare, [per quanto concerne i provvedimenti che definiscono gli appelli proposti avverso le sentenze emanate dal Tribunale, n.d.r.] la sottoscrizione sia del presidente che del giudice estensore)» (Cass. 4 novembre 2021, n. 31635; Cass., 29 novembre 2021, n. 37143).

⁶⁵Nei due casi esaminati, era stata appellata la sentenza resa a definizione di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo emanato in controversia avente ad oggetto contratti bancari (com'è noto, allora come oggi la mediazione non è condizione di procedibilità, pur nelle materie in cui essa è obbligatoria, nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione).

⁶⁶Il co. 2, prima parte, dell'art. 5 menzionato nel testo (poi modificato dal d.lg. n. 149/2022) disponeva: «Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello». Sull'ambiguità della formula qui impiegata dal legislatore (l'improcedibilità riguarda la domanda proposta in prime cure o l'appello?) v. M. BOVE, *Mediazione disposta dal giudice di secondo grado e improcedibilità dell'appello*, in *Le Società* 2017, pp. 348 s., il quale propende per l'improcedibilità dell'appello, con stabilizzazione della sentenza di primo grado; così pure A. PIZZELLA, *La mediazione disposta dal giudice d'appello e le conseguenze della non compliance delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 1307 ss.; contra G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1288. Nelle sentenze trasmesse dalla Corte di appello di Napoli di cui si discorre nel testo, pronunciate dopo la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. (in un caso, ridotti), si legge che «ad avviso del Collegio, in tale sede la domanda proposta è quella di impugnazione della sentenza di prime cure per cui l'onere che condiziona la medesima domanda non può non gravare sulla parte che agisce e, quindi, sulla parte appellante (principale e incidentale). Invero, il mancato esperimento mediazione in seguito all'ordine del giudice integra, comunque, una forma di inattività, sanzionata con la improcedibilità, alla stessa stregua di quanto avviene nell'ipotesi di cui all'art. 348 c.p.c.». Orbene, il neo introdotto art. 5 *quater* del d.lg. n. 28/2010 dispone oggi: «1. Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. // 2. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6. // 3. All'udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale». Nonostante (o proprio a causa de) la persistente ambiguità espressiva del legislatore e l'introduzione della disposizione di cui

La decisione di demandare le parti in mediazione è discrezionalmente riservata al giudice (per quanto qui rileva) d'appello, così come pure la valutazione circa l'(in)ottemperanza all'ordine: l'UpP può allora opportunamente segnalare in entrata l'appartenenza della controversia al novero delle materie assoggettate a mediazione obbligatoria ex art. 5, co. 1, d.lg. n. 28/2010, ed eventualmente predisporre bozze di sentenze (o, per quanto detto dinanzi, di ordinanze) di improcedibilità dell'appello ex art. 5 *quater* d.lg. cit.

Paola Chiara Ruggieri

Associata dell'Università Telematica «Pegaso»

Già assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

al co. 3 appena riportato, si ritiene che anche alla luce della riforma, nell'ipotesi di mancato esperimento del tentativo di mediazione ordinato in appello debba essere dichiarata l'improcedibilità dell'impugnazione e non della domanda proposta in prime cure (v. A. PIZZELLA, *Riforma Cartabia e mediazione in appello*, in questa *Rivista*, n. 2/2023, pp. 388 s.)



ALBERTO MATTIA SERAFIN

Il «precedente» nel diritto italo-europeo e l'ausilio della *corpus-assisted legal linguistics* nella costruzione discorsiva della decisione

Il saggio indaga il tema del «precedente giudiziale» alla luce degli approdi ai quali è pervenuta una corrente gius-filosofica tedesca, denominata «Structuring Legal Theory», anche con riferimento ai risvolti linguistici e semantici condensati nella c.d. «Corpus-Assisted Legal Linguistics».

The essay is focused on the issue of «judicial precedent» in light of the conclusions reached by a German legal-philosophical current, called "Structuring Legal Theory", also with reference to the linguistic and semantic implications condensed in the so-called «Corpus-Assisted Legal Linguistics».

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'influenza culturale della «Structuring Legal Theory». – 3. Il ruolo del «precedente». – 4. L'apporto della linguistica e la «Corpus-Assisted Legal Linguistics».

1. Introduzione

Il presente contributo muove dalla premessa general-teoretica, solo apparentemente stipulativa, stante in ciò, che nessun problema giuridico si presta ad essere rettammente indagato, pretermettendo l'adesione – consapevole ed esplicita – ad un'impostazione «scolastica» di fondo.

Tale chiave di lettura si risolve – per «scelta» (si badi, non volontaria, ma imposta dalla legalità costituzionale, oltreché europea: arg. ex artt. 54, 101, 117 cost.¹) – nella presa d'atto sequenziale: (i) dell'esistenza, accanto alla «legge», di fonti di rango superiore, peraltro non di rado incorporanti precetti, che non soddisfano logiche ipotetiche («se A, allora B»); (ii) dell'ineludibile attitudine di tale policentrismo normativo ad ottundere il paradigma normativo di stampo condizionale, dacché tanto la componente protasica («fatto») della fattispecie, quanto quella apodosica («effetto»), si mostrano oramai refrattarie a lasciarsi qualificare da fonte univoca; (iii) della potenziale illimitatezza di soluzioni scaturente dal concorso di tali fonti nella valutazione (tanto fattuale, quanto effettuale) del caso concreto e della conseguente accentuazione – salva la serialità – di una sua tendenziale irripetibilità; (iv) della dilatazione (non già del vituperato arbitrio, bensì) della «responsabilità» dell'operatore giuridico, chiamato a dare giustificazione – mercé la motivazione – della scelta dei dispositivi normativi coinvolti, nonché delle relative varianti combinatorie (non più «testuali», ma «inter-

¹ Su questo ampio tema, v. da ultimo il *magnum opus*, nel quale si articola il contributo di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., Napoli, 2020, voll. I-V.

testuali»); ed infine (v) dell'esigenza, in tal contesto, di ripensare integralmente il problema del «precedente».

A quest'ultimo profilo, sono precipuamente dedicate le seguenti brevi riflessioni.

2. L'influenza culturale della «Structuring Legal Theory»

Da un punto di vista costruttivo (che, cioè, non si limiti a denunciare la rassegnata «crisi della fattispecie»², ma che, pur non negandola, assuma questa quale punto di partenza d'una nuova prospettiva euristica), l'invocazione della *auctoritas rerum similiter iudicatarum* costringe a rimeditare i termini di un tale giudizio di «somialianza».

A tal fine, ci si avvarrà degli esiti ricostruttivi raggiunti dalla corrente – fra le più innovative della gius-filosofica tedesca contemporanea³ – facente capo al Prof. Friedrich Müller: la c.d. «Structuring legal theory» (d'ora in avanti, «SLT»)⁴.

Si tratta di un orientamento «post-positivista», il quale mira ad evidenziare – con il supporto della linguistica (cfr. *infra*, § 3) – come il contenuto d'una norma non possa essere desunto semplicemente dagli *statute*, cosicché la «normatività» non rappresenterebbe più una caratteristica «sostantiva» dei testi codificati, ma un processo fattuale costantemente in atto. L'interrogativo «what really and in actual fact happens when judicial decisions are made?» non può trovare risposta, ad avviso di questa corrente, solamente in quelli che vengono definiti «norm-texts».

“Court decisions – come invero si argomenta – are arrived at as a result of textual engagement with enacted law-texts (this is genetic concretization that draws on expressions deriving from the precedence of statute law) as well as with texts from textbooks, commentaries and monographic research (these are the dogmatic and theoretical elements of the concretization) and finally with material from precedents and international comparative law”⁵.

Questa linea teorica ha avuto sviluppi particolarmente significativi nell'ambito degli studi di semantica. In particolare, uno dei suoi più autorevoli rappresentanti, il Prof. Dietrich Busse,

² Chiara l'allusione a N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 38 ss., ora in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 19 ss., e *Id.*, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 36 ss., ora in *Id.*, *Un diritto*, cit., p. 33 ss., ai quali si può aggiungere – da ultimo – *Id.*, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, p. 147 ss.

³ Un quadro complessivo è in M. KLATT, *Contemporary Legal Philosophy in Germany*, in *ARSP*, 2007, p. 519 ss., spec. 526 ss.

⁴ Cfr. F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of “Structuring Legal Theory”*, in *Stellenbosch Law Review*, 2020, p. 426 ss. Il pensiero dell'A. può essere approfondito consultando altresì *Id.*, *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlino, 1989; *Id.*, *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª ed., Berlino, 1994; *Id.*, *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts. Neue Aufsätze (1995- 1997)*, Berlino, 1997; *Id.*, *Basic Questions of Constitutional Concretization*, in *Rutgers Law Journal*, 2000, p. 325 ss.

⁵ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 427.

muove dall'assunto che la *Auslegung* non può che involgere – anche da un punto di vista etimologico – la dimensione della «esplicazione» e della «interpretazione» dei «law-text»⁶.

In particolare, il concetto di «applicazione» del diritto – carnapiamente inteso come «estensione» della stesso – si connoterebbe per un'intrinseca carica «duale»: da un lato, v'è il «testo»; dall'altro, la «situation of everyday life», alla quale il testo stesso (ovvero una sua parte) «[...] can be applied»⁷.

In tale contesto, il classico approccio semantico di tipo «lessicale» (c.d. «check-list semantics») si mostrerebbe del tutto inadeguato, in quanto solo la teoria dei «frames» – o «schemata» o «scripts», elaborata e sviluppata da Charles Fillmore – sarebbe idonea a spiegare compiutamente l'attuale funzionamento dell'esperienza giuridica⁸.

Quando, ad esempio, si usano parole quali «buy», «sell», «pay» o «deliver», esse – a parere di Busse – non vengono intese isolatamente, ma in un contesto che, per quanto non si manifesti esplicitamente, è comunque presente nella «working memory» degli operatori⁹.

In questa direzione, l'A. è portato a sottolineare la «specificità» del «juridical working» rispetto a qualsiasi altro approccio – sia esso linguistico o filosofico – alla «semantics»¹⁰. Il «text-understanding» in campo giuridico, cioè, non sarebbe guidato solo, per così dire «epistemicamente», dalla “available encyclopedic knowledge of the recipients”, bensì anche, appunto «volizionalmente», dai loro “[...] intentions and interests”¹¹.

⁶ Così D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, in F. OLSEN, A. LORZ e D. STEIN (a cura di), *Law and Language: Theory and Society*, Düsseldorf, 2008, p. 239 ss., 239. Dello stesso A., v. anche ID., *Historische Semantik*, Stoccarda, 1987; ID., *Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik*, Opladen, 1991; ID., *Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution*, Tübinga, 1992; ID., *Juristische Semantik. Grundlagen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht*, Berlino, 1993; ID., *Bedeutungsfeststellung, Interpretation, Arbeit mit Texten? Juristische Auslegungstätigkeit in linguistischer Sicht*, in U. HAB-ZUMKEHR (a cura di), *Sprache und Recht*, Berlino-New York, 2002, p. 136 ss.; ID., *Architekturen des Wissens. Zum Verhältnis von Semantik und Epistemologie*, in E. MÜLLER (a cura di), *Begriffsgeschichte im Umbruch*, Amburgo, 2005, p. 843 ss.; ID., *Diskurslinguistik als Kontextualisierung: Methodische Kriterien. Sprachwissenschaftliche Überlegungen zur Analyse gesellschaftlichen Wissens*, in I. WARNKE (a cura di), *Diskurslinguistik. Methoden – Gegenstände – Grenzen*, Tübinga, 2006, p. 81 ss.

⁷ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 241. Le differenze fra «interpretazione» e «applicazione» sono ben chiarite – presso di noi – da R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2004, p. 13 ss., ma cfr. anche le precisazioni di P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione. Profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 26 ss.; ID., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Scuole*, cit., p. 273 ss.

⁸ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 241.

⁹ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 246.

¹⁰ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 247.

¹¹ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 247.

La conclusione di Busse, a questo riguardo, è netta: “the juridical work of interpretation therefore cannot be measured by a normal concept of language- or text-understanding”¹².

In questa prospettiva, è, dunque, il concetto stesso di «applicazione» a dover essere rivisitato. Tradizionalmente inteso, esso postula la «primazia» del testo medesimo rispetto alla sua applicazione: “first, there is the text, and then come interpretation and application”¹³. Viceversa, codesta priorità temporale e logica non si darebbe nell’argomentare giuridico, in quanto – come osserva persuasivamente Busse – “the case searches the text suitable for it”¹⁴. Dinanzi al caso, il primo *step* è dunque rappresentato dalla ricerca, da parte dell’operatore giuridico, del testo idoneo: “the ‘application’ has the priority over the ‘applied object’ (the text)”. Ma il problema qui si complica, poiché la decisione del caso non postula – come si è tentato brevemente di chiarire in premessa – la consultazione di un solo testo, bensì di una conglomerazione di “[...] text or text-parts of different origin (from the same law, from another law, from high-court decisions, from legislative materials, from the commentaries, etc.)”¹⁵.

Questo passaggio è denominato da Busse come «decision-relevant» o «decision-preparing text»: il «testo», cioè, degrada qui ad una funzione di «instrumentality», rispetto alla decisione del caso. “The text – chiosa, quindi, il nostro Autore – is not at all an instrument in act of application, but it is an instrument in the act of problem-solving or decision-making”¹⁶.

Il problema linguistico – in tale frangente – è almeno apparentemente destinato a recedere, in quanto gli operatori del diritto si caratterizzerebbero, a voler usare il linguaggio degli studiosi dei fenomeni c.dd. conversazionali, per un alto «degree of preparedness», ove le parole s’inseriscono in una sfera epistemica di «frames» pre-attivati (c.d. «orizzonte»). Le parole stesse, allora, fungono da meri «pointers», ai quali è propria l’attitudine di selezionare e, quindi, focalizzare le parti d’un discorso dotato di significato, nel quale tuttavia gran parte del processo significativo è, appunto, svolto dai «frames».

Una plastica riprova di ciò è rintracciata dal Busse nelle pagine di un commentario ad un articolo non poco controverso: il § 242 dello *Strafgesetzbuch* (“StGB”), come noto incriminante il furto. Tali glosse – sviluppate in oltre ottanta capitoli – contengono il riferimento ad oltre mille altri testi giuridici (tra i quali ben trecentocinquanta decisioni giudiziarie), sicché il “significato” di codesta norma non può che compiutamente svelarsi in una complessa rete di relazioni «inter-testuali» o «epistemiche».

Solo questo complesso groviglio di rimandi – di «semantic ramifications», com’egli elegantemente le definisce – sarebbe quindi in grado di determinare il «meaning» di quel paragrafo.

¹² D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 248.

¹³ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 248.

¹⁴ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 248.

¹⁵ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 249.

¹⁶ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 249.

È ovvio, allora, che, se si volesse scientificizzare il fenomeno, non si potrebbe parlare più di «word-meaning», e neppure di «sentence-meaning», ma di «frame» o, meglio, di «frame-web» (concetto, questo, che va affermandosi anche nella semantica cognitiva)¹⁷.

In questo contesto – per quel che ora più interessa – il «processo» non potrebbe essere descritto come “beginning with the law text and leading to the case”, ma – all’esatto opposto – come “beginning with the case and leading to the law text (or better: law texts)”¹⁸.

Il ruolo dello strumento linguistico – come opportunamente evidenziato da uno dei più recenti epigoni della SLT – non è più, conseguentemente, solo quello di fungere da *medium* per «condividere» e «negoziare» norme, ma anche quello, che rileva massime in uno stato costituzionale, di trasformare la forza brutta dei conflitti sociali in una «semantic struggle», dalla quale a uscire vittorioso è solo chi si provi di trovare meritevoli e più persuasivi argomenti¹⁹.

3. Il ruolo del «precedente»

Le considerazioni di cui sopra ci sembrano propedeutiche ad una radicale rivisitazione del ruolo del «precedente giudiziale»²⁰.

¹⁷ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 252.

¹⁸ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 254.

¹⁹ F. VOGEL, *Calculating legal meanings, Drawbacks and Opportunities of Corpus-Assisted Legal Linguistics to Make the Law (More) Explicit*, in J. GILTROW e D. STEIN (a cura di), *The Pragmatic Turn in Law. Inference and Interpretation in Legal Discourse*, Berlino-Boston, 2017, p. 287 ss.

²⁰ Nella nostra letteratura, abbiamo consultato al riguardo G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.* Treccani, XXIII, 1990, p. 1 ss.; U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIV, Torino, 1996, p. 148 ss.; F. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 1 ss.; Id., *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, *ivi*, 2017, p. 77 ss.; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, c. 279 ss.; Id., *Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, p. 533 ss.; Id., *Nomofilachia e “diritto vivente” nell’esercizio della giurisdizione*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Milano, 2014, p. 601 ss., ora in Id., *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, p. 331 ss., da cui si citerà; Id., *Il precedente nella giurisprudenza*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti*, Bologna, 2018, p. 89 ss., ora in Id., *Magistratura*, cit., p. 349 ss., da cui parimenti si citerà; M. ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 812 ss.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 6 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, c. 305 ss.; Id., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 364 ss.; N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1539 ss.; G. ALPA, *La regola del precedente e i suoi “falsi amici”*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1073 ss.; S. SICA, *Il valore del precedente: attuale dimensione del diritto “vivente”*, in *Federalismi*, 2018, p. 1 ss.; G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1443 ss.; A. VALITUTTI, *Precedente giudiziale e argomento «ex auctoritate»*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 494 ss.; M. ESPOSITO, *Lo stare decisis al vaglio dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1007 ss.; E. CALZOLAIO, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra civil law e common law*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1447 ss.; A.A. CARRABBA, *Ragione e invenzione. Il ruolo degli operatori giuridici e in ispecie del notaio*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 66 ss., spec. 76 ss. Da ultimo, un’ottima e recente ricostruzione storica è in U. PETRONIO, *Il precedente negli ordinamenti continentali di antico regime*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 949 ss.; per sviluppi evolutivi, non meno significativi, infine, G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 277 ss., spec. 288 ss.

Per la SLT, infatti, il «pre-cedente» (*Präjudiz*) non può essere inteso solo da un punto di vista «cronologico», ossia come caso, che, appunto, ne «pre-cede» un altro; esso è – o, forse, rischia di diventare – anche «pre-giudizio» (*Vor-Judiz*), «pre-decisione» (*Vor-Entscheidung*) o «pre-cetto» (*Vorschrift*).

Senonché, mentre nel mondo di *common law*, esso sarebbe davvero positiva «pre-condizione» (*Vorbedingung*) per la «giustizia» della successiva decisione, nei sistemi di *civil law*, viceversa, il «pre-cedente» non dovrebbe «pre-decidere» alcunché: “such a decision – scrive sempre Müller – may be interesting, may ease my argumentative burden, may reassure me and may even induce me to disagree or give a dissenting judgement”, ma “[...] an earlier judgement can [...] not bind me or tell me what, in terms of the code, is ‘right or wrong’, ‘legal or illegal’”²¹.

La situazione, che s’impone all’operatore del diritto, il quale intenda «discostarsi» dal precedente – per quanto “impressive and/or eminent” esso sia – è correttamente qualificata da Müller in termini di «dovere»²².

²¹ F. MÜLLER, *Observation on the Role of Precedent*, cit., pp. 427-428. Ora, sebbene la distinzione tra le due esperienze giuridiche sia, proprio nel contesto del «precedente», divenuta oramai classica (v., esemplarmente, U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario*, cit., p. 148), essa non merita tuttavia d’essere esasperata. Invero, fra le convergenze «inter-sistemologiche» tra i due «mondi» giuridici deve segnalarsi, anzitutto, la «statutorification» del diritto consuetudinario, per usare la celebre dizione di G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982, p. 1 ss., 1. Il che, peraltro, secondo una tendenza già precocemente segnalata da E. BRUNCKEN, *The Common Law and Statutes*, in *The Yale Law Journal*, 1920, p. 516 ss., ma specialmente – eppure sempre in tono critico – da S. WILLISTON, *Written and Unwritten Law*, in *American Bar Association Journal*, 1931, p. 39 ss., e quindi da F.H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at Codification*, in *Inter American Law Review*, 1960, p. 1 ss. Per altro e opposto verso, va evidenziata la «giurisprudenzializzazione» del diritto scritto: da noi, cfr. i saggi raccolti in S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, nonché quelli che si leggono in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, sebbene una diversa impostazione possa invece al riguardo trovarsi in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L’«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I e II, Napoli, 2012, 2021.

Sul fenomeno della «convergence», v. da ultimo il saggio di J. LYN ENTRIKIN, *The Death of Common Law*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2019, p. 351 ss., spec. 445 ss., ma anche già M.N. MARCHENKO, *Convergence of Romano-Germanic and Anglo-Saxon Law*, in *Journal of Comparative Law*, 2010, p. 211 ss.; J.L. FRIESEN, *When Common Law Courts Interpret Civil Codes*, in *The Wisconsin International Law Journal*, 1996, p. 1 ss., spec. 8 ss.; R.F. UTTER e D.C. LUNDGAARD, *Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some Thoughts from a Comparative Perspective*, in *Ohio State Law Journal*, 1993, p. 559 ss. Da noi, v. invece U. MATTEI e L. PES, *Civil Law e Common Law. Verso una convergenza?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p. 183 ss.; M. LUPOI, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, in *Foro it.*, 1993, c. 431 ss., spec. 439 ss. Dei lavori già da noi citati, spunti su ciò si trovano infine in G. ALPA, *La regola del precedente*, cit., p. 1074 ss.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., pp. 7, nt. 3; 8, nt. 4; E. CALZOLAIO, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa*, cit., p. 1449 ss.; M. ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta*, cit., p. 816 ss.; R. RORDORF, *Nomofilachia e “diritto vivente”*, cit., p. 337 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto*, cit., p. 369 ss.; G. ZACCARIA, *Figure del giudicare*, cit., p. 287 ss.

²² F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 428. *Contra*, G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, cit., p. 4, che argomenta l’opposta dagli artt. 65 ord. giur. e 111 Cost. La tesi di Müller, a nostro giudizio, va intesa nella sua valenza «retorica»: com’è chiaro che non si dà alcuna «situazione giuridica soggettiva», almeno tecnicamente intesa, in capo all’«interprete», dovrebbe dirsi altrettanto evidente come questa, ove anche configurata nei termini del «dovere», verrebbe piuttosto a tradursi, in chiave «positiva», nell’osservanza del «principio di legalità» (v. anche *infra* nel testo), e non invece –

Il quale troverebbe fondamento non solo nel «principio» di separazione dei poteri²³, ma nello stesso art. 97(1) del *Grundgesetz*, secondo cui “Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen”.

D'altra parte, come chiarito dalla Corte Costituzionale tedesca, “judges are independent and subject only to the law (article 97(1) of the Basic Law). A court, therefore, in the interpretation and application of norms, needs not adhere to a prevailing opinion. It is even then not precluded from upholding its own interpretation of the law and from basing its decision upon it when all the other courts – including those of a higher instance – espouse an opposite point of view. By reason of the independence of judges, the administration of justice is constitutionally inconsistent”²⁴.

Ora, questa soluzione strettamente «positivistica», che milita verso l'annichilimento dell'*argumentum ab auctoritate*²⁵, appare a tutta prima persuasiva. Chiaro e incontestabile, infatti, è il nesso tra il precedente e quel «principio di legalità», che vede – da noi, come in Germania – i giudici “soggetti soltanto alla legge” (giusta l'art. 101, comma 2, Cost.²⁶) o, ancora

come appunto fa, a fini enfatici, l'A. – nel rifiuto, di stampo «negativo», di «discostarsi», e cioè di «non conformarsi» al precedente. Sottolinea, in proposito, G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia*, cit., p. 1445, che invero ad essere sanzionata non è propriamente la “violazione del precedente”, bensì la “violazione di legge”.

²³ Lo richiamano in questo ambito anche G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., pp. 7-8 e M. ESPOSITO, *Lo stare decisis al vaglio dei principi costituzionali*, cit., p. 1022, ma in senso critico v. invece S. SICA, *Il valore del precedente*, cit., p. 6. Non è certo questa la sede per affrontare un tema così complesso, ma a noi pare che il richiamo al principio di «tripartizione» dei poteri non sia in tale contesto del tutto pertinente, quanto meno ove si identifichi il «legislatore» con la «legge», dacché è chiaro come l'interprete, che per comodità individueremo nel «giudice», non deve far capo – come più volte s'è detto – alla sola «legge», ma anche alle «fonti» a questa sovra-ordinate; né pare casuale come si tenda a intravedere in queste ultime un che di «obiettivo», sganciato cioè da concezioni «vetero-soggettivistiche», salvo a voler far capo, ad esempio, al «legislatore costituzionale».

²⁴ 87 BverfGE 273 278.

²⁵ Vi si sofferma G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, cit., p. 2.

²⁶ Non casualmente richiamato anche da R. RORDORF in *Stare decisis*, cit., c. 280 e in *Nomofilachia e “diritto vivente”*, cit., p. 339, ove si aggiunge, peraltro, un pertinente riferimento all'art. 111, comma 1, Cost., lì dove – di nuovo, per così dire «oggettivamente» – non solo vuole che il «giudice» sia soggetto alla «legge», ma anche che il (giusto) «processo» sia regolato da quella (v. anche F. GALGANO, *Stare decisis*, cit., p. 3, il quale ricorda il paventato contrasto tra quella disposizione e l'art. 65 ord. giur.). In giurisprudenza, milita in questa direzione la Cass., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, c. 3343 ss., con nota di R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*; in *Corr. giur.*, 2011, p. 1392 ss., con nota di F. CAVALLA, C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*; in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1072 ss., con nota di M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, della quale conviene riportare questo eloquente passaggio: “nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101 Cost., comma 2), ‘soggetti alla legge’” [...] “il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima; ma sono soggetti anche alle legge ‘soltanto’, il che, a sua volta, realizza la garanzia della indipendenza funzionale del giudice, nel senso che, nel momento dell'applicazione, e della previa interpretazione, a lui demandata, della legge, è fatto divieto a qualsiasi altro soggetto od autorità di interferire, in alcun modo, nella decisione del caso concreto” (corsivo aggiunto). Opportunamente

meglio, come annunciato a chiusura del precedente § 1, al “diritto”²⁷; come d’altronde confermato da quella risalente pronunzia della Consulta, che ebbe a dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 65 ord. giur. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12)²⁸. Senonché, non è raro imbattersi in chi tacci di «astrazione-astrettezza»²⁹ (ovviamente nel senso più deterioro di codesti termini) una tale ricostruzione, perché – si dice – risulterebbe così minata la «prevedibilità» delle decisioni, e conseguentemente la «certezza» del diritto, di cui la prima sarebbe espressione; non si asseconderebbe, poi, il «senso comune», inteso anche come «con-divisione» della decisione; si tarperebbe, infine, il diritto «vivente», preferendogli una pedante adesione a quello «vigente»³⁰.

Ebbene, anche a voler soprassedere ai dubbi – peraltro non poco consistenti – in ordine all’opportunità di conservare tali concetti, per lo meno nel senso in cui la tradizione «logico-sussuntiva» ce li ha consegnati, non si può sottacere come da questo dialogo sia poi scaturito un effetto alquanto singolare e, per certi versi, addirittura paradossale.

La premessa, al riguardo, è nota: il «positivista» imputava al «sociologo» di distaccarsi dallo *ius positum* e, quindi, dal principio di legalità, aderendo per tal via alla decisione *dei più*, che, come noto, non sempre, o probabilmente quasi mai, è la migliore; il «sociologo», viceversa,

si soffermano su questa sentenza, anche A.A. CARRABBA, *Ragione e invenzione*, cit., p. 78 ss. ed E. CALZOLAIO, *Il ruolo della giurisprudenza*, cit., p. 1458 ss.

²⁷ Per riprendere il titolo della monografia di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

²⁸ È la Corte cost., 16 dicembre 1968, n. 134, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2249 ss., con nota di V. ANDRIOLI, *Quis super mediolani praetorem?*, che può leggersi anche in *Id.*, *Cinquant’anni di dialoghi con la giurisprudenza*, I, Milano, 2007, p. 292 ss. Ne torna qui d’assoluto proposito il passo – citato anche da R. RORDORF, *Il precedente*, cit., p. 356 – ove s’afferma: “non può essere avallata la supposizione che un organo giurisdizionale, anche quando gli vengano sottoposti validi argomenti in senso contrario, tenga fermo un suo precedente punto di vista solo per non distaccarsi dai precedenti”. Ma è da vedere – relatore sempre M. FRAGALI – anche la Corte cost., 2 aprile 1970, n. 50, in *Giur. cost.*, 1970, p. 561 ss., con nota di A. D’ATENA, *La libertà interpretativa del giudice e l’intangibilità del «punto di diritto» enucleato dalla Cassazione*, riguardante l’art. 546, comma 1, c.p.p., nonché l’art. 384, comma 1, c.p.c., parimenti salvato dalla censura di contrasto con l’art. 101, comma 2, Cost.

Sulle origini della formula di cui all’art. 65 ord. giur., s’è recentemente soffermato G. SCARSELLI, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 355 ss., 361 ss., il quale evidenzia come le precedenti leggi d’ordinamento giudiziario – quelle, cioè, risalenti al 1865 e al 1923 – facessero parola della sola «osservanza della legge», là dove nel 1941 s’aggiunsero le dizioni «uniforme interpretazione» e, soprattutto, «unità del diritto oggettivo nazionale».

²⁹ Dell’una e dell’altra discorre R. RORDORF rispettivamente in *Lo studio del precedente giudiziario*, cit., p. 534 e in *Stare decisis*, cit., c. 280.

³⁰ In vario senso, proprio R. RORDORF, *Stare decisis*, cit., c. 280 ss. e *Id.*, *Nomofilachia e “diritto vivente”*, cit., p. 336 ss. Sulla «prevedibilità», v. l’interessante saggio di J. WALDRON, *Stare decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, 2012, p. 1 ss., spec. 9 ss., ove si mette in luce come in realtà essa presupponga che: (i) “legal practice and legal decisionmaking should be such as to give rise to expectations”; e che (ii) “these expectations should, by and large, be respected by other legal decisionmakers”. Da noi vi si soffermano – in questo contesto – A. RICCIO, *La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 825 ss., 827 e, da ultimo, R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in *Federalismi*, 2019, p. 1 ss., spec. 10, lì dove osserva che “quanto ai precedenti, con una giurisprudenza sempre più al centro della scena giuridica il bene della calcolabilità non può essere soddisfatto senza una adeguata valorizzazione degli stessi e della relativa forza di orientamento”.

gli condannava – in nome d'un «primato della prassi»³¹ – il suo essere oltremodo avvinto a quel «vincolo di positività»³², che rendeva la sua soluzione forse ligia alla *littera*, ma (almeno potenzialmente) ingiusta.

Fra i due litiganti (se così si può dire), è da ultimo intervenuto il legislatore, che – con gli artt. 348-ter e spec. 360-bis c.p.c.³³ – ha, da un lato, «positivizzato» il rimprovero del «sociologo» e, dall'altro, «sociologizzato» il pre-vigente «diritto positivo».

Non è questa la sede per rimeditare tali novelle, ma quel che è certo è che non può sottacersi la continuità metodologica fra ciò che si pensi in ordine al ruolo (per così dire «processuale») del pre-cedente, e quanto invece si abbia a ritenere con riguardo alla funzione (che per semplicità avremo invece a dire «sostanziale») connaturata al diritto in quanto tale.

Ora, il Prof. Galgano ha colto – con la consueta puntualità – un versante del problema, rimarcando una prossimità fra «dichiaratività» dell'interpretazione e regola dello *stare decisis*³⁴, perché quest'ultima evidentemente sottintende la riducibilità del «caso» entro lo schema ordinante della fattispecie.

Il punto può essere agevolmente dimostrato, estendendo la tavola del dibattito ad altri Autori. «La tipizzabilità o tipizzazione dei casi – già scriveva Gino Gorla³⁵ – costituisce la base del precedente giudiziale». «Il fatto – ha detto, più di recente, Natalino Irti³⁶ – si converte in caso; il caso permette al giudice di volgere lo sguardo al passato, e di individuare i «precedenti»»: questi ultimi, invero, “[...] sono fatti, identici o simili, «ordinati» secondo il medesimo *jus*: fatti, a cui il giudice anteriore ha applicato lo stesso criterio classificatorio”. «Invocare un principio di diritto – ha infine soggiunto, in termini ancora più espliciti, Renato Rordorf³⁷ – per decidere un determinato caso implica che se ne verifichi in concreto l'applicabilità, adoperando un metodo deduttivo (di sussunzione del caso alla preesistente regola giuridica insita nel principio di diritto)”.

³¹ In direzione critica, P. PERLINGIERI, *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 956 ss., ora in Id., *Scuole*, cit., p. 213 ss., da cui si cita, spec. 217, ove si osserva come, per tal modo, si venga a distorcere l'autorevole insegnamento, secondo cui il diritto è – anzitutto – «scienza pratica»: chiara, qui, l'allusione a S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 49 ss.

³² Felici notazioni in N. IRTI, *Sulla “positività ermeneutica” (per Vincenzo Scalisi)*, in *Jus civile*, 2017, p. 123 ss.

³³ Secondo R. RORDORF, *Lo studio del precedente giudiziario*, cit., p. 535, “il legislatore ha inteso anche in tempi recenti rafforzare il valore del precedente”, mercé l'introduzione degli artt. 360-bis, 374, comma 3, e 384, comma 1, c.p.c. (v. anche Id., *Il precedente*, cit., pp. 352-353 e Id., *Nomofilachia e “diritto vivente”*, cit., p. 343, ove invero si parla di “testimonianze incontrovertibili”). Si soffermano su queste novelle anche G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente*, cit., cc. 307-308; Id., *Nomofilachia e diritto*, cit., p. 365; N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità*, cit., p. 1540; A. VALITUTTI, *Precedente giudiziale*, cit., pp. 503-504; S. SICA, *Il valore del precedente*, cit., p. 8; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., p. 9, nt. 5; M. ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta*, cit., p. 816.

³⁴ Così ne *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, cit., p. 86.

³⁵ Nella voce *Precedente giudiziale*, cit., p. 8.

³⁶ In *Sulla relazione logica di con-formità*, cit., p. 1541.

³⁷ Ne *Il precedente*, cit., p. 353.

Viceversa, chi rifiuta la logica della «fattispecie» tenderà ad impostare il problema del precedente – semmai esso sussista – alla stregua di diverse coordinate³⁸.

Si è invero tentato d’evidenziare più distesamente, in altra sede, come il legame d’implicazione logica «Se A, allora B» sia condannato – in un contesto caratterizzato dal concorso, ai fini della decisione del caso concreto, delle regole, delle clausole generali e, infine, dei principi³⁹, (st)rettamente intesi, e cioè non quelli enunciati dalle SS.UU.⁴⁰ – ad una radicale inutilizzabilità⁴¹.

Perché se la risoluzione del caso reclama un «bilanciamento»⁴², è evidente come quest’ultimo non possa mai condurre allo stesso risultato (arg. anche, in chiave «normativa», ex art. 3 Cost.⁴³), sicché neppure astrattamente verrebbe a porsi la questione d’una *auctoritas rerum similiter iudicatarum*.

Identica, viceversa, potrà solo essere l’individuazione dei *termini* della comparazione (i.e., le fonti normative chiamate in causa dal fatto), ma appunto non anche – fatta salva ovviamente l’ipotesi, evidentemente «di scuola», d’un caso realmente uguale ad un altro – l’esito di quel

³⁸ Lo evidenzia G. ALPA, *La regola del precedente*, cit., pp. 1078-1079.

³⁹ Ai fini del presente contributo, sarà per ora sufficiente riportarsi alla migliore manualistica, la quale evidenzia come la «regola» sia “[...] una norma dettagliata che richiede un insieme sufficientemente specifico di comportamenti per la sua soddisfazione”; le «clausole generali», “frammenti di disposizioni normative caratterizzati da un particolare tipo di vaghezza, perché hanno un significato flessibile”; il «principio», infine, “[...] norma che impone la massima realizzazione di un valore”, sicché la sua caratteristica “[...] è la non definibilità in astratto delle fattispecie alle quali è applicabile, esso è sempre applicabile ad una nuova fattispecie anche non compresa in altre regole, quando la valutazione della nuova fattispecie riceva senso soltanto mediante la realizzazione di quel valore che il principio afferma”: così P. PERLINGIERI, P. FEMIA e G. PERLINGIERI, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 10ª ed., Napoli, 2021, rispettivamente alle pp. 10, 19 e 10. Ma per più ampi svolgimenti v. già P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, in G. PERLINGIERI e M. D’AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 209 ss.; Id., *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021, *passim*, spec. p. 17 ss.

⁴⁰ Come, d’altronde, sono le stesse ad ammettere, ad esempio nel perspicuo *obiter* della Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564, in *Giur. it.*, 2018, p. 1343 ss., con nota di P. GALLO, *La compensatio lucri cum damno e i suoi confini*; in *Danno resp.*, 2018, p. 410 ss., con nota di R. PARDOLESI e P. SANTORO, *Sul nuovo corso della compensatio*; in *Contratti*, 2018, p. 381 ss., con nota di F. PAROLA, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si pronunciano sul tema della compensatio lucri cum damno*; in *Corr. giur.*, 2018, p. 1050 ss., con nota di F.A. MAGNI, *Le Sezioni Unite confermano il divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno*, lì dove si osserva che alle medesime “[...] è affidata, non l’enunciazione di principi generali e astratti o di verità dogmatiche sul diritto, ma la soluzione di questioni di principio di valenza nomofilattica pur sempre riferibili alle specificità del singolo caso della vita. Se ne ha una conferma nella stessa previsione dell’art. 363 c.p.c., perché anche là dove la Corte di cassazione è chiamata ad enunciare un principio di diritto nell’interesse della legge, si tratta tuttavia del principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi nella risoluzione della specifica controversia”.

⁴¹ Rinviamo ad A. MATTIA SERAFIN, *Divagazioni su ragionevolezza e proporzionalità*, in *Diritto e processo*, 2021, p. 155 ss., 201 ss.

⁴² Da ultimo, v. G. ALPA, *Code is law: il bilanciamento dei valori e il ruolo del diritto*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 377 ss., il quale peraltro ricorda come detta nozione informò di sé la prima pronunzia della Consulta, e cioè la nota sentenza n. 1/1956.

⁴³ Per il collegamento di tale norma con l’art. 101, comma 2, Cost., v. R. RORDORF, *Il precedente*, cit., p. 352.

concorso⁴⁴, nel quale peraltro può darsi recessività d'un «valore», ma mai sua integrale disfatta⁴⁵.

Della «costituzionalità» d'un diverso atteggiamento – tenuta in disparte l'efficacia del giudicato ex art. 2909 c.c.⁴⁶ – sarebbe allora lecito dubitare⁴⁷, non già perché si sia fatta cattiva applicazione (per così dire, «a valle») delle regole sul «precedente»⁴⁸, bensì in quanto non s'è prescelta (verrebbe da dire, «a monte») l'additata strada del bilanciamento: se non acconcia, quanto meno non peregrina, si rivelerebbe allora l'opzione – che vide forse contrario Calamandrei⁴⁹ – di non «costituzionalizzare» la nomofilachia⁵⁰.

Quelli appena enucleati sono chiaramente compiti spettanti all'interprete, ragion per cui v'è motivo di leggero dissenso – a voler tornare alla SLT – rispetto a Müller, quando egli afferma:

⁴⁴ Un tentativo concreto in A. MATTIA SERAFIN, *Sub-locazione e ospitalità, patrimonio e personalità*, in G. CARAPEZZA FIGLIA, G. FREZZA e P. VIRGADAMO (a cura di), *A 50 anni da «La personalità umana nell'ordinamento giuridico» di Pietro Perlingieri*, Napoli, 2023, p. 223 ss., in commento alla Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, p. 58 ss., con nota di N. IZZO, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*.

⁴⁵ In diversa direzione, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 219, secondo cui non sarebbe dato di trovare “[...] un punto di equilibrio, una soluzione ‘mediana’, che tenga conto di entrambi i principi in conflitto, e che – in qualche modo – li applichi e li sacrifichi parzialmente entrambi”, perché “[...] il bilanciamento consiste piuttosto nel sacrificare o scartare senz'altro un principio, applicando l'altro”.

⁴⁶ Sul punto, M. ESPOSITO, *Lo stare decisis*, cit., p. 1014, nt. 14.

⁴⁷ In senso parimenti critico, A.A. CARRABBA, *Ragione e invenzione*, cit., p. 79 ss. Ma – se mal non s'intende – a una tale linea di pensiero alludeva anche la Corte cost., 2 aprile 1970, n. 50, cit. sopra alla nt. 31, lì dove si osservava: “non è [...] un sofisma, come invece crede il giudice a quo, affermare che la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa, come è oggi nel sistema del rinvio dalla Cassazione; ogni limite posto dalla legge all'esercizio di poteri o di funzioni è legittimo fino a quando non vulneri un precetto costituzionale”.

⁴⁸ In codesta direzione, non pare si possa neppure virtualmente porre l'alternativa – invece affacciata dalla Cass., Sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620, in *Corr. merito*, 2013, p. 287 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Compenso arbitrale e ricorso straordinario* – secondo cui “[...] una diversa interpretazione giurisprudenziale di una norma di legge rispetto a quella precedentemente affermata non ha ragione di essere allorché entrambe siano compatibili, come nella fattispecie, con la lettera della legge, essendo da preferire l'interpretazione sulla cui base si è formata una certa stabilità di applicazione”. Né sarebbero pregiudiziali, allora, gli eventuali dubbî di costituzionalità delle recenti novelle sopra cit. rispetto agli artt. 101 e 106 Cost., su cui cfr. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., p. 9, nt. 5 e spec. G. RAITI, *Brevi note sul «filtro» in Cassazione secondo la legge di riforma al Codice di rito civile 18 giugno 2009, n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1601 ss., 1602-1603, il quale comunque esclude – alla p. 1604, e a certe condizioni *ivi* chiarite – profili di contrasto con l'art. 111, comma 7, Cost.

⁴⁹ In seconda sotto-commissione, egli infatti propose d'inserire all'art. 12 – rubricato «Unicità della giurisdizione» – un comma 2, che così recitava: “al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in ... la Corte di cassazione istituita per mantenere la unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici” [lo si legge in P. CALAMANDREI, *Potere giudiziario e Suprema Corte costituzionale. Relazione alla commissione per la costituzione (II^a sottocommissione) sul potere giudiziario e sulla suprema Corte costituzionale*, in *Ib.*, *Opere giuridiche*, III, Roma, 2019, rist., p. 215 ss., 218]. Una ricostruzione suggestiva di tutto ciò è ora in A. BARBERA, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Rass. parl.*, 2006, p. 359 ss., poi in S. MERLINI (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico, 1944-1948*, Roma-Bari, 2007, p. 129 ss. (per una compendiata indagine sulla più ampia configurazione della Cassazione nei lavori dell'Assemblea costituente, v. invece G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012, p. 6 ss.).

⁵⁰ Conforme G. SCARSELLI, *Ius constitutionis e ius litigatoris*, cit., p. 362.

“it is not for judges to lay down binding precepts applicable beyond the case in question, but only for the legislature to do so for defined types of cases”⁵¹.

Si avverte invero in codesta affermazione l’eco d’un ragionare «sillogistico», in cui il «legislatore» definisce il caso, perché sia poi il «giudice» ad (asetticamente) riscontrarlo; viceversa, quell’applicazione «beyond the case in question» verrebbe a rappresentare – nella «nuova» prospettiva – semplicemente un’individuazione *inesatta* o *incompleta* dei termini del bilanciamento⁵².

In tale direzione, appare assai utile il rilievo, secondo cui la «norma» avrebbe un duplice volto: essa, cioè, potrebbe essere intesa ora (aggiungiamo noi, staticamente) come mero «text-form» (leggi, decisioni, commentari, etc.), oppure come vero e proprio «concept»⁵³; in tale ultima accezione, tuttavia, essa non dovrebbe dirsi, per così dire, «pronta per l’uso», in quanto abbisogna d’essere costruita attivamente in una misura “[...] accepted in the community of lawyers, that is with arguments for their interpretation”⁵⁴.

D’altra parte, di ciò è consapevole lo stesso Friedrich Müller, lì dove denuncia la crisi degli strumenti della logica e, dunque, avanza l’idea che l’interpretazione sia un «creative process»⁵⁵, nel quale la norma non viene «applicata», bensì «generata»: “the process starts off with the norm-text, which, at most, provides the judge with an inconclusive, antecedent version of the legal norm still to be produced”⁵⁶.

E non si può, quindi, non concordare con l’efficacissimo suo, finale rilievo: il «significato» della norma – genericamente indicato come «meaning» – altro non è (“merely”, egli dice) che un «significante» per ulteriori «significati», da produrre di volta in volta. A questa saggia considerazione, per tornare più direttamente al «precedente», ci sentiremmo allora d’affiancare quella acutamente portata alla luce – nella nostra letteratura – da Giovanni Verde⁵⁷, al quale si deve il rilievo secondo cui il «precedente» stesso non dovrebbe dirsi più «significante», ma «significato».

4. L’apporto della linguistica e la «Corpus-Assisted Legal Linguistics»

Occorre ora interrogarsi – alla stregua delle coordinate ermenutiche poco sopra descritte – quale ruolo possa assolvere la «linguistica», qui concepita non certo nell’accezione

⁵¹ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 429.

⁵² Rinviamo ancora ad A. MATTIA SERAFIN, *Sub-locazione e ospitalità*, cit., spec. §§ 3-5. A questa operazione interpretativa può anche conferirsi – se così si preferisce – il nome, senz’altro più tradizionale, e ovviamente espressivo d’un diverso tipo d’ermeneutica, che è quello di «sussunzione».

⁵³ F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., p. 289.

⁵⁴ F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., p. 289.

⁵⁵ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 431.

⁵⁶ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 430.

⁵⁷ In *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., pp. 8-9.

tradizionale, bensì come strumento per rendere più trasparente la costruzione «discorsiva» della decisione⁵⁸.

A questo riguardo, merita segnalare che la generazione più antica dei fautori della SLT, nell'interrogarsi circa i «possible future developments» della materia, avvertiva che «problema giuridico» si allontanerà sempre di più dalla dimensione della comunicazione linguistica⁵⁹.

Viceversa, gli epigoni più tardi di tale corrente di pensiero hanno avuto modo d'esplorare i benefici della c.d. «corpus-assisted legal linguistics»⁶⁰, ossia di un'analisi qualitativa – svolta mediante intelligenza artificiale e i *big data*⁶¹ – delle (co-)occorrenze delle diverse parole, all'interno dei testi giuridici.

In particolare, è stato costruito un *corpus* di 9.085 decisioni (corrispondenti a ventidue milioni di parole) emanate da Corti locali ed europee, nel periodo 1954-2012, inserendo nel sistema la parola *Arbeitnehmer* («employee»).

Verificando anche le parole composte, si è notato – da un punto di vista diacronico – che il «compound» determinato *Leiharbeiternehmer*, ossia il lavoratore a tempo determinato, aumenta in modo esponenziale⁶²; del pari, si rimarca l'uso correlato della parola *Tätigkeit* («action/employment»), per distinguere lo «employee» (*Arbeitnehmer*) dal «freelancer» (*Selbstständiger*); infine, e soprattutto, il crescente uso d'altri «compound» determinanti – come *Arbeitnehmerähnlichkeit* («similarity of employee»), *Arbeitnehmereigenschaft* («attributes of employee»), *Arbeitnehmerbegriff* («meaning of employee»), *Arbeitnehmerstatus* («status of employee»), *Arbeitnehmerkategorien* («categories of employee»), etc. – segnalerebbe la tendenza giurisprudenziale a «prototipizzare» i casi⁶³.

La criticità, dunque, non sta più nell'«intendersi»: a livello strettamente processuale, una parte in causa, oramai, non solo sa benissimo cosa vuole dire, ma ha anche capito a cosa stia alludendo l'altra, nonché i «backgrounds» e gli «interests», che sorreggono le relative posizioni. Sta cercando, piuttosto, di trovare argomenti che possano far dire la sua interpretazione «preferibile», sebbene il linguaggio «naturale» non gli profili gerarchia alcuna

⁵⁸ F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., p. 289.

⁵⁹ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 432 ss.

⁶⁰ È tornato sul tema, da ultimo, S. GOŹDŹ-ROSKOWSKI, *Corpus Linguistics in Legal Discourse*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2021, p. 1515 ss., ove si dà conto anche delle modifiche frattempo intervenute per effetto di successive scoperte tecnologiche. Chi intenda avere uno sguardo complessivo su come queste ed altre tecniche abbiano trovato accoglimento presso le nostre Accademie, può consultare G. PONTRANDOLFO, *Legal Linguistics in Italy*, in F. VOGEL (a cura di), *Legal Linguistics Beyond Borders: Language and Law in a World of Media, Globalisation and Social Conflicts. Relaunching the International Language and Law Association (ILLA)*, II, Berlin, 2019, p. 59 ss.

⁶¹ Un recente quadro complessivo è in P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del 14^o Convegno Nazionale, 9-10-11 maggio 2019, Grand Hotel Vesuvio – Napoli, 2020.

⁶² F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., p. 298. In particolare, 54 «hits» per il (lungo) periodo 1950-1989; 244 hits dal 1990 al 1999; 654 hits dal 2000 al 2012.

⁶³ F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., pp. 298-299.

di «preferential meanings»: la lingua – prosegue lo stesso A. – assolve la sua funzione nel rendere la comunicazione «possibile», ma non le si può chiedere di decidere anche quale, di due soluzioni, possa dirsi «migliore»⁶⁴.

Subentra allora qui – avanti all’angoscia della scelta – un senso di «responsabilità», che è invece Müller a definire efficacemente come «methodical honesty»⁶⁵: il giurista, in esito ad un’iniziale intesa «del» testo («con» e, soprattutto, «sul» quale lavora), non «comprende» più per sé, ma attua il processo di semantizzazione, al fine di «far comprendere» agli altri⁶⁶.

Alberto Mattia Serafin

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

⁶⁴ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., pp. 433.

⁶⁵ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 434.

⁶⁶ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 435.



MARIALAURA REA

La mediazione: un'analisi tra innovazione e resistenze.

Il legislatore nazionale ha attribuito un'importanza fondamentale alla mediazione ritenendola uno strumento complementare al giudizio ordinario, grazie al quale si può responsabilizzare le parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale. Il presente lavoro si è interrogato su quali siano le necessarie misure di carattere ordinamentale ed organizzativo per ottenere il successo della mediazione in Italia.

The national legislator has attributed fundamental importance to mediation, considering it a complementary tool to ordinary proceedings. In fact, the mediation can make the parties more responsible in the exercise of negotiated autonomy. This work investigated what are the necessary legal and organizational measures to obtain the success of mediation in Italy.

Sommario: 1. Premessa – 2. Gli strumenti alternativi alla giurisdizione e la “giustizia *online*” – 3. La mediazione demandata: profili generali – 4. Una ricerca empirica sulla mediazione delegata presso il Tribunale di Torre Annunziata – 5. Il successo della mediazione su invito del giudice a Firenze: un modello da seguire – 6. Qualche considerazione sulla mediazione demandata – 7. La digitalizzazione della mediazione: una proposta *de iure condendo*.

1. Premessa.

La crescente domanda di giustizia da parte dei cittadini italiani insieme alle raccomandazioni europee all'Italia hanno messo in evidenza la necessità di rinnovare la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia. Pertanto, nello spiccato intento di perseguire gli obiettivi di “semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile”, il legislatore - con il D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 142, attuativo della Legge del 26 novembre 2021, n. 206 - ha valorizzato e rafforzato la disciplina degli strumenti alternativi di composizione delle controversie.

Prendendo esempio dalle esperienze di successo degli altri Paesi europei, il legislatore nazionale ha attribuito un'importanza fondamentale alla mediazione - in particolare a quella c.d. delegata, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo – ritenendola uno strumento complementare al giudizio ordinario, grazie al quale è possibile responsabilizzare le parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale. Partendo dalla consapevolezza del ruolo strategico della conciliazione nella recente riforma, per il perseguimento degli obiettivi di efficienza della giustizia, il presente lavoro si è interrogato su quali siano le necessarie misure di carattere ordinamentale ed organizzativo per ottenere il reale successo della mediazione in Italia. Per rispondere a tale domanda, è stato necessario compiere un'analisi complessa che ha unito approcci differenti - si è, infatti, utilizzato sia il metodo qualitativo sia quello quantitativo - e ha preso ispirazione da sistemi definiti di “buona prassi” – come la piattaforma

digitale di risoluzione delle controversie predisposta dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

2. Gli strumenti alternativi alla giurisdizione e la “giustizia online”.

Il D. Lgs. n. 28 del 4 marzo del 2010 disciplina la “*mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*” come strumento primario per il decongestionamento del contenzioso civile italiano.¹ Già dalla lettura dei lavori preparatori, emerge con chiarezza che la mediazione condivide con gli altri strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (anche detti *Alternative Dispute Resolution*, d'ora in avanti ADR), l'obiettivo di porre un argine all'irragionevole durata del processo.²

Le Istituzioni europee a partire dagli anni 2000, in particolare con l'adozione del Libro Verde del 2002³, hanno provato ad incentivare l'utilizzo di tali forme di giustizia alternativa, attraverso interventi normativi volti a ravvicinare sempre più il tessuto normativo nei diversi Stati membri, fino all'adozione, dapprima, della Direttiva 2008/52/CE⁴ del 21 maggio 2008 “*relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*” e, poi, della Direttiva 2013/11/CE del 21 maggio 2013 “*sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*”.⁵

¹ Il D. Lgs. n. 4 del 2010 è stato reso in attuazione dell'articolo 60 della Legge n. 69 del 18 giugno del 2009, contenente la novella del processo civile per far fronte all'esigenza di porre un freno all'irragionevole durata del processo. Non essendo possibile in questa sede ripercorrere le diverse modifiche intervenute nel corso degli anni, si rinvia, per tutti, a C. BESSO, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. BESSO, Torino, 2010. Si veda anche, per una ricostruzione del fenomeno, C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845.

² Si tratta di un'opinione condivisa che la mediazione, al pari delle altre tipologie di ADR, abbia lo scopo di deflazione del contenzioso giurisdizionale. Tuttavia, come ci tiene a sottolineare R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, gli strumenti alternativi alla giurisdizione avrebbero un maggior successo nel caso in cui ci fosse un sistema giudiziario efficiente, altrimenti vi sarebbe il rischio di un insuccesso per il solo fatto che la parte, con una pretesa giuridica meno forte, possa essere avvantaggiata dalla lungaggine processuale. In senso conforme, R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (“Alternative Dispute Resolution”)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 165 ss.; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 616; I. PAGNI, *Introduzione*, in *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Società*, 2010, p. 619; C. RICCIARDI, *Commento sub. Art. 1*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, Milano, 2010, p. 1; G.P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, p. 55.

³ Il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale del 6 maggio 2002, COM (2002) 196 def., sostiene che le ADR non devono essere percepite come un modo per rimediare alle difficoltà di funzionamento del sistema giudiziario, ma come una forma di pacificazione sociale più consensuale e, in molti casi, più appropriata del ricorso al giudice o ad un arbitro. IL Libro Verde sottolineava che i modi alternativi di risoluzione delle controversie, come ad esempio la mediazione, consentono in effetti alle parti di riallacciare il dialogo per trovare una soluzione al loro conflitto, anziché rinchiudersi in una logica di scontro da cui di solito escono un vincitore e un vinto.

⁴ DIRETTIVA 2008/52/CE del 21 maggio 2008 “*relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*”.

⁵ DIRETTIVA 2013/11/UE del 21 maggio 2013 “*sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)*”.

L'idea sottostante al disegno europeo è che la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. In virtù di tali caratteristiche, gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.⁶ L'auspicio del legislatore europeo alla creazione di un sistema di canali di pacificazione alternativi alla giustizia che fosse rapido, efficiente e a basso costo è divenuto una priorità politica, quando con l'avvento della rivoluzione tecnologica, e soprattutto a seguito dell'imprevista crescita digitale causata dall'emergenza sanitaria da Covid-19, si è avuto un incremento esponenziale del commercio elettronico trans-frontaliero.⁷

Appare evidente che le controversie transfrontaliere, ancora di più rispetto a quelle interne, siano caratterizzate dalla lentezza e dal costo dei procedimenti. D'altronde, con l'intensificazione degli scambi, i conflitti tra cittadini di Stati membri diversi, amplificati dallo sviluppo del commercio elettronico, quale che sia l'importanza o il valore della controversia, tendono a moltiplicarsi, e con questi il numero delle cause transfrontaliere portate davanti ai giudici.

Ai problemi pratici di sovraccarico della giustizia, si aggiungono questioni spesso complesse di conflitti di leggi e di giurisdizione, nonché difficoltà pratiche di ordine linguistico e finanziario. Consapevole di tali problematiche, il legislatore europeo ha profuso notevoli sforzi per accompagnare lo sviluppo sul campo degli ADR specialmente nel settore delle telecomunicazioni. Infatti, con l'articolo 17 della Direttiva sul commercio elettronico⁸, il legislatore europeo, da un lato, ha imposto agli Stati membri di non ostacolare, anche per le vie elettroniche adeguate, l'uso degli strumenti di composizione extragiudiziale e, dall'altro,

⁶ Per un approfondimento sulla dottrina in tema di ADR, si rinvia a: N. SOLDATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2005; V. ACHILLI, *Transazione arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Torino, 2006; G. SHELL, *Il vantaggio di negoziare: storie e strategie di professionisti della trattativa*, a cura di ADR center, Milano, 2005; G. CASSANO, M. NISATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Milano, 2003; G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie: ADR, Alternative dispute resolution, nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999; G. CABRAS, *Mediazione e conciliazione per le imprese: sistemi alternativi per la risoluzione delle controversie nel diritto italiano e comunitario*, Torino, 2003; E. BOCCHINI (a cura di), *L'arbitrato*, Padova, 2006.

⁷ Per un approfondimento sui flussi del contenzioso civile in Italia, si veda: <https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziarie/civile/Procedimenti%20Civili%20-%20flussi.aspx>.

Per quanto riguarda il commercio elettronico, la recente ricerca dell'Osservatorio eCommerce B2C condotta da Netcomm School of Management del Politecnico di Milano ha quantificato il [mercato eCommerce B2C in Italia](#) attraverso un'analisi puntuale della domanda e dell'offerta, con dettaglio per singolo comparto. In particolare, è emerso sulle preferenze di acquisto degli italiani che il 61% degli italiani dichiara di trovare più facilmente offerte e occasioni nel commercio online; il 50% percepisce i prodotti online come in generale più convenienti; il 41% indica la comodità della consegna a domicilio come fattore determinante; molto graditi anche servizi quali consegna e reso gratuiti. La fonte è reperibile all'indirizzo: <https://www.ecommerceitalia.info/download-focus/?downloadID=17472>).

⁸ Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 "relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

ha incoraggiato i Paesi membri a prevedere organi di mediazione che operassero con adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte. Al fine di rafforzare la fiducia dei consumatori nel mercato interno, l'Europa ha sentito così la necessità di prevedere un sistema di risoluzione di controversie *online* (c.d. ODR, *Online Dispute Resolution*)⁹, con l'obiettivo di risolvere tutte le controversie, nazionali e transfrontaliere, relative ai contratti di vendita effettuati *online* tra professionisti e consumatori (c.d. B2C) stabiliti nell'Unione Europea.¹⁰ Con il Regolamento n. 524 del 21 maggio 2012, la Commissione Europea ha previsto un'apposita piattaforma di ODR, cioè un sito interattivo comunitario, grazie alla quale i consumatori e i professionisti possono tentare di risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da contratti di vendita di beni e servizi conclusi *online*.¹¹

In Italia, l'uso della conciliazione *on line* è invalso soprattutto grazie al modello di "buona prassi"¹² introdotto, a partire dal 2019 dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in avanti AGCOM) con il sistema digitale ConciliaWeb.¹³ Grazie a tale piattaforma, il cliente può inoltrare la propria contestazione nell'ambito dei servizi di comunicazioni elettroniche e,

⁹ Sulle principali caratteristiche della piattaforma europea di *Online Dispute Resolution* si può consultare il sito: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=IT>

¹⁰ Per un inquadramento generale delle O.D.R.: A. LODDER, J. ZELENKOW, *Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Systems in a Three Step Model*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 2005; R. SALI, *ODR: la risoluzione online delle controversie*, in S. AZZALI (a cura di), *Commercio elettronico, autodisciplina e risoluzione extragiudiziale delle controversie*, Milano, 2004; G. CASSANO, *Le nuove forme di Alternative Dispute Resolution (ADR) nell'era di Internet*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/2005; G. PERUGINELLI, *Le Online Dispute Resolution: un'evoluzione delle Alternative Dispute Resolution*, in *Informatica e diritto*, 2007. Si veda anche: *Dalle Alternative Dispute Resolution alle Online Dispute Resolution: modelli, vantaggi e rischi con uno sguardo rivolto all'Italia*, reperibile online all'indirizzo: <https://www.irpa.eu/dalle-alternative-dispute-resolution-alle-online-dispute-resolution-modelli-vantaggi-e-rischi-con-uno-sguardo-rivolto-allitalia/>.

¹¹ Regolamento europeo n. 524 del 21 maggio 2012 "relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori)"

¹² L'espressione buone prassi è stata utilizzata e definita per la prima volta dal Consiglio Superiore della Magistratura nella seduta del 17 giugno 2015 nell'ambito della delibera "Nuovo progetto sulle buone prassi di organizzazione degli uffici giudiziari", intendendo quelle esperienze più significative o dai migliori risultati adottate nei diversi contesti il cui aspetto fondamentale è la trasferibilità o ripetibilità del modello. Per il riconoscimento di una prassi virtuosa è necessario che essa presenti le seguenti caratteristiche: i) l'efficacia; ii) l'innovatività; iii) la riproducibilità e trasferibilità; iv) il grado di sostenibilità nel tempo che tiene conto dei costi dell'iniziativa; v) la capacità di coinvolgimento orizzontale e verticale (*mainstreaming*).

¹³ Tutte informazioni sulle caratteristiche e sul funzionamento della piattaforma ConciliaWeb sono reperibili all'indirizzo: <https://conciliaweb.agcom.it/conciliaweb/login.htm>; nonché alla pagina: <https://www.agcom.it/documents/10179/12018405/Documento+generico+25-09-2018/d375d7dc-1e90-4f2e-a227-4448f5b0b248?version=1.2>.

Grazie al successo ottenuto negli anni, la piattaforma ConciliaWeb è stata ampliata al fine di rispondere all'esigenza "di rendere più efficiente la gestione dell'enorme flusso di istanze di conciliazione ricevute ogni anno dai Corecom, rimuovendo la necessità di procedere manualmente al data entry e alla estrazione di dati statistici, così come alla redazione e trasmissione alle parti di comunicazioni inerenti alla procedura" nonché "la possibilità di svolgere tutto il procedimento in via telematica, e dunque a distanza, (il che) consentirà una maggiore flessibilità anche nella conduzione della fase conciliativa vera e propria, evitando le disfunzioni insite nella necessaria presenza fisica e contestuale di tutti gli "attori" della procedura". Si veda, a tal proposito, l'allegato A della delibera [Agcom](#) 203/18/CONS, intitolata: "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche".

dal 1° febbraio 2023, anche per i servizi di media-audiovisivi ed entro 10 giorni lavorativi dalla ricezione del fascicolo, i Comitati regionali per le comunicazioni¹⁴ (di seguito Co.re.com.), quali organi funzionali di AGCOM che operano sul territorio regionale, si pronunciano sull'ammissibilità o meno dell'istanza di conciliazione. Se la domanda è ritenuta ammissibile, le parti ricevono la comunicazione di avvio della procedura, che avviene tramite un processo interamente digitale. Stando ai dati diffusi per il tramite della Relazione Annuale AGCOM del 2022¹⁵, la predetta piattaforma ha reso più efficiente la gestione dell'enorme flusso di istanze di conciliazione ricevute ogni anno dai Co.re.com. Questo risultato è stato raggiunto perché la procedura telematica, che è tendenzialmente accessibile a tutti, consente un'interlocuzione rapida e funzionale anche qualora le parti si trovino in luoghi differenti, abbattendo, così, sia le barriere fisiche, sia, quando trattasi di conflitti transfrontalieri, le barriere ordinamentali. Il successo del modello di conciliazione telematica utilizzato da AGCOM appare evidente anche dalla volontà dell'Autorità Regolazione Trasporti (d'ora in avanti ART) di sigillare un protocollo di collaborazione con l'AGCOM, al fine di definire e mettere in esercizio una piattaforma simile al ConciliaWeb, che permetta la risoluzione non giurisdizionale delle controversie nelle materie di sua competenza.¹⁶

Grazie all'uso delle procedure telematiche, le ODR possono contribuire, dunque, ad assicurare un accesso più rapido, universale e meno oneroso alla giustizia.¹⁷ Tuttavia, è opportuno sottolineare che, pur rappresentando gli ADR strumenti idonei a stemperare le tensioni sociali attraverso il raggiungimento di una soluzione negoziale, non godono ancora di una diffusione tra gli operatori del diritto che sia congrua ai vantaggi che essi apportano al sistema giustizia. Il raggiungimento dell'efficienza del sistema giustizia, come si avrà modo di analizzare nei paragrafi successivi, è condizionato dal mancato radicamento di una cultura giuridica della conciliazione, che appare realizzabile solo grazie ad una formazione che interessi tutti i soggetti coinvolti nella procedura di mediazione (giudice, avvocato e mediatore).

3. La valorizzazione della mediazione delegata: profili generali.

Tra le forme alternative alla giustizia ordinaria, si colloca la mediazione che è volta a porre fine ad una lite grazie al raggiungimento di un accordo. Si discorre di mediazione delegata dal

¹⁴ I Co.re.com sono previsti dall'articolo 1, comma 13 della [legge 31 luglio 1997, n. 249](#), recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo".

¹⁵ Per una consultazione dell'intera relazione si veda al link: <https://www.agcom.it/relazione-annuale-al-parlamento-2022>.

¹⁶ Il comunicato stampa del protocollo di intesa tra AGCOM e ART del 15 febbraio 2023, che avrà la durata di due anni, è reperibile all'indirizzo: <https://www.agcom.it/documents/10179/29480578/Comunicato+stampa+15-02-2023/64f5c657-cb9a-4ec2-9af4-7ff59df9cf0d?version=1.0>

¹⁷ Interessante è evidenziare che gli ADR rappresentano un'alternativa valida alla giustizia ordinaria solo quando tali strumenti sono scelti dalle parti per i vantaggi che ne conseguono. In Italia, invece, accade spesso che essi siano utilizzati dalle parti quando comprendono che il processo civile è in una fase di stallo o che versa in uno stato di inefficienza.

giudice, quando quest'ultimo dinanzi al quale la controversia è incardinata, invita le parti a comporre la contesa dinanzi ad un organo di mediazione. A seguito di tale invio, si apre una parentesi extra-procedimentale, che consente al processo civile di interagire in modo dinamico con le vicende che accadono nell'ambiente esterno alla realtà processuale. A tal proposito, appare opportuno precisare che, sebbene talvolta vengano assimilati quanto all'effetto finale di composizione della lite, la mediazione delegata è da non confondere con la conciliazione giudiziale di cui all'articolo 185-bis del c.p.c.: mentre in quest'ultimo caso è infatti lo stesso giudice che tenta la conciliazione tra le parti, svolgendo la funzione di mediatore e pronunciando in caso di esito positivo un verbale di conciliazione che contiene l'accordo raggiunto¹⁸; diversamente nella mediazione demandata il giudice delega un terzo, ovvero un mediatore, a risolvere una lite, attraverso una procedura autonoma rispetto al giudizio e giungendo, lì dove abbia un esito positivo, ad un accordo di natura negoziale. Sulla scia di quanto previsto dal legislatore europeo della Direttiva 2008/52/CE¹⁹, il legislatore italiano aveva disciplinato la mediazione demandata dal giudice all'articolo 5, comma 2 del D.lgs. 28 del 2010²⁰, che a seguito della riforma di cui al D. Lgs. del 10 ottobre 2022, n. 149

¹⁸ L'articolo 185-bis del c.p.c., introdotto con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, intitolato *"Proposta di conciliazione del giudice"*, recita: *"Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice."*

L. BREGGIA, *La mediazione presa sul serio*, cit., ritiene che l'art. 185 bis c.p.c. costituisca un forte richiamo ad un intervento attivo del giudice nel processo nella piena collaborazione con i difensori. La proposta infatti presuppone lo studio del fascicolo preventivo da parte del giudice, il colloquio con i difensori, il contatto con le parti, il recupero dell'oralità del processo. Secondo quanto afferma G. BUFFONE, *La mediazione delegata e il tentativo di conciliazione: perché, come e quando*, reperibile sul sito della Scuola Superiore della Magistratura, sezione articoli, nella prassi degli uffici giudiziari si sono verificate delle combinazioni genetiche tra istituto della proposta giudiziale e mediazione ex officio. Secondo l'Autore si sono registrate due "metodologie di intervento": i) Proposta con riserva di mediazione. Il giudice formula la proposta transattiva/conciliativa e rinvia il processo ad un'altra udienza, per sentire le parti; si riserva, in quella udienza, di prescrivere il procedimento di mediazione ex officio (in questi termini: Trib. Milano, sez. Impresa, 27 novembre 2013, est. Vannicelli; Trib. Roma, sez. XIII, ordinanza 23 settembre 2013, est. M. Morriconi); ii) Proposta con mediazione. Il giudice formula la proposta transattiva/conciliativa e prescrive il procedimento di mediazione, rinviando il processo ad un'altra udienza, per sentire le parti (in questi termini: Trib. Milano, sez. Impresa, 11 novembre 2013, est. Riv Crugnola).

¹⁹ La Direttiva 2013/11/UE tratta della mediazione delegata sia indirettamente all'articolo 3, comma 1, lett. b) nella parte in cui individua i caratteri della mediazione *"il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale"*, sia esplicitamente quando stabilisce all'articolo 5 che *"l'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene opportuno e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia"*.

²⁰ L'intento della disciplina sulla mediazione è sempre stato quello di rilanciare l'economia come si evince dalla lettura Circolare 27 novembre 2013 - *Entrata in vigore dell'art. 84 del d.l. 69/2013 come convertito dalla l. 98/2013 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, che modifica il d.lgs. 28/2010. Primi chiarimenti*, reperibile all'indirizzo: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?facetNode_1=0_18&facetNode_2=3_1_4&previousPage=mg_1_8&contentId=SDC971358.

(c.d. Riforma civile Cartabia) è oggi prevista agli articoli 5 *quarter* e 5 *quinqes* del D. Lgs. Del 2010, n. 28.²¹

L'intento principe della recente riforma – come si evince dalla Relazione alle Camere – è quello di adeguare il processo italiano a un modello di efficienza e competitività, al fine di rinnovare la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia e consentire, in tal modo, una ripresa degli investimenti, tenuto conto della strettissima connessione intercorrente tra relazioni commerciali, produttività economica e funzionamento della giustizia.²² Proprio nello specifico scopo di raggiungere tali obiettivi, la riforma dedica un punto specifico al tema degli ADR, descrivendoli come strumenti "complementari" alla giustizia ordinaria, dotati di un grande potenziale, che consentirebbero, ove utilizzati in modo opportuno, l'effetto virtuoso di un alleggerimento dell'amministrazione della giustizia e una più veloce risoluzione di una pluralità di controversie. Da uno sguardo di insieme della riforma emerge che nello specifico intento di implementare il ricorso agli ADR, la novella ha agito su due fronti diversi: su un primo versante, ha ampliato gli ambiti di applicazione in cui è possibile ricorrere agli strumenti alternativi al giudizio, in particolare in quei settori dove statisticamente si sono avute maggiori *chance* di successo di mediazione, come per le controversie in materia di diritto di famiglia; e sull'altro versante, ha previsto degli incentivi sia tipo processuale, sia di tipo economico/fiscale, per spingere le parti a mediare la controversia sorta tra loro.²³

Quanto all'attuale disciplina della mediazione delegata, l'articolo 5-*quarter*, rubricato *"Mediazione demandata dal giudice"*, ha previsto: *"Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6. All'udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale"*.

²¹ Si veda per un approfondimento dettagliato della riforma la Relazione illustrativa *"Schema di Decreto Legislativo recante attuazione della Legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata"* del 19 ottobre 2022, reperibile all'indirizzo:

<https://www.gazzettaufficiale.it/showNewsDetail?id=5445&backTo=archivio&anno=2022&provenienza=archivio>

²² Relazione al Parlamento della ministra della giustizia Marta Cartabia sull'amministrazione della giustizia, *Inaugurazione Anno Giudiziario 2022 19 gennaio 2022 - Comunicazione al Senato della Repubblica e alla Camera dei Deputati*, reperibile per esteso all'indirizzo: <https://www.astrid-online.it/static/upload/138f/138fc93c621552d47ba7602718c5ab61.pdf>.

²³ Si rinvia alla relazione illustrativa di cui sopra. Si veda anche F. DANOVÌ, *Al via la riforma della mediazione*, reperibile all'indirizzo: <https://blogmediazione.com/2023/03/08/al-via-la-riforma-della-mediazione/>.

La norma assegna al giudice un potere discrezionale, in virtù del quale può inviare in mediazione ogni controversia che abbia ad oggetto diritti disponibili, a seguito di una valutazione circa *“la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti e ogni altra circostanza”*. Il giudice, dopo aver preso in considerazione la *“natura della causa”*, in base alla quale deve valutare in concreto l’opportunità dell’invio della causa dinnanzi ad un mediatore, deve compiere una seconda valutazione di natura più strettamente processuale sullo *“stato dell’istruzione”*, ponderando se l’istruttoria non si trovi in uno stato così avanzato per cui la causa è già matura per la decisione finale. A queste prime due valutazioni se ne aggiungono altre, più generali, che ampliano la portata della norma: il giudice deve considerare se sulla base del comportamento processuale delle parti è probabile che esse si rendano disponibili a mediare (*“il comportamento delle parti”*)²⁴ e deve tenere altresì conto di *“ogni altra circostanza”*, che possa essere idonea a consentirgli di adottare l’ordinanza motivata, con la quale spieghi alle parti le ragioni che lo hanno indotto all’adozione di tale provvedimento.

Rappresenta una novità assoluta circa la mediazione demandata quanto previsto poi dall’articolo 5-*quinquies*, intitolato *“Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione”* che prevede: *“Il magistrato cura la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata. Ai fini della valutazione di cui all’articolo 11 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, la frequentazione di seminari e corsi di cui al comma 1, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato. Le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione sono oggetto di specifica rilevazione statistica. Il capo dell’ufficio giudiziario può promuovere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, progetti di collaborazione con università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria, nel rispetto della reciproca autonomia, per favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione.”*

²⁴ In generale, sussiste una “presunzione semplice” di opportunità dell’invio della causa in mediazione, ovvero nelle materie che il legislatore ha individuato come mediazione obbligatoria. In questi casi è come se ci fosse una prognosi favorevole all’efficacia del procedimento di mediazione (il condominio, i diritti reali, la divisione, le successioni ereditarie, i patti di famiglia, la locazione, il comodato, l’affitto di aziende, il risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria, il risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, i contratti assicurativi, bancari e finanziari). La prassi sembra dimostrare che la mediazione può essere esperita con risultati soddisfacenti nei casi in cui ci sia un rapporto pre-esistente tra le parti, come quello di vicinato.

Sicuramente tale articolo valorizza l'istituto della mediazione demandata dal giudice, intervenendo in un'ottica di riordino e di razionalizzazione dell'intera disciplina processuale.²⁵ In particolare, il comma 1 disciplina i doveri del magistrato nella cura della propria formazione e nell'aggiornamento in materia di mediazione, con la frequentazione di corsi, anche decentrati, organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura. L'obbligo formativo per i magistrati sulla mediazione rappresenta una novità di gran valore – secondo il parere espresso dal CSM nella delibera del 21 settembre 2022 – poiché essa permetterà di far attecchire sempre di più una cultura della conciliazione delle controversie, determinando come effetto complessivo un alleggerimento del sistema giudiziale.²⁶ In questa prospettiva, al fine di incentivare il magistrato che sceglie di curare una specifica formazione in materia di mediazione e che utilizza tale strumento per una migliore definizione del contenzioso pendente, il comma 2 ha previsto, con richiamo ai criteri previsti dall'articolo 11 del D. Lgs. n. 160 del 2006, che tali attività siano indicative dell'impegno, capacità e laboriosità del magistrato, rilevanti sul piano delle valutazioni previste dal citato decreto legislativo. Inoltre, il comma 3 ha disciplinato che le ordinanze di mediazione demandata siano oggetto di specifica rilevazione statistica, necessaria al fine della concreta applicazione dei criteri di valutazione di professionalità del magistrato prevista dal comma 2, in modo tale da consentire l'adozione dell'ordinanza di mediazione demandata con l'abbandono della stessa lite, quale elemento indicatore dell'intervenuta soluzione della controversia mediante composizione stragiudiziale in sede di mediazione. Il comma 4, nell'ottica di valorizzare tutti i rapporti di collaborazione istituzionale necessari per dare impulso alla cultura della mediazione, prevede che il capo dell'ufficio giudiziario, nell'ambito dei propri compiti, possa promuovere progetti di collaborazione in questa materia con altri soggetti. Tuttavia, con la già citata delibera, il CSM ha sostenuto che il nuovo articolo 5-*quinques*, pur perseguendo il lodevole intento di attuare un rafforzamento del ricorso alla mediazione assistita, incentivandone il ricorso e operando, in tal fine, un riassetto dell'intera disciplina della mediazione, desterebbe alcune perplessità in merito alla *“valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione”*. Quest'ultimo inciso della norma appare poco convincente²⁷, poiché la

²⁵Per un approfondimento sulla riforma in dottrina si rinvia a: G.P. CALIFANO, *L'ennesima riforma del sistema di mediazione delle controversie civili e commerciali*, in *Il diritto processuale civile*, 2023, in questa Rivista, 2023, p. 102 ss.; F. CAMPIONE, *Il d.lgs. 149/2022, la Legge di bilancio 2023 e il regime transitorio delle modifiche in tema di mediazione e negoziazione assistita: una brevissima riflessione*, in www.judicium.it; F. LOCATELLI, *Complementarietà tra mediazione e processo nel D. Lgs. 149/2022: “l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda”*, in www.judicium.it; A. PIZZELLA, *Riforma Cartabia e mediazione in appello*, in *Il diritto processuale civile*, in questa Rivista, 2023, p. 385 ss.

²⁶ Sull'importanza di diffondere una cultura della mediazione, si veda l'interessante studio di F. DANOVÌ, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013.

²⁷ Il CSM nel parere del 21 settembre 2022 ha evidenziato le sue perplessità circa la previsione di cui al secondo comma dell'articolo 5 *quinques* nella quale si prevede che, ai fini della valutazione di professionalità del magistrato, devono essere valutati anche *“il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi”* i quali costituiscono *“indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato”* mentre le ordinanze con cui il magistrato

trasformazione del numero e della qualità degli affari definiti mediante ordinanza di mediazione o accordo di conciliazione come indicatore di impegno, capacità e laboriosità del magistrato sembra ricollegare la valutazione di professionalità del magistrato ad aspetti, quale l'esito della mediazione (la norma si riferisce infatti ad affari "definiti" mediante mediazione) che solo in parte sono riconducibili all'impegno, alla capacità ed alla laboriosità del magistrato, essendo piuttosto condizionati, in maniera determinante, dalla materia oggetto di controversia, dalla sua complessità e dall'intendimento delle parti, dei rispettivi consulenti e difensori.

4. Una ricerca empirica sulla mediazione demandata presso il Tribunale di Torre Annunziata

L'assenza di un'opportuna cultura della mediazione in Italia è stata, purtroppo, confermata da un'indagine condotta presso il Tribunale di Torre Annunziata (d'ora in avanti Tribunale), al fine di comprendere quali fossero i numeri delle controversie inviate in mediazione e quante tra queste fossero state concluse con un esito positivo.²⁸ Si è scelto di avviare quest'indagine qualitativa e quantitativa presso il Tribunale di Torre Annunziata, perché rappresentando un Tribunale di media grandezza, come la maggior parte dei Tribunali sul territorio italiano, può rappresentare una fotografia reale sull'attuale stato di conoscenza e di utilizzo della mediazione delegata.

Grazie ad una preziosa collaborazione con il Presidente del Tribunale di Torre Annunziata, Dott. Ernesto Aghina, a partire dal mese di settembre del 2022 abbiamo dato avvio ad una ricerca empirica sulla mediazione delegata presso tale Tribunale. Purtroppo, nei *software* del Tribunale non erano presenti dati sulle mediazioni – trattandosi questa di buona prassi adottata solo di recente da alcuni di essi come il Tribunale di Bari – così per sopperire a tale lacuna, abbiamo provveduto alla formulazione di specifici questionari che sono stati somministrati alle diverse categorie professionali, coinvolte nella procedura di mediazione delegata, ossia i magistrati, gli avvocati e i mediatori.²⁹

Come già anticipato, il magistrato è colui che dà impulso all'invio della causa in mediazione, nel caso in cui ritenga che ci siano delle buone probabilità di conciliare la controversia, per

"demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione, sono soggetto di specifica rilevazione statistica".

²⁸ La ricerca presso il Tribunale di Torre Annunziata è stata condotta nell'ambito del progetto di ricerca *"Modelli organizzativi e innovazione digitale. Il nuovo Ufficio per il Processo per l'efficienza del sistema giustizia MOD-UPP" (Organizational models and digital innovation. The new Trial Office for the efficiency of the justice system)*, condotto dall'Università degli studi di Napoli Federico II.

²⁹ I questionari sono stati somministrati ai magistrati del Tribunale, agli Avvocati iscritti all'ordine di Torre Annunziata e all'organismo di Mediazione del Foro di Torre Annunziata. Le risposte complessivamente pervenute sono state 87. In particolare, le risposte dei giudici del Tribunale sono state 12. Le risposte invece fornite dagli avvocati sono state 40. Quelle invece ottenute dai mediatori sono state 35.

questo ci è apparso opportuno domandare, innanzitutto, quante e quali fossero le principali fattispecie oggetto delle controversie inviate in mediazione dai giudici del Tribunale:

“Durante la sua esperienza professionale, ha inviato cause in mediazione delegata? In caso di risposta affermativa, potrebbe indicare di quante e quali fattispecie si è trattato? In caso di risposta negativa, potrebbe indicare per quale motivo si è determinata tale situazione?”.

Quindi, nel caso in cui il giudice avesse risposto affermativamente, al fine di verificare le oggettive difficoltà riscontrate che potrebbero impedire un più frequente ricorso all’istituto in questione, si è altresì richiesto:

“Posto che abbia risposto affermativamente alla domanda di cui sopra, quali sono le difficoltà che ha incontrato nell’inviare le parti e gli avvocati in mediazione demandata?”.

Infine, per poter valutare l’efficacia in concreto della mediazione inviata, si è domandato:

“Posto che abbia risposto affermativamente alle domande di cui sopra, quale situazione si è verificata dopo l’invio della causa in mediazione delegata?”.

Dal loro canto, gli avvocati hanno il compito fondamentale di far comprendere alle parti che cosa si intende per mediazione della lite. Così per poter quantificare il numero di mediazioni delegate avviate presso il Tribunale, è stato chiesto agli avvocati:

“Durante la sua esperienza professionale, quante sono state le cause, da Lei patrocinata, in cui il Giudice ha disposto la mediazione delegata?”.

Con la seconda e terza domanda si è cercato analogamente di comprendere quali fossero le difficoltà riscontrate, più frequentemente, dal difensore. In particolare, si è chiesto, con la seconda domanda:

“Secondo la sua esperienza professionale, quali sono le difficoltà che impediscono al giudice di inviare la causa in mediazione delegata?”.

Mentre con la terza domanda si è domandato:

“Quali difficoltà incontra nell’assistere la parte in mediazione delegata?”.

Infine, con l’ultima domanda è stato chiesto agli avvocati, lì dove avessero risposto affermativamente alla prima domanda:

“Nel caso di risposta affermativa alla domanda di cui sopra, quale è stato l’esito delle cause inviate in mediazione delegata?”.

Il terzo questionario somministrato è stato indirizzato all’Ordine dei mediatori di Torre Annunziata. Il mediatore svolge un ruolo centrale nella procedura poiché dalla sua abilità comunicativa dipende il buon esito della mediazione. Si è quindi domandato ai mediatori con la prima domanda:

“Quante sono state le mediazioni delegate da Lei trattate?”.

Con la seconda domanda di tipo qualitativo, abbiamo provato a comprendere le difficoltà riscontrate in base alla prospettiva dei mediatori:

“Quali sono le principali difficoltà che incontra nella mediazione demandata?”.

Per comprendere, invece, se la mediazione delegata sia stata trattata secondo principi e modalità diverse rispetto alle altre tipologie di mediazione, si è formulata la terza domanda con cui abbiamo chiesto:

“Secondo la sua esperienza professionale, si differenzia il modus operandi del mediatore nella mediazione delegata dal giudice rispetto ad altre tipologie di mediazione?”.

Infine, per poter conoscere i risultati ottenuti grazie all’invio in mediazione della causa, se positivi o negativi, abbiamo domandato ai mediatori:

“Quale è stato, solitamente, l’esito delle cause inviate in mediazione delegata?”.

Le risposte ricevute alle domande somministrate sono state di estremo interesse e vengono qui esaminate, al fine di poter compiere delle valutazioni di merito utili a comprendere quale sia lo stato dell’arte sulla mediazione demandata dal giudice in Italia.

Partendo dall’analisi delle risposte date dai magistrati del Tribunale circa la prima domanda, avente ad oggetto il numero di cause inviate in mediazione demandata, le risposte sono state prevalentemente negative. I magistrati del Tribunale hanno, talvolta, sovrapposto l’insuccesso della mediazione obbligatoria alla mediazione demandata, ritenendo che i due istituti fossero simili quanto ad efficacia e finalità.

In altre risposte ai questionari, è invece emersa la volontà del magistrato di avvalersi dello strumento previsto dall’articolo 185-*bis* del c.p.c. rispetto all’invio della causa in mediazione, ritenendo che il primo sia più adeguato e soddisfacente: sia rispetto alla volontà delle parti di ottenere una sentenza, sia rispetto all’esigenza di non allungare – i già lunghi – tempi del processo. Da quanto emerso ulteriormente dalle risposte, i magistrati del Tribunale hanno ritenuto, in pochissime occasioni - che riguardavano prevalentemente le controversie in materia di locazione - che ci fossero le condizioni per l’invio della causa in mediazione. Tuttavia, anche in questi casi i risultati sono stati comunque non soddisfacenti, poiché le cause non sono state chiuse con una mediazione positiva, ma sono ritornate dinanzi al giudice con l’aggravio di un dispendio temporale di all’incirca tre mesi (come emerso dall’analisi delle risposte di cui alla domanda n. 3). Per quanto riguarda la domanda n. 2, ovvero circa il pregiudizio che potrebbe derivare dal più frequente invio delle controversie in mediazione, i magistrati interpellati hanno tutti ritenuto in maniera omogenea che il ricorso a tale istituto determinerebbe costi maggiori in termini di speditezza e di definizione del giudizio. Per queste ragioni e a causa della generale esperienza fallimentare, i magistrati hanno manifestato, ancora una volta, la preferenza al ricorso dell’istituto di cui all’articolo 185-*bis* c.p.c., ritenendolo simile nei fini alla conciliazione.

Le risposte pervenute dagli avvocati sono state, purtroppo, piuttosto ridotte di numero. È comunque emerso, in modo uniforme, che gli avvocati considerano l’istituto in questione superfluo, poiché ritengono che se le parti sono addivenute ad un contraddittorio dinanzi ad un giudice, difficilmente la disputa potrà essere risolta con la mediazione di un terzo. Gli

avvocati hanno, inoltre, sostenuto che le parti nutrono una maggiore fiducia nella figura del giudice e preferiscono il procedimento che si conclude con una sentenza, nonostante il possibile esito negativo, più che venire ad un accordo facendosi reciproche concessioni.

Dall'analisi delle risposte alla prima domanda posta ai mediatori dell'Ordine di Torre Annunziata, abbiamo ricavato alcuni numeri interessanti ai fini della nostra ricerca. Sembra che il *trend* delle mediazioni delegate svolte dai mediatori negli ultimi anni sia positivo, cioè in crescita specialmente dopo l'emergenza sanitaria: la media delle mediazioni svolte da ciascun mediatore negli ultimi tre anni oscilla da un minimo di 10 ad un massimo di 15 mediazioni svolte. Nonostante il discreto numero di cause inviate alla risoluzione di un mediatore, l'esame delle risposte di cui alla seconda domanda ha evidenziato però che le parti e i difensori che le assistono hanno una minore propensione a raggiungere l'accordo, essendo già incardinato un giudizio. A fondamento di quest'atteggiamento ostile al raggiungimento di una composizione extra-giudiziale della controversia vi è spesso anche una certa resistenza dell'avvocato ad indurre le parti al perseguimento di un accordo, per tre ordini di ragioni. La prima è che la mediazione in generale è considerata una procedura inutile, perché dal suo espletamento conseguirebbe solo un allungamento dei tempi processuali, con un incremento dei costi e delle spese da sostenere per la parte; la seconda è che gli stessi avvocati nutrono una certa sfiducia nella figura del mediatore; infine, la terza ragione - che è diretta conseguenza della precedente - è che in molti casi sono le parti a preferire, anche su indicazione dell'avvocato, la prosecuzione del giudizio, avendo maggiore fiducia sia nella figura nel giudice, sia nel provvedimento giudiziale. Tuttavia, dalla risposta alla seconda domanda è emerso che quando l'invito del giudice è formulato in presenza delle parti, spiegando dettagliatamente la finalità dell'istituto, i risultati sono più soddisfacenti. In via generale, si può comunque sostenere che anche i mediatori, così come i giudici e gli avvocati, abbiano una visione poco chiara delle finalità precise dell'istituto. Una conferma in tal senso è data dalle risposte dei mediatori alla terza domanda, che riguardava il loro *modus operandi* in un caso di mediazione delegata. I mediatori hanno risposto che il loro approccio nello svolgere tale mediazione, per lo più, in nulla differisce rispetto alla procedura seguita nei casi di mediazione obbligatoria. Questo dimostra che i mediatori anche da parte loro non valorizzano le peculiarità della mediazione delegata, poiché non rappresentano adeguatamente alle parti che il tentativo di conciliazione è compiuto a seguito di un ordine giudiziale motivato in relazione alle peculiarità che presenta il caso concreto.

Nel trarre le somme dall'esperienza condotta presso il Tribunale di Torre Annunziata - i cui risultati si può supporre che non siano troppo difforni da quelli degli altri Tribunali italiani con lo stesso volume di contenzioso - si può ragionevolmente sostenere che attualmente la conoscenza e l'uso della mediazione delegata in Italia è abbastanza scarso. La mediazione appare essere un metodo nuovo di soluzione dei conflitti, che ai giuristi forse può apparire eccentrico, rispetto alla loro formazione e consolidata consuetudine professionale: come se i

giudici o gli avvocati dovessero rinunciare alle loro impalcature, ad alcuni schemi precostituiti, creati per “dare giustizia” per affidarsi a qualcosa di ancora poco conosciuto e definito. Non è altresì da escludere che una lunga tradizione normativa e conseguente prassi istituzionale, fondata sulla centralità della “lite”, abbia forgiato e sia stata allo stesso tempo espressione di una certa propensione alla “litigiosità” nel costume e nella mentalità italiana; una centralità della lite che il legislatore contemporaneo, forse non a caso su impulso di modelli europei, ora tende ad attenuare, a favore di questa nuova cultura della mediazione³⁰.

Si tratta perciò di difficoltà anche comprensibili, ma che possono essere superate grazie ad un’adeguata formazione di tutti i soggetti coinvolti: giudici, avvocati e mediatori. Solo in tal modo appare possibile ottenere la diffusione di una più adeguata cultura della conciliazione, senza la quale, purtroppo, i percorsi alternativi alla giustizia ordinaria non potranno mai apparire appetibili alle parti, come invece lo sarebbero se queste fossero a conoscenza dei vantaggi che ne derivano, vantaggi che sono stati incrementati a seguito della riforma c.d. Cartabia.

In tal senso, infatti, appare sicuramente lodevole quanto compiuto dal legislatore della recente riforma che, oltre a prevedere una generale valorizzazione della mediazione delegata, l’ha resa anche più conveniente per le parti, stabilendo sia degli incentivi fiscali – di cui al riformulato articolo 20 del D. Lgs. n. 28 del 2010, intitolato *“Credito d’imposta in favore delle parti e degli organismi di mediazione”*, che ha disposto che quando *“la mediazione è demandata dal giudice, alle parti è altresì riconosciuto un credito d’imposta commisurato al compenso corrisposto al proprio avvocato per l’assistenza nella procedura di mediazione, nei limiti previsti dai parametri forensi e fino a concorrenza di euro seicento”* – sia l’estensione al gratuito patrocinio a spese dello Stato – introdotta nel Capo II bis *“Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale”*. Quanto all’obbligo formativo per magistrati, introdotto dall’articolo 5-*quinques* del D.L. n. 28 del 2010, appare essere un utile strumento per diffondere una maggiore conoscenza sulle ADR, che dovrebbe, però, essere esteso anche agli avvocati e ai mediatori, poiché entrambi – come si è esaminato - svolgono dei ruoli che sono fondamentali per il buon successo della procedura di mediazione.

Inoltre, al fine di incentivare il ricorso alla mediazione, il Decreto del Ministero della Giustizia del 13 agosto 2022, n. 147 ha previsto un meccanismo premiale, ovvero un aumento del 30% del compenso, per gli avvocati lì dove raggiungano un accordo positivo di mediazione. In particolare, l’articolo 4 ha disciplinato: *“Nel caso in cui il procedimento di mediazione o la procedura di negoziazione assistita si concludano con un accordo tra le parti, fermo il*

³⁰ Su fiducia e sfiducia tra le parti nel processo italiano, a paragone del modello britannico, cfr. le ormai classiche osservazioni di P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, ora in Id., *Opere giuridiche*, Napoli, 1965-1985; riedizione a cura della Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei di Montepulciano e della Fondazione «Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei» – Roma, UniTre Press 2019, pp. 685-690.

compenso per la fase di conciliazione, i compensi per le fasi dell'attivazione e di negoziazione sono aumentati del 30 per cento".³¹

5. Il successo della mediazione su invito del giudice a Firenze: un modello da seguire.

Il senso dell'importanza di un'adeguata formazione sulla mediazione delegata, e più in generale sugli strumenti alternativi alla giustizia, è perfettamente illustrato dai risultati lodevoli, in termini di numeri ottenuti, con la sperimentazione sull'uso della mediazione demandata dal giudice compiuta, presso il Tribunale di Firenze, nell'ambito del progetto c.d. Nausicaa.³² Quest'ultimo è nato il 1° dicembre 2009 con la stipula di un Protocollo di intesa congiunto, proposto da parte del Tribunale di Firenze e con l'adesione dell'Osservatorio sulla Giustizia civile di Firenze, della Regione Toscana, della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Firenze, della Camera di Commercio di Firenze e dell'Organismo di Conciliazione di Firenze. A causa della costante opera di aggiornamento del Progetto – dato che nelle more è intervenuto il D. Lgs. n. 28 del 2010 – esso ha avuto avvio il 1° giugno 2013 e si è concluso il 30 giugno 2014.

L'idea a fondamento di tale progetto è stata che la qualità della giustizia non è monopolio dell'apparato giudiziario, ma il risultato di procedure per risolvere dispute che sono adeguate al caso concreto.³³ Proprio partendo da questa consapevolezza, le parti che hanno aderito al progetto si sono impegnate ad osservare un protocollo molto dettagliato.³⁴ I giudici del

³¹ Decreto del Ministero della Giustizia 13 agosto 2022, n. 147, *Regolamento recante modifiche al decreto 10 marzo 2014, n. 55, concernente la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense*, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 24

³² Il Progetto ha prodotto di diversi documenti: i) Progetto Nausicaa 2012; ii) Nausicaa 2012 – Implementazione 2013; iii) [Linee guida interpretative del D.L. N. 69/2013 \(c.d. Decreto del fare\)](#); iv) Protocollo sulla mediazione disposta dal giudice. Aggiornato al 3 Aprile 2014; v) [Monitoraggio Progetto Nausicaa: i numeri della mediazione su invito/ordine del giudice](#). Il Tribunale di Firenze ha dedicato al progetto un'apposita pagina in cui è possibile reperire tutti i documenti annessi: <https://www.tribunale.firenze.giustizia.it/Content/Index/42489>.

³³ Interessante è notare come sia stato accolto con grande plauso questa sperimentazione, infatti, il Presidente della Corte di Cassazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario del 2010, in merito al progetto Nausicaa, afferma: *"Che il successo della mediazione/conciliazione si alimenti proprio dal dialogo e dall'intreccio con la Giustizia civile statale lo dimostra anche il successo – specialmente in altri ordinamenti – del tentativo di conciliazione delegato dal Giudice. In Italia, la conciliazione delegata è già oggetto di sperimentazione nella prassi di qualche ufficio giudiziario (ad es., il progetto Conciliamo, promosso dalla Corte d'appello di Milano) o è al centro di progetti, promossi anche negli ambienti degli Osservatori sulla Giustizia civile".* Il Progetto Conciliamo citato nel discorso dell'allora Presidente della Corte di Cassazione è stato avviato su iniziativa e supporto della Corte d'appello di Milano, da parte di alcuni soggetti sensibili alla mediazione al fine di agevolare a cittadini, imprese e professionisti la conoscenza e l'utilizzo della conciliazione quale strumento di gestione efficace delle controversie largamente praticata in altri sistemi giudiziari, anche europei.

La volontà del Progetto è di portare a conoscenza delle parti che la conciliazione va vissuta *"non come alternativa alla causa, ma come un'ulteriore opportunità offerta alle parti, strumento coerente con i nuovi scenari dei sistemi integrati di giustizia che si vanno affermando nel panorama internazionale"*.

³⁴ Nel dettaglio, il Progetto si è sviluppato secondo le seguenti linee: i) La sperimentazione avrà ad oggetto le cause caratterizzate da rapporti di vicinanza tra le parti, per motivi di parentela, di amicizia, di vicinato, condominio o comunque per motivi legati all'esistenza di una relazione di una certa durata anche di tipo commerciale, negoziale o societario. ii) La

Tribunale di Firenze, seguendo le indicazioni specifiche delle linee guida, predisposte dai borsisti universitari sulla base di dati raccolti in precedenza, hanno inviato dinnanzi al mediatore le controversie in cui la conciliazione fosse ritenuta più conveniente per le parti rispetto alla procedura giudiziaria.³⁵ Prima dell'avvio di questa fase di sperimentazione vera e propria, vi è stato un periodo dedicato appositamente alla formazione e alla promozione della cultura della mediazione che ha interessato tutti gli operatori coinvolti (sia i magistrati che gli altri professionisti).³⁶

I risultati in termini di numeri – che andremo a breve ad illustrare - sono stati frutto di una maturata formazione sui vantaggi che derivano sia per le parti che per il sistema giudiziale dall'utilizzo della mediazione endo-procedimentale. Alla scadenza dell'anno di sperimentazione, l'Università di Firenze ha accertato gli esiti delle mediazioni distinguendoli in tre tipologie.³⁷

La prima tipologia è rappresentata dalle mediazioni svolte - cioè quando alla procedura hanno partecipato entrambe le parti della lite e il merito della controversia è stato oggetto di trattazione dalle stesse - che sono state 399 pari al 58% degli inviti a mediare. La seconda dalle mediazioni non svolte - ovvero quando la procedura non è stata effettivamente svolta - che sono state pari a 210, ovvero 30% degli inviti a mediare. Infine, la

sperimentazione è aperta all'adesione degli Avvocati e dei Magistrati del Tribunale e della Corte di Appello di Firenze nonché degli Organismi che abbiano sede nel distretto della Corte d'Appello di Firenze e siano iscritti nel registro degli Organismi previsto dall'art. 16 del D.lgs. n. 28/2010. iii) I soggetti che aderiscono alla sperimentazione si impegnano a indicare ogni trimestre i dati rilevanti per la sperimentazione, utilizzando le schede allegate al presente Progetto, nonché a fornire i dati statistici necessari per monitorare la sua attuazione. iv) La sperimentazione ha durata di un anno. Al termine del periodo i dati raccolti saranno elaborati e diffusi al fine di modificare e migliorare il progetto nella prospettiva di diffondere la cultura della mediazione e garantire il miglior raccordo tra mediazione e processo, al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale.

³⁵La consultazione delle linee guida è visionabile all'indirizzo: https://www.tribunale.firenze.giustizia.it/FileTribunali/173/Sito/Nausicaa/linee_guida_gruppo_mediazione.pdf

³⁶ Nel 2013, il Progetto Nausicaa è stato implementato grazie alla collaborazione del Laboratorio Congiunto Un Altro Modo dell'Università degli Studi di Firenze, della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Firenze, dell'Organismo di Conciliazione di Firenze (OCF). L'idea alla base è stata quella di creare una rete di relazioni tra i soggetti interessati alla procedura di mediazione su invito del giudice, operatori del contenzioso, enti pubblici e privati, organismi di mediazione e altre istituzioni. Attraverso la rete si è data una risposta all'esigenza di gestire flussi di informazioni, sviluppare procedure efficienti, competenze di comunicazione, organizzare continue ricerche sociali e processi di apprendimento. Si è articolato nelle seguenti fasi: i) analisi del contenzioso di sezione; ii) organizzazione di incontri dedicati allo studio delle tipologie astratte di contenzioso in relazione alla mediazione su invito del giudice (tavoli inter-istituzionali); iii) implementazione delle procedure di invito alla mediazione e di gestione della fase successiva iv) affiancamento ai giudici di giovani laureati borsisti del Laboratorio Un Altro Modo; v) monitoraggio delle procedure di invito alla mediazione e dei relativi risultati; vi) attivazione presso il Tribunale di Firenze di un servizio di orientamento e in-formazione gestito dal Laboratorio Congiunto Un Altro Modo dell'Università degli Studi di Firenze. Tutte le informazioni sul Laboratorio Un altro Modo sono reperibili all'indirizzo: <https://www.unaltromodo.org/>.

³⁷Tutti i risultati dettagliatamente illustrati sono reperibili all'indirizzo: https://www.tribunale.firenze.giustizia.it/FileTribunali/173/Sito/Nausicaa/monitoraggio_progetto_Nausicaa.pdf

terza dalle mediazioni pendenti - ovvero quelle in cui la procedura risultava avviata ma non conclusa al 31 dicembre 2018 - che sono state 80, ovvero 12%.

I numeri sopra illustrati, sebbene risalenti al 2014, appaiono particolarmente significativi del successo della sperimentazione condotta, soprattutto se vengono paragonati alla percentuale registrata a livello nazionale di accordi raggiunti che appare essere di gran lunga inferiore.³⁸

6. Qualche considerazione sulla mediazione demandata.

Alla luce dell'esperienza condotta presso il Tribunale di Torre Annunziata e quanto ricavato dai risultati ottenuti dal Progetto Nausicaa, si possono trarre alcune prime considerazioni.

Una prima acquisizione è che la *chances* di successo della mediazione demandata è maggiore quando le parti sono persuase da una specifica motivazione del giudice sul perché egli ritenga che ci siano i presupposti per giungere ad un accordo, senza la quale le parti vivrebbero la procedura di mediazione come un'inutile perdita di tempo.³⁹ Appare importante, in tal senso, che l'ordine del giudice sia discusso con i difensori e, se sono presenti, anche con le parti, in modo che il giudice possa comprendere se sia utile o meno l'invio in mediazione della lite.⁴⁰

In questa fase preparatoria, il compito del giudice deve essere supportato da un sinergico lavoro di *staff*: l'Ufficio per il Processo (d'ora in avanti U.P.P.) può dar vita a rapporti di reciproca interazione e collaborazione tra soggetti differenti per il raggiungimento di obiettivi comuni, attraverso la condivisione della riflessione e il coordinamento con le cancellerie.⁴¹ A

³⁸ È opportuno sottolineare che in Italia attualmente non vi è una banca dati sulla mediazione a cui aderiscono tutti i Tribunali; tuttavia alcune indicazioni sui numeri delle mediazioni svolte in Italia è reperibile sul sito del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_11.page. Mentre per la rivelazione statistica per l'anno 2022 con proiezioni a livello nazionale pubblicate dal Ministero della Giustizia, Dipartimento per la transizione digitale della giustizia, l'analisi statistica e le politiche di coesione Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa sono consultabili all'indirizzo: <https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziarie/civile/Mediazione%20Civile.aspx>

³⁹ Su questi temi si è discusso anche alla IX Assemblea degli Osservatori sulla giustizia civile di Rimini. In questa sede si è, infatti, ritenuto che *"la mediazione delegata differisca sostanzialmente dalla mediazione obbligatoria per legge in quanto la mediabilità di astratto, quella stabilita dalla legge per un gruppo di materie, differisce dalla mediabilità in concreto, che viene stabilita dal giudice, caso per caso, se ne ravvisa i presupposti (...). E non può essere aggirato l'ordine del giudice con la presenza formale davanti al mediatore del procuratore della parte, il quale si limitati a dichiarare l'indisponibilità del cliente a procedere con la mediazione. È necessario che le parti compaiano personalmente davanti al mediatore, per avviare quel dialogo indispensabile nel procedimento di mediazione"*.

⁴⁰ In senso conforme sono le osservazioni dei dati compiute dalla Camera arbitrale di Milano nel report annuale 2021 (reperibile all'indirizzo: <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/statistiche/2021/mediazione%20cam%20report%202021.pdf>). Sembra che la mediazione abbia conosciuto un'ulteriore fase di sviluppo, poiché sono aumentati presso la Camera di arbitrale di Milano i procedimenti conclusi con un accordo e i procedimenti in cui le parti hanno deciso di proseguire nel percorso di mediazione oltre il primo incontro. La combinazione di questi due fattori sembra indicare un nuovo atteggiamento di fiducia da parte di avvocati e parti nei confronti della mediazione, sempre più considerata uno strumento utile per gestire situazione controverse in modo efficiente e in tempi ragionevoli. Altro elemento che viene sottolineato dal report è che il ricorso alla mediazione è quasi sempre a distanza: la quasi totalità degli incontri nel 2021 si è svolta *on-line*, confermando il trend dell'anno precedente.

⁴¹ L'art. 2 d.lgs. 151/22 recita: *"Gli uffici per il processo e l'ufficio spoglio, analisi e documentazione sono costituiti al fine di garantire la ragionevole durata del processo attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi e un più efficiente impiego"*

tal proposito, l'articolo 5 del D. Lgs. n. 151 del 2022 ha previsto che tra i compiti dell'U.P.P. vi sono tutte le attività preparatorie e di supporto ai compiti dei quali: *“studio del fascicolo, compilazione di schede riassuntive, preparazione delle udienze e delle camere di consiglio, selezione dei presupposti di mediabilità della lite, ricerche di giurisprudenza e dottrina, predisposizione di bozze di provvedimenti, assistenza alla verbalizzazione”*. Se intorno al giudice si delinea un'*équipe* di sostegno, come avviene in altri Paesi europei, si possono sviluppare potenzialità di raccordo tra tanti fattori che incidono sulla qualità della giurisdizione: dal controllo statistico dei ruoli alla costruzione progressiva della decisione, al miglioramento della comunicazione con le parti e il foro, alle banche dati. Oltre a queste attività, gli addetti all'U.P.P. potranno elaborare un'analisi qualitativa del contenzioso, ricavata sulla base di precedenti simili, sulla cui scia potranno predisporre una scheda del processo per il giudice, nella quale oltre alla posizione dell'attore, la posizione del convenuto, si indichino anche i rilievi circa l'invio in mediazione, ovvero se ci sono le condizioni normative (*“natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti e ogni altra circostanza”*). L'osservazione della prassi ha evidenziato che la natura della mediazione richiede la presenza delle parti, così da permettere l'indispensabile interazione tra queste e il mediatore, che può riaprire un dialogo tra le stesse o a riattivare una comunicazione interrotta, attraverso il contatto personale e l'ascolto.⁴² I dati raccolti dal Ministero della Giustizia nel rapporto per l'anno 2022 mostrano che il tasso di successo sale al 47,4%, se le parti accettano di sedersi al tavolo della mediazione anche dopo il primo incontro che ha natura più formale.⁴³ Un altro elemento importante per la buona riuscita della mediazione è la capacità del mediatore di entrare in empatia con le parti, comprendendone i bisogni, gli interessi e anche i sentimenti dei soggetti coinvolti. Mentre il giudizio ordinario porta a togliere la parola alle parti, attribuendola agli avvocati, la natura della mediazione richiede, invece, la presenza delle stesse, offrendo loro un'occasione di una maggiore consapevolezza delle dinamiche sottostanti ai propri comportamenti.⁴⁴

delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.” Per un approfondimento circa tutti i compiti e le funzioni assegnati agli addetti all'Ufficio per il processo si può consultare il documento del Ministero della Giustizia reperibile all'indirizzo: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/slide_ufficioperprocesso_luglio2021.pdf.

⁴² Sull'importanza di un lavoro di *équipe* per trattare le controversie, si veda L. BREGGIA, *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del Progetto Nausicaa*, in *Mediazione su ordine del giudice a Firenze, Prassi, problemi e linee guida di un modello*, a cura di P. LUCARELLI, in *UNALTROMODO - Cultura della Mediazione*, 4/2015.

⁴³ Dal confronto dei dati con gli anni precedenti, appare evidente che nel 2022 si è assistito ad un tendenziale incremento di accordi raggiunti (28,9%) che è in linea con il fatto che le parti si siano impegnate a trovare un accordo anche dopo il primo incontro (47,4%). Per un approfondimento si veda: <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202022.pdf>.

⁴⁴ Date tali caratteristiche è fondamentale che tra le parti e il mediatore si avvii un dialogo che si fondi non solo sul linguaggio verbale ma anche sulla comunicazione non verbale per avviare quel dialogo che è indispensabile nel procedimento di mediazione.

Oltre a queste circostanze, è importante considerare a che punto si trova il processo quando il giudice dispone l'invito: sembra che il maggior numero di accordi si raggiunge quando il processo si trova nella fase di comparizione e di trattazione, cioè quando l'esito del giudizio è ancora incerto, poiché le parti sono più propense a tentare una soluzione concordata della lite, mentre la percentuale di successo diminuisce in modo evidente nelle fasi successive.⁴⁵

Per il successo della mediazione riveste una certa importanza non solo l'impegno del giudice e la fase del processo in cui si trova la causa, ma anche la materia della controversia: i dati raccolti sembrano mostrare che quando pre-esiste un rapporto tra le parti, ad esempio nei contratti di opera professionale, intellettuale o ai contratti di appalto o di vendita di cose, vi sono maggiori possibilità per la conciliazione della causa, poiché l'autonomia che alla base della stipula del negozio giuridico fa sì che le parti trovino più facilmente la soddisfazione dell'interesse giuridico anche nella fase patologica del contenzioso.⁴⁶

7. La digitalizzazione della mediazione: una proposta *de iure condendo*

Il lavoro di analisi empirica di tipo quali-quantitativo, condotto nell'ambito di questo lavoro di ricerca, ha permesso di constatare che la diffusione di una cultura degli strumenti alternativi alla giustizia rappresenta un percorso che in Italia, fatta eccezione per qualche modello virtuoso come quello, già descritto, della piattaforma Conciliaweb dell'AGCOM, è solo agli inizi.⁴⁷ Solo quando tutti i soggetti interessati alla mediazione adempiranno alla loro funzione, sarà possibile un effettivo ricorso numericamente significativo alla conciliazione. Grazie all'utilizzo degli ADR, si potrà avere un decisivo alleggerimento del sistema giustizia nel suo complesso. Il raggiungimento di questo obiettivo appare raggiungibile, poiché la sperimentazione condotta presso il Tribunale di Firenze ha mostrato che le definizioni non contenziose sono state registrate tanto tra cause appartenenti all'arretrato infra triennale (c.d. fisiologico), quanto tra cause appartenenti all'arretrato ultra triennale (c.d. patologico) e in qualche caso addirittura ultradecennale.⁴⁸

⁴⁵ Quanto qui affermato è il risultato delle evidenze ricavate dallo studio di sperimentazione condotto dal Tribunale di Firenze che è stato illustrato nel paragrafo precedente.

⁴⁶ In particolare, le rivelazioni statiche del Ministero della Giustizia, per il periodo che va 1° gennaio al 31 dicembre 2022, riportano i seguenti esiti per materia, distinti in percentuale accordo raggiunto, indicati nella voce i), in percentuale di accordi raggiunti con l'accordo delle parti anche dopo il primo incontro, indicati con la voce ii), e accordi non raggiunti, indicati con la voce iii). Patti di famiglia: i) 45%; ii) 65%; iii) 55%. Diritti reali: i) 43%; ii) 59%; iii) 57%. Comodato: i) 36%; ii) 51%; iii) 64%. Affitto di aziende: i) 35%; ii) 49%; iii) 65%. Divisioni: i) 34%; ii) 47%; 66%. Successioni ereditarie: i) 33%; ii) 48%; iii) 67%. Locazioni: i) 32%; ii) 51%; iii) 68%. Comodato: i) 26%; ii) 37%; iii) 74%. Responsabilità medica: i) 13%; ii) 27%; iii) 92%. Responsabilità da diffamazione a mezzo stampa: i) 18%; ii) 37%; iii) 82%. Contratti assicurativi: i) 13%; ii) 36%; iii) 87%. Contratti finanziari: i) 12%; ii) 31%; iii) 88%. Contratti bancari: i) 8%; ii) 29%; iii) 92%.

⁴⁷ Sulle buone prassi introdotta dal Tribunale di Bari e i conseguenti risultati ottenuti si guardi: https://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx?pn1=1

⁴⁸ Questi dati sulla mediazione delegata lasciano intuire un non trascurabile impatto sulla durata media dei procedimenti, con effetti deflattivi del c.d. arretrato patologico, tenuto conto che, in forza dell'articolo 2, comma 2 *quinques* in l. n. 24 marzo

Tuttavia, per ottenere l'alleggerimento del sistema giustizia in Italia, non è sufficiente l'impegno del singolo giudice o mediatore, ma è di estrema importanza che la conciliazione non rappresenti uno strumento al quale si ricorre *una tantum*.⁴⁹ La creazione di una Banca Dati Digitale Conciliativa nazionale - cioè un archivio digitale, nato da una buona prassi del Tribunale di Bari – contribuirà a rendere più vicino il raggiungimento di tale fine, poiché grazie ad essa si accrescerà una maggiore sensibilità nei giuristi in materia di risoluzione alternativa delle controversie.⁵⁰ In questo complesso e sinergico lavoro volto ad implementare il ricorso alla mediazione, occupano – come si è già illustrato – un ruolo fondamentale gli Uffici per il Processo, i quali in qualità di organi ausiliari del giudice potranno, dopo aver consultato la Banca Dati Conciliativa Digitale, elaborare uno *screening* anticipato delle cause che presentano maggiori indici di conciliazione e, a valle di quest'indagine, proporre al giudice se ci sono le condizioni ("*natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti e ogni altra circostanza*") di inviare causa in mediazione. Proprio in virtù delle potenzialità della Banca Dati Digitale Conciliativa è stato evidenziato, nella relazione conclusiva della Commissione Interministeriale per la Giustizia a Sud e Isole⁵¹, come l'affidabilità del monitoraggio sui flussi definitivi delle proposte conciliative possa impattare sul piano nazionale su più livelli: i) misurare l'efficienza raggiunta nel settore civile grazie all'applicazione degli ADR; ii) censire volumi e velocità definitive consentite dall'impiego appropriato e ragionato della media-conciliazione nei singoli uffici; iii) raffrontare periodicamente le quantità definitive così prodotte statisticamente correlate alle sentenze, per le verifiche sul contenimento dell'arretrato e per il raggiungimento degli obiettivi del PNRR.⁵² Emerge con evidenza, da quanto fin qui argomentato, che la prassi conciliativa offre un utile ausilio per temperare la garanzia di una risoluzione di qualità delle liti con il più celere smaltimento dell'arretrato.⁵³ La conciliazione in generale, come anche quella endo-

2001, n. 89 – c.d. Legge Pinto – non è riconosciuto alcun indennizzo da irragionevole durata del processo nel caso in cui la domanda venga accolta in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa che è stata rifiutata.

⁴⁹ Qualche dato indicativo dello stato dell'utilizzo della mediazione in Italia è reperibile sul sito del Ministero della Giustizia, citato. In particolare, da tale rapporto si ricava che la mediazione al Nord-Ovest è stimata del 22%, al Nord-Est del 15,5%; al Centro del 28,7%; al Sud il 22% e nelle Isole del 10%.

⁵⁰ Consapevole di ciò, il CSM nella delibera "*Ufficio per il Processo, ragionevole durata e buona prassi conciliativa*" del 26 ottobre del 2022 - con la quale ha promosso l'estensione della rilevazione dell'attività conciliativa in prospettiva di studio dei dati statistici disponibili sui flussi deflattivi e di analisi dell'incidenza quali-quantitativa della conciliazione endo-processuale sulla risposta di giustizia – ha valorizzato l'importanza della Banca Dati Digitale Conciliativa. Alcuni Tribunali - come quello di Bari da cui è nata la buona prassi - hanno implementato, aggiornato e arricchito la Banca Dati Digitale Conciliativa, creando un archivio digitale che oggi permette sia la consultazione sia l'estrazione dei precedenti di matrice conciliativa che siano analoghi a quelli del contenzioso che si sta esaminando.

⁵¹ Il rapporto è reperibile all'indirizzo: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_COVELLI_sintesi_lavori_11gen22.pdf

⁵² Si veda la delibera del CSM "*Ufficio per il Processo*", già citata.

⁵³ D'altro canto la riduzione della durata dei procedimenti è ancor più importante rappresentando uno dei target del PNRR che può avvenire anche attraverso il potenziamento dell'attività conciliativa.

processuale - di cui si è discusso fin qui - può contribuire al conseguimento di una quota di definizioni anticipata secondo schemi definitivi agili e flessibili, ben diversi da quelli contenziosi inevitabilmente più lenti e onerosi. Inoltre – a parer di chi scrive - la mediazione demandata si presta in modo trasversale a quasi tutte le materie e i riti, ma il campo dove sarà in grado di offrire un contributo in termini di incidenza positiva è quello del contenzioso che ha origine nel contesto digitale. A causa dell'enorme aumento delle transazioni *online*, sono sempre più in crescita quelle controversie di carattere seriale che vedono coinvolti i consumatori e che spesso hanno ad oggetto una modesta entità economica. Come suggerito dal CSM, con la delibera del 15 settembre 2021⁵⁴, in questi casi sarebbe opportuno far ricorso, anche durante un procedimento già avviato, a forme di ODR, cioè – come già illustrato - ad una mediazione che fa uso della tecnologia informatica per prevenire o risolvere controversie in via stragiudiziale. Le ODR non hanno, però, avuto lo sviluppo sperato specialmente per le cause di alto valore, perché queste ultime a differenza delle ADR non sono fondate sulla personalità del mediatore che occupa un ruolo centrale per la chiusura dell'accordo.

Tanto premesso, sulla base delle esperienze ricavate dall'utilizzo dei sistemi di giustizia alternativa, potrebbe essere vantaggioso, al fine di incrementare il ricorso ai sistemi alternativi alla giustizia ordinaria anche per le controversie più complesse, la totale digitalizzazione delle procedure alternative alla giurisdizione.⁵⁵ Partendo dalla considerazione che negli anni a venire il successo della conciliazione sarà sempre più determinato dal suo sviluppo digitale, si potrebbe pensare alla creazione di un'apposita piattaforma per la risoluzione delle liti, prendendo come modello quanto previsto dalla piattaforma ConciliaWeb di AGCOM.⁵⁶

Si potrebbe strutturare la procedura telematica attraverso la scansione delle seguenti fasi. Il primo passaggio potrebbe essere quello della registrazione della parte interessata alla mediazione, che può essere spontanea o demandata dal giudice, sull'apposita piattaforma. Entro un termine ragionevole dalla presentazione dell'istanza, l'organo di mediazione valuterà, comunicandolo alle parti, se la domanda sia ammissibile per esperire il tentativo di conciliazione. Durante questo tempo le parti potranno, comunque, scambiarsi proposte per trovare un accordo (c.d. negoziazione diretta) senza l'intervento di un mediatore. Nel caso in

⁵⁴ Il parere del CSM “Disegno di legge governativo di riforma del processo civile: parere sulle ricadute in materia di amministrazione della giustizia” del 15 settembre 2021 è reperibile all'indirizzo: <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+riforma+processo+civile+15+settembre+2021/2e1dab3e-77a7-5482-14fc-f183412a6973>

⁵⁵ I dati reperibili sul sito del Ministero della Giustizia, già citato, dimostrano che attualmente la mediazione ha più successo per classi di valore della lite non eccessivamente alti; mentre gli accordi raggiunti sono di gran lunga inferiori quando il valore della controversia è molto alto. In particolare, il *trend* di accordi raggiunti è in crescita fino alle cause con un valore compreso tra i 10.000 e i 25.000 euro (in questo caso gli accordi raggiunti sono stimati del 30% mentre gli accordi non raggiunti sono del 70%). Quanto si superano queste classi di valore, la percentuale di accordi di mediazione conclusi scende progressivamente in modo proporzionale al crescere del contenzioso.

⁵⁶ Per un approfondimento sulla piattaforma ConciliaWeb dell'AGCOM si rinvia alle note di cui al paragrafo n.2

cui tale negoziazione avesse un esito favorevole, la piattaforma rilascerà un'attestazione dell'accordo raggiunto che sarà firmato elettronicamente dalle parti, con la conseguente archiviazione del procedimento. Ove la negoziazione diretta, invece, non porti a un accordo transattivo, prenderà avvio la conciliazione vera e propria alla presenza di un mediatore. Questa ulteriore fase potrà essere svolta in videoconferenza, accedendo a una stanza virtuale riservata, cliccando sul *link* indicato nel fascicolo elettronico. Sarà molto importante che dinnanzi al mediatore compaiano le personalmente parti, che dovranno essere assistite dai loro rappresentanti legali, al fine di comprendere gli effetti del raggiungimento o meno dell'accordo. Nel caso in cui la conciliazione avrà un esito positivo, il mediatore redigerà un verbale - titolo esecutivo a tutti gli effetti - in cui prende atto dell'accordo che conclude la controversia. Diversamente, se durante la mediazione in video-conferenza non si raggiungerà un accordo, su tutti o su alcuni dei punti controversi, il conciliatore, sempre tramite verbale, attesterà l'esito negativo della mediazione e la controversia verrà riassunta dinnanzi al giudice. Lo svolgimento della mediazione in videoconferenza sembra utile soprattutto per i casi complessi, quando, ad esempio, sono coinvolte più di due parti, spesso rappresentate da un certo numero di avvocati, o quando si deve acquisire una prova, come sentire un testimone lontano. Al contempo, grazie alla videoconferenza, sarebbero comunque salvaguardati l'interazione personale, i messaggi del corpo e il contatto visivo, quali fattori essenziali in una conciliazione, senza però dover sopportare l'allungamento dei tempi processuali, che per le parti è sicuramente uno degli aspetti che rende la conciliazione poco vantaggiosa.⁵⁷ In questo modo, gli innovativi servizi digitali spianano la strada per la mediazione anche delle controversie più complesse, poiché non eliminano l'aspetto visivo della conciliazione "faccia a faccia", ma consentono lo stesso risparmio e la stessa convenienza dei sistemi attuali di ODR. Grazie all'instaurazione di un dialogo costruttivo digitale si permetterebbe alle parti di maturare una consapevolezza, senza costi in termini di tempo, così da consentirgli di discernere le situazioni conflittuali gestibili in autonomia, seppur con l'assistenza di esperti, e conflitti non risolvibili se non attraverso l'autorità giudicante.

In conclusione, si ritiene che per rendere più estesa la cultura e la pratica della mediazione civile e commerciale sono necessarie misure semplici, ma indispensabili, di una politica attiva che accompagni una riforma complessiva del sistema giustizia: l'investimento sulla formazione per raggiungere la più alta qualità del mediatore; la comunicazione più efficace alla cittadinanza dell'opportunità di appropriarsi degli strumenti di risoluzione alternativa, con l'assistenza dell'avvocato per offrire alla parte una piena consapevolezza giuridica; e la

⁵⁷ Secondo i dati del Ministero della Giustizia, ricavati dal rapporto citato, le mediazioni nell'anno 2022 hanno avuto una durata di all'incirca 186 giorni, mentre nel 2021 e nel 2020 hanno avuto una durata di 175 giorni, nel 2019 e 2018 hanno avuto una durata di 143 giorni e nel 2017 di 129 giorni. Bisogna tuttavia precisare che alla crescita del numero di giorni per svolgere una mediazione nel 2022 si è avuto in proporzione anche un aumento del numero di mediazioni svolte.

digitalizzazione dall'inizio alla fine di tutta la procedura di conciliazione, quale declinazione del più ampio principio di accesso alla giustizia.

Marialaura Rea

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto "Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)"



LIVIA AULINO

L'uso di software per la quantificazione degli assegni di mantenimento in favore dei figli nei procedimenti di diritto di famiglia

I procedimenti di diritto di famiglia, in particolare quelli di separazione, divorzio e regolamentazione delle modalità di affido dei figli minori di genitori non coniugati, in molti casi potrebbero essere definiti in via stragiudiziale favorendo l'accordo tra le parti. In tale direzione, la proposta conciliativa - formulata dal giudice nel corso della prima udienza di comparizione personale delle parti ai sensi dell'art. 473 bis-21 c.p.c. - risulta fondamentale in quanto capace di offrire alle parti un diverso punto di osservazione ed una possibile soluzione alla controversia.

In tale contesto, la formulazione della proposta potrebbe essere frutto del lavoro dell'ufficio del processo, chiamato ad assistere materialmente il giudice mediante la predisposizione di un set di informazioni di cui questi può servirsi al fine di individuare i punti maggiormente salienti e critici per il caso concreto.

In particolare, nel corso dello studio del fascicolo, potrebbero essere utilizzati anche sistemi intelligenti che permettono di risolvere le questioni delle quantificazioni degli assegni di mantenimento, con particolare riferimento a quello in favore dei figli minori o maggiorenni economicamente non autosufficienti. Attualmente, alcuni sistemi sono già in uso. A mero titolo esemplificativo, il software ReMida famiglia offre un'opzione di calcolo dell'assegno di mantenimento in favore del figlio sulla base di rigorosi criteri matematico-proporzionali nel pieno rispetto delle norme e dei principali orientamenti giurisprudenziali.

Con l'ausilio di tali sistemi, il giudice potrebbe proporre una proposta conciliativa che, essendo basata su criteri matematici, potrebbe essere accolta dalle parti che la intenderebbero come possibile "anticipazione" della decisione.

Il progetto sull'Ufficio del Processo, affidato al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II, ha avuto tra l'altro ad oggetto l'approfondimento del tema al fine di esplorare attuali opportunità e prospettive future.

Family law trials, those relating to separation, divorce and the regulation of the arrangements for the custody of minor children of unmarried parents, could often be resolved by agreement between the parties. In this sense, the conciliatory proposal is fundamental because it can offer the parties a different point of view and a possible solution to the dispute.

In particular, the judge performs a conciliation function during the first hearing of personal appearance of the parties pursuant to art. 473 bis-21 c.p.c., to reconcile the interests at stake. This proposal, made by the judge, could be the result of the work of the trial office, called to assist the judge materially through the preparation of a set of information that he can use to identify the most salient and critical points for the specific case.

While studying the dossier, intelligent systems could also be used to resolve the issues of cheque quantification. maintenance, with reference to that in favor of children who are under the age of majority or economically not self-sufficient. Currently, some systems are already in

use. By way of example, the software ReMida famiglia offers an option to calculate the child support allowance based on rigorous mathematical-proportional criteria in full compliance with the rules and the main jurisprudential guidelines.

With the help of such systems, the magistrate could propose a conciliatory proposal that, being based on mathematical criteria, could be accepted by the parties who would understand it as a possible "anticipation" of the decision.

Sommario: 1. L'assegno di mantenimento in favore dei figli nei procedimenti di separazione, divorzio e regolamentazione delle modalità di affido e di contribuzione dei figli di genitori non coniugati – 2. I criteri di quantificazione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli – 2.1. La statistica e la proporzionalità nella giurisprudenza locale – 3. Il *software ReMida Famiglia* – 4. Il ruolo del giudice anche alla luce della riforma Cartabia – 4.1. Il possibile ruolo dell'addetto all'ufficio del processo – 5. Conclusioni

1. L'assegno di mantenimento in favore dei figli nei procedimenti di separazione, divorzio e regolamentazione delle modalità di affido e di contribuzione dei figli di genitori non coniugati

Nel nostro ordinamento, stante il disposto dell'art. 30 Cost.¹ e dell'art. 147 c.c.², è previsto un obbligo giuridico di mantenimento della prole in capo ai genitori, oltre che di istruire, educare ed assistere moralmente i figli. Obbligo che viene ulteriormente specificato in diverse disposizioni con riferimento alle modalità di adempimento, alle condizioni e ai criteri di quantificazione degli importi da versare.

Trattasi di dovere inderogabile, non soltanto in ragione di una apposita previsione costituzionale quanto, piuttosto, in presenza di una specifica norma – l'art. 316 *bis* c.c.³ – che ben chiarisce come non sia possibile addurre la mancanza di adeguate sostanze economiche per sottrarsi all'obbligo di mantenimento.

¹ L'art. 30, co. 1, Cost. sancisce che: "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio".

² Gli artt. 147 e 148 c.c. dispongono l'obbligo per i coniugi, con l'estensione ai genitori non coniugati, di contribuire all'assolvimento degli aspetti patrimoniali riguardanti i figli, prevedendo che le modalità della contribuzione si specificano secondo un rapporto di proporzionalità e di adeguatezza alle capacità economiche degli stessi, come sancito dall'art. 148 c.c. che individua i criteri e le modalità di ripartizione. M. RINALDI, *L'assegno di mantenimento per i figli*, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 37.

³ L'art. 316-*bis*, co. 1 c.c. dispone che: "i genitori devono adempiere i loro obblighi nei confronti dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli".

In caso di separazione ovvero di giudizio per la regolamentazione delle modalità di contribuzione dei figli di genitori non coniugati, il giudice dispone l'obbligo di corresponsione di un assegno di mantenimento, tenendo conto dei presupposti stabiliti espressamente dall'art. 337 *ter* c.c. e precisamente: le attuali esigenze del figlio, il tenore di vita tenuto dal minore in costanza di convivenza con entrambi i genitori; la permanenza presso ciascun genitore; la situazione reddituale dei genitori; la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. Il d.lgs. n. 154/2013 ha ribadito l'obbligo dei genitori di mantenere i figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo.

Tuttavia, se da un lato è considerato necessario assicurare le giuste risorse ai figli minorenni – e, a determinate condizioni, anche a favore dei figli maggiorenni⁴ – è parimenti corretto tenere in debito conto le effettive capacità economiche dei soggetti obbligati, al fine di evitare che tale dovere possa condurre a un salasso intergenerazionale privo di alcuna giustificazione.

È per tale ragione che è attribuito un ruolo rilevante al giudice, chiamato a vagliare l'ipotesi di imporre un determinato assetto di interessi, ma ancora, prima di “sostituirsi” alle parti, tentare di favorire il raggiungimento di una conciliazione nelle fasi iniziali del giudizio⁵.

Anche in questa fase, e, in specie, nella determinazione dell'ammontare dell'assegno nel caso concreto, occorre tenere in considerazione i parametri indicati nell'art. 337-*ter*, co. 4, c.c. compreso l'effetto di adeguamento automatico previsto al quinto comma di detta norma.

A tale scopo, è opportuno svolgere alcuni cenni sulla natura dell'assegno. Infatti, i vari parametri di riferimento assumono una diversa connotazione a seconda delle caratteristiche intrinseche che può assumere. È tuttora aperto un dibattito tra due opposti orientamenti, con quello maggioritario che lo configura come obbligazione civile⁶. Aderendo a tale impostazione,

⁴ La norma di riferimento è l'art. 337-*septies* c.c. Per meglio comprendere quando sia possibile attribuire il diritto al mantenimento a un maggiorenne non autosufficiente, vedasi L. Izzo, *L'evoluzione dei doveri verso i figli: dal diritto al mantenimento al dovere di rendersi autosufficienti*, in *Famiglia*, 2020, in <http://www.rivistafamiglia.it>; L. AULINO, *Mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti: fino a quale età il genitore è obbligato; nota a Tribunale di Napoli, decreto n. 4868/2018*, in *Giuricivile*, 2018, 7, in <https://giuricivile.it/>.

⁵ Sul punto si veda il sito: https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/conciliazione-e-mediazione-nel-processo-di-famiglia_l-esperienza-del-tribunale-di-milano_221.

⁶ Un'autorevole dottrina qualifica come obbligazioni sia quelle strettamente alimentari, che l'assegno di mantenimento. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 4, *Le obbligazioni*, 2019. Secondo altri autori, l'obbligazione di corrispondere l'assegno di mantenimento, quale dovere specifico da adempiere in favore dell'ex coniuge, si giustifica alla luce del rapporto solidaristico che permane anche dopo la separazione; Cfr. BOCCHINI QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2018. Tra gli altri autori che qualificano l'assegno di mantenimento come un'obbligazione civile vi sono: V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema*, 2002; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio*, in *Tratt. Rescigno*, 1999; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Milano, 1988 (secondo cui il mantenimento costituisce un'obbligazione pecuniaria di durata, in particolare un debito di valuta, anche se non è insensibile alle variazioni delle condizioni economiche dei coniugi ed al deprezzamento della moneta. Il fatto che la valorizzazione del profilo della inadeguatezza dei mezzi del richiedente debba essere letta come una chiara volontà di sottolineare il passaggio da un assegno con natura composita ad uno con natura di obbligazione marcatamente assistenziale,

ne consegue la natura strumentale di detto assegno, essendo finalizzato ad adempiere ai doveri di assistenza materiale intercorrenti tra gli ormai ex coniugi. Nel caso si aderisca alla contrapposta impostazione minoritaria volta a riconoscere all'assegno una natura eminentemente perequativa⁷, l'assegno avrà, sì, una componente minoritaria ma, al contempo sarà integrato da una ulteriore componente avente uno scopo compensativo, dovendosi riconoscere nonché ricompensare gli sforzi ed i sacrifici sostenuti dal coniuge più debole.

Anche senza prendere posizione, non può trascurarsi, però, che nel caso concreto si tratta di un assegno volto al soddisfacimento delle esigenze della prole, pertanto è preferibile riconoscerne la natura di obbligazione civile giacché, per quanto venga materialmente versato al genitore affidatario, non è quest'ultimo il reale beneficiario della somma. Inoltre, va considerato anche che la terminologia utilizzata dal legislatore in relazione al rapporto tra genitori e prole conduce necessariamente a ritenere che i primi abbiano verso i secondi delle obbligazioni di natura eminentemente patrimoniale⁸.

Ora, il legislatore ha mostrato un atteggiamento di deciso favore per gli accordi tra coniugi a contenuto patrimoniale, quando siano preposti alla gestione della crisi coniugale, per i riflessi indiretti che possono avere nei confronti della prole.

Le peculiari finalità cui i contratti della crisi coniugale rispondono escludono la possibilità di qualificare gli stessi come convenzioni matrimoniali in ragione del contenuto patrimoniale. Ciò in quanto le convenzioni matrimoniali sono atti volti alla definizione del regime patrimoniale intercorrente tra i coniugi, i quali possono optare, in luogo del regime di comunione legale, per quello della separazione dei beni ovvero per l'istituzione di un apposito fondo patrimoniale. Peraltro, mentre le convenzioni matrimoniali presuppongono una famiglia "in essere" e "viva", gli accordi di gestione delle crisi coniugali sono necessariamente attuabili solo laddove sussista una situazione di effettiva crisi all'interno del rapporto di coniugio.

In breve, il fondamento della distinzione tra convenzioni matrimoniali ed accordi di gestione delle crisi coniugali risiede nelle diversità non solo della relativa disciplina ma soprattutto dei

nel quale le finalità compensativa e risarcitoria vengono relegate ad un piano secondario viene sottolineato, tra gli altri da G. BONILINI, *L'assegno post matrimoniale*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 2004.

⁷ Sul punto si veda: M. PALAZZO, *Le progressive aperture della Suprema Corte al principio di autoreponsabilità nella configurazione dell'assegno post-matrimoniale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2013, pp. 423-462; S. SCHIRÒ, *Attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio: un lungo percorso giurisprudenziale*, in *Famiglia e diritto*, 10/2019, pp. 921-935.

⁸ È stato rilevato che i termini "*potere, dovere, obbligo ed obbligazione*" utilizzati dal Legislatore con riferimento ai rapporti personali tra i coniugi e tra questi ed i figli (artt. 143, 147 c.c.) non godono di una sufficiente autonomia giuridica, potendo invece essere qualificati tutti indifferentemente. La difficoltà della classificazione è accentuata dalla compresenza nelle situazioni soggettive familiari di caratteri propri dei diritti assoluti e relativi, nonché della possibilità di accostamento con i diritti della personalità, per il motivo intuitivo della centralità della considerazione della persona all'interno del gruppo familiare. Sembrerebbe che tali rapporti giuridici siano identificabili come obbligazione, essendo caratterizzati per il loro contenuto patrimoniale (come gli obblighi di contribuzione al mantenimento dei figli). A. SCOTTI, *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Torino, 2000.

presupposti “fattuali” che ne costituiscono il fondamento.

La dottrina oggi preferisce valorizzare la natura negoziale di questi accordi di gestione delle crisi coniugali, laddove abbiano ad oggetto prestazioni di carattere patrimoniale. Alla base di tali negozi viene individuata una causa tipica di definizione della crisi coniugale o degli aspetti economici della crisi stessa, affermando su tale base la tipicità dei contratti in questione. Per cui, una parte della dottrina propone di qualificare come tipico il contratto della crisi coniugale come contratto post-matrimoniale⁹, in quanto previsto e disciplinato da apposite disposizioni (art. 711 c.p.c. ed art. 4, c. 13, l. n. 898/1970). Un opposto orientamento dottrinale, più risalente, inquadra tali contratti nella categoria dei contratti atipici¹⁰.

2. I criteri di quantificazione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli

Prima di verificare quali siano le modalità di applicazione dei parametri di quantificazione degli assegni, è necessario comprendere tali criteri.

Il legislatore, conscio della delicatezza della materia, ha provveduto già con la previgente formulazione dell'art. 155, co. 4, c.c.¹¹ a definire gli elementi da valutare in sede di

⁹ Questo contratto può, secondo tale orientamento, definirsi come “*quel contratto a titolo oneroso che viene stipulato dai coniugi per regolare i reciproci rapporti giuridici patrimoniali sorti nel corso della loro relazione esistenziale, quando al regolamento di tali rapporti i coniugi stessi intendono condizionare la definizione consensuale della crisi coniugale o di una fase di quest'ultima (separazione di fatto, separazione legale, divorzio). Tale regolamento di rapporti si attua attraverso la previsione di prestazioni vuoi unilaterali, vuoi reciproche, di carattere sia obbligatorio che reale, periodiche o istantanee*”. Cfr. G. OBERTO, I contratti della crisi coniugale, I e II, Milano, 1999.

¹⁰ A.C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in Riv. dir. civ., 1967, II, p. 529 ss. La dottrina si è interrogata sulla causa di tali negozi, pervenendo a soluzioni differenti, sulla base di diverse ricostruzioni interpretative. La dottrina maggioritaria esclude la sussistenza della causa donativa, affermata da alcuni autori, non potendosi ravvisare in tali casi l'*animus donandi*: l'arricchimento del coniuge non costituisce, infatti, la giustificazione dell'atto negoziale.

Secondo un'altra dottrina, i negozi in questione avrebbero natura transattiva, ma a tale ricostruzione si obietta rilevando l'impossibilità di riscontrare, negli accordi in oggetto, la presenza di concessioni reciproche (Cfr. E. DEL PRATO, *Transazione*, in Enc. dir., XLIV, p. 13). Invece, altri autori - e un risalente orientamento giurisprudenziale ravvisano alla base di tali negozi una causa solutoria, connessa all'adempimento dell'obbligo legale di mantenimento (Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in Dir. fam., 1993, p. 70 e in Nuova giur. civ. comm., 1993, I, p. 808, con nota di SINESIO; Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in Dir. fam., 1984, p. 922 e Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500. M. LEVA, *Trasferimenti mobiliari ed immobiliari in sede di separazione e di divorzio*, 459 ss.; sulla stessa linea: V. BARBALUCCA, P. GALLUCCI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi coniugale*, Milano, 2010, 87 ss.), ovvero di negozi determinativi di obblighi legali (E. RUSSO, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 228. Mediante la conclusione di tali negozi le parti verificano ed accertano, anzitutto, le condizioni di fatto e le circostanze rilevanti per il diritto, prendono atto del fatto che da tali circostanze originano determinati obblighi legali nei loro confronti e, infine, determinano il contenuto di tali obblighi). Tuttavia, qualificare tali accordi come contratti a causa esterna impone l'indicazione specifica della causa (c.d. *expressio causae*), pena l'invalidità del contratto stesso laddove i coniugi non facciano espressa menzione dell'intento di adempiere in tal modo all'obbligazione di mantenimento (G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 56 ss., 63 ss.).

¹¹ L'art. 155, 4 co., c.c. dispone che: “*salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando: 1) le attuali esigenze*

quantificazione dell'assegno di mantenimento.

Attualmente, la disciplina è racchiusa nell'art. 337-ter c.c. che, sempre al quarto comma, richiede che da un lato si rispetti il principio di proporzionalità da riferire al reddito dei genitori; dall'altro che siano considerate le esigenze attuali della prole, il tenore di vita tenuto dai figli antecedentemente alla separazione, la modulazione delle tempistiche relative all'affidamento post separazione, la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

Pertanto, il giudice è tenuto a valutare una serie di indici economicamente rilevanti e da contemperare tra loro.

Rispetto alla formulazione previgente dell'art. 155 c.c., invero, non si notano variazioni nei criteri da seguire, ragion per cui le oscillazioni eventualmente riscontrabili a livello nazionale nella quantificazione della somma sono riferite unicamente alla sensibilità dei magistrati nell'applicazione della norma.

Tutti i parametri, però, rivestono eguale importanza, non essendo contemperamento tra tali elementi, con ciò coordinandoli tra loro in relazione alle caratteristiche specifiche del caso concreto.

La dottrina condivide l'orientamento espresso dalla Suprema Corte¹², laddove i giudici di legittimità affermano la necessità di considerare tutti gli elementi indicati dal legislatore e confermano l'importanza di un'attenta verifica di tutti i parametri, attraverso un'analisi obiettiva della concreta situazione di fatto, nell'auspicabile prospettiva della piena realizzazione del dato normativo¹³.

La normativa menzionata, invero, indica solo gli elementi da tenere – congiuntamente – in debito conto ma non specifica come vadano “uniti” tra loro. Infatti, non viene specificamente indicato un criterio di calcolo. Ciò, unitamente al fatto che è necessario considerare opportunamente la capacità di lavoro professionale o casalingo di ognuno, con espressa valorizzazione non solo delle risorse economiche individuali, ma anche delle accertate potenzialità reddituali¹⁴, conduce alla conclusione che le modalità di calcolo possono essere

del figlio; 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori; 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;

4) le risorse economiche di entrambi i genitori; 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice”.

¹² Cass., 8 febbraio 2022, n.4035.

¹³ Nella stessa prospettiva si pongono le Linee guida per la regolamentazione delle modalità di mantenimento dei figli nelle cause di diritto familiare del CNF, disponibili al seguente link: <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/69024/ai+Presidenti+dei+COA+-+trasmissione+Linee+Guida+per+modalità+mantenimento+dei+figli+nelle+cause+di+diritto+familiare++%2829-11-2017%29.pdf/8ebd2cae-ad1e-4ca6-98d6-bcc941f5e72a>.

¹⁴ La Suprema Corte ha precisato che ai fini del riconoscimento e della quantificazione dell'assegno di mantenimento la dichiarazione dei redditi non è l'unico elemento valutativo (Cass., 12 gennaio 2017, Sez. I., n. 605); per cui occorre fare

plurime.

Proprio per tale ragione, invero, anche se non è previsto nel nostro ordinamento che l'assegno di mantenimento corrisponda ad una percentuale fissa del reddito del genitore non collocatario¹⁵, non di meno tale impostazione è seguita per la redazione delle tabelle di matrice pretoria redatte presso il Tribunale di Monza¹⁶ e seguite in diversi tribunali italiani.

La prassi così diffusasi conduce ad una scelta di metodo: da un lato, appunto, approfondire la possibilità di ancorare la determinazione dell'assegno di mantenimento a criteri di calcolo predefiniti, che ne rendano pressoché automatica la quantificazione e prevedibile l'esito, ovvero orientarsi verso la predisposizione di parametri astratti e generali da applicare caso per caso.

Se si sceglie la prima strada, allora ci si deve confrontare con un dato evidente rappresentato dall'obsolescenza dei sistemi di calcolo elettronici quali *software* dedicati, attualmente disponibili.

Il metodo *CHICos* fu elaborato basandosi sulla proposta di legge n. 54/2006 (sull'affido condiviso), con cui il Legislatore prevedeva la regola della contribuzione diretta, stabilendo la contribuzione indiretta solo in via di eccezione. Era già diffusa la consapevolezza che i sistemi oggettivi di calcolo avevano l'utile effetto di ridurre il contenzioso intervenendo oggettivamente sulla quantificazione, di modo che i genitori si adattassero alla stessa evitando inutili ulteriori contrasti¹⁷.

Un'ulteriore evoluzione di tale tendenza si è poi avuta con l'affermazione del "*metodo Palermo*" nei primi anni 2000¹⁸. In quel periodo, i giudici della Prima sezione del Tribunale di Palermo, coadiuvati dal Magistrato referente per l'informatica del distretto della Corte di Appello di Palermo, avevano realizzato e poi distribuito gratuitamente programmi per il calcolo degli assegni di mantenimento. La loro peculiarità sta nel fatto che analizzavano la capacità contributiva dei genitori tramite la relazione tra tre voci: il reddito netto, l'imposta netta ed eventuali esposizioni debitorie contratte nell'interesse della famiglia o per il soddisfacimento di esigenze primarie. Il tutto consentendo di porre delle correzioni percentuali al ribasso, preservando l'autonomia del giudice.

riferimento anche agli altri elementi di ordine economico diversi dal reddito dell'onere e suscettibili di incidere sulle condizioni delle parti, come la disponibilità di un patrimonio, anche mobiliare (Cass., 23 febbraio 2017, Sez. I, n. 4994). Sul punto si veda anche Cass., 22 marzo 2005, Sez. I, n. 6197.

¹⁵ M. PAVONE, *Il principio di proporzionalità nella quantificazione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli*, nota a Cass. Civ. sez. VI, 16 settembre 2020, n. 19299.

¹⁶ P. CALABRÒ, *I criteri di quantificazione dell'assegno per il coniuge e i figli. Riflessioni, proposte e orientamenti del Tribunale di Monza*, in <https://www.altalex.com/documents/news/2012/05/16/i-criteri-di-quantificazione-dell-assegno-per-il-coniuge-e-i-figli>, 2008.

¹⁷ M. MAGLIETTA, *CHICoS. Fondamenti, sviluppo e informazioni*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale ed intelligenza artificiale*, Torino, 2020, pp. 225-242.

¹⁸ G. BERTOLI, *Il metodo "Palermo"*, in E. AL MUREDEN, R. ROVATTI, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale ed intelligenza artificiale*, Torino, 2020, pp. 243-254.

Anche in altri Paesi, quali la Germania e la Svizzera, si è scelto di adottare sistemi di calcolo oggettivo.

In Germania, ad esempio, erano diffuse le “*tabelle di Dusseldorf*” e quelle di “*Lepzig*” (oggi sopresse) basate su una divisione tra genitore collocatario e non collocatario, che determinava la cifra unicamente sulla base del reddito del genitore non collocatario¹⁹.

In Svizzera sono utilizzati modelli di tabelle che appaiono più garantiste, perché tengono in considerazione le fasce di età e in cui il costo complessivo del figlio è dato dalla somma delle spese relative alle sue esigenze²⁰. Anzi, proprio “*la tabella di Zurigo*” fu di ispirazione per il *CHICoS*, dal momento che analizzava il fenomeno delle economie di scala derivanti dall'aumento dei figli in una famiglia. Anzi, *CHICoS* era perfino più evoluto, dal momento che elaborava i dati ISTAT sui consumi delle famiglie italiane, per quanto presentasse il rischio di essere inficiato dalle distorsioni che caratterizzano a volte i calcoli statistici.

Parimenti anche il modello MoCAM²¹ si basa su un approccio di tipo statistico, volto a quantificare il trasferimento economico tra più soggetti al fine di giungere a uno stato di equilibrio²². Però, ciò richiede di tenere in considerazione anche i vincoli giuridici, la definizione delle variabili di contesto e la fissazione di un obiettivo finale da raggiungere. In teoria sembrerebbe che il modello di calcolo MoCAM operi considerando tutti questi parametri con l'obiettivo di fissare un tenore di vita adeguato per i figli indifferentemente da quale sia il genitore con cui passano il loro tempo.

2.1. La statistica e la proporzionalità nella giurisprudenza locale

Il Progetto Ufficio del Processo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli ha comportato, in primo luogo, un'analisi della giurisprudenza – essenzialmente formatasi nell'ambito del Distretto della Corte di Appello di Napoli – per valutare l'esistenza e il modo di utilizzazione di criteri *lato sensu* automatici di determinazione dell'assegno.

Un primo gruppo di decisioni è accomunato dalla tendenza a determinare l'importo dell'assegno in base al reddito del genitore obbligato.

In tal caso, la determinazione dell'assegno avviene tenendo conto solo della sproporzione del reddito tra i genitori, senza valutare gli altri criteri indicati nella normativa condicistica, in particolare le attuali esigenze del figlio ed il tenore di vita precedentemente goduto. E laddove gli ulteriori criteri previsti dall'art. 337 *ter* c.c. sono menzionati dal giudice di merito, si nota in genere l'assenza di una approfondita motivazione sul punto.

Esemplificativa di tale posizione è la giurisprudenza di merito napoletana, tanto di primo

¹⁹ M. MAGLIETTA, *CHICoS. Fondamenti, sviluppo e informazioni*, cit., p. 233.

²⁰ M. MAGLIETTA, *CHICoS. Fondamenti, sviluppo e informazioni*, cit., p. 235.

²¹ Si veda il sito: <http://www.mocam.net/>

²² M. MALTAGLIATI, G. MARLIANI, *Il modello MoCAM*, in E. AL MUREN, R. ROVATTI, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale ed intelligenza artificiale*, Torino, 2020, pp. 255 ss.

quanto di secondo grado. Per esempio, nella recente pronuncia del Tribunale civile Napoli, 24 giugno 2022 n. 6377, il Collegio ha determinato, a carico del genitore non convivente, una contribuzione direttamente proporzionale alle proprie entrate attesa la priorità agli obblighi di sostegno connessi alle responsabilità genitoriali, ponendosi nel solco già tracciato dalla pur risalente Tribunale civile Napoli, sez. I, 10 luglio 2013 n. 8897, che, nella determinazione del *quantum*, si fondava esclusivamente sul raffronto delle capacità economiche dei due genitori. Per contro, sia pur con maggior riferimento al costo della vita e – quindi – in relazione anche alle esigenze del minore, la giurisprudenza irpina tende a privilegiare gli altri parametri mediante un richiamo agli indici ISTAT relativi alla povertà.

In sintesi, gli indici ISTAT sono utilizzati una prima volta per la determinazione dell'assegno e, con il passar del tempo, diventano parametro ai fini della rivalutazione della somma.

Ma, più specificamente, secondo il Tribunale di Avellino la fissazione, da parte del giudice di merito, di una somma quale contributo per il mantenimento di un figlio minore può legittimamente venir correlata non tanto alla quantificazione delle entrate derivanti dall'attività professionale svolta dal genitore non convivente, quanto piuttosto ad una valutazione complessiva del minimo essenziale per la vita e la crescita di un minore dell'età suindicata²³.

Più in dettaglio, si deve partire dalla definizione quantitativa della soglia di povertà elaborata dall'ISTAT, secondo cui *“la soglia di povertà assoluta rappresenta il valore monetario, a prezzi correnti, del paniere di beni e servizi considerati essenziali per ciascuna famiglia, definita in base all'età dei componenti, alla ripartizione geografica e alla tipologia del comune di residenza. Una famiglia è assolutamente povera se sostiene una spesa mensile per consumi pari o inferiore a tale valore monetario”*²⁴.

Pertanto, se si ipotizza un nucleo familiare con: un figlio/a tra i 4 e i 10 anni; i genitori in un'età compresa tra i 18 e i 56 anni; residente in un Comune del Mezzogiorno di massimo cinquantamila abitanti e non facente parte di una grande area metropolitana, il *software* di calcolo dell'ISTAT determina la soglia di povertà assoluta nel 2021 in euro 1.049,06. Ora, considerando invece un Comune di oltre cinquantamila abitanti facente parte di una periferia metropolitana, il valore è di euro 1.096,09 e sale ulteriormente ad euro 1.123,67 se si considera un centro urbano metropolitano.

In questo contesto, il calcolo operato dai giudici di Avellino sembra rispondere meglio alla lettera della norma, se si considera che i dati valutati dall'ISTAT analizzano le esigenze minime di vita dei nuclei familiari e, pertanto, della prole. Eppure, ugualmente dei parametri vengono

²³ Cass., Sez. I, 8 novembre 1997, n. 11025.

²⁴ Si veda il seguente sito: <https://www.istat.it/it/dati-analisi-e-prodotti/contenuti-interattivi/soglia-di-povert%C3%A0#:~:text=La%20soglia%20di%20povert%C3%A0%20assoluta,tipologia%20del%20comune%20di%20residenza>.

esclusi da ogni valutazione: non viene considerato il tenore di vita in costanza di convivenza, nonché le comparazioni tra le tempistiche di affido e di cura della prole.

La tendenza a privilegiare alcuni indici (in particolar modo quelli ISTAT e i redditi dei coniugi) è in un certo senso prevedibile, se non addirittura comprensibile. Infatti, se si considera che il legislatore richiede sia il rispetto del principio di proporzionalità sia la comparazione – compensazione tra diversi parametri (alcuni dei quali neppure suscettibili di essere ridotti facilmente a un mero valore economico), è giocoforza immaginare come possa essere complessa l'applicazione pedissequa di questi criteri.

Il tutto, tra l'altro, in presenza di casi estremamente variegati e che non consentono di utilizzare calcoli già effettuati come valori "guida" per calcoli futuri inerenti ad ulteriori controversie.

Ed è proprio ciò che potrebbe avere indotto i giudici irpini non solo ad affidarsi all'autorevolezza dei dati forniti dall'ISTAT bensì anche a far uso del calcolatore interattivo, che peraltro è anche presente sul sito internet del Tribunale.

Introducendo dati il più possibile simili a quelli ricavabili dalla causa in analisi, è possibile ottenere un dato di partenza – la soglia di povertà – che si presume sufficientemente oggettivo e veritiero da essere utilizzabile quale valore minimo al di sotto del quale non è possibile scendere. Però, è pur vero che tale calcolatore non è assolutamente idoneo a fungere da base di partenza per qualsivoglia valutazione, dal momento che – nelle intenzioni dei suoi ideatori – ha il fine di fornire una analisi più immediata e comprensibile dei dati statistici (molto simile, nel funzionamento, a quanto si potrebbe fare con delle funzioni di Microsoft Excel) e non è stato pensato per calcolare un assegno di mantenimento.

3. Il software *ReMida Famiglia*

Il sistema *ReMida* si basa principalmente sui dati ricavati da procedimenti giudiziari²⁵. L'assunto di fondo è dato dalla creazione di scale di misurazioni basate sull'esperienza pratica del lavoro giudiziario, in antitesi con l'utilizzo di dati astratti e fissi ovvero di analisi puramente statistiche. Per questo è stato necessario rilevare sistematicamente i valori economici e monetari di separazioni e divorzi consensuali tratti dalle realtà giudiziarie. I dati sono stati acquisiti presso i Tribunali della Lombardia durante una raccolta dati durata sette anni, dopodiché si è proceduto alla creazione degli algoritmi, sfruttando comunque le metodologie

²⁵ L'ideatore è Gianfranco D'Aietti, docente a contratto di informatica giuridica, membro del *Consorzio Giurla* realizzato dal centro di ricerca in diritto privato europeo ReCEPL su Giurimetria ed intelligenza artificiale (Consulente ufficiale della Commissione per l'efficienza delle giustizia – CEPEJ – del Consiglio d'Europa (si veda: https://www.unisob.na.it/ateneo/c008_v.htm?vr=1) ed ideatore di altri software di calcolo: *ReMida Interessi e rivalutazione* (disponibile al link: http://ftp.giuffre.it/interessi2006~globale/agg_interessi.html); *ReMida Danno alla persona* (disponibile al link: <https://shop.giuffre.it/070002098-remida-danno-alla-persona>); *ReMida Usura* (disponibile al link: <https://shop.giuffre.it/070002241-remida-tassi-di-usura>).

statistiche per l'analisi dei dati, di modo da poter ottenere delle "proiezioni" per il futuro²⁶. In più, la combinazione tra tali dati e le percentuali delle tabelle ai rispettivi redditi e patrimoni permette di determinare con maggior precisione la misura media di un assegno base in favore dei figli.

La particolarità di *ReMida* sta anche nella possibilità di personalizzare ulteriormente l'esame dei vari parametri utilizzando i criteri indicati dalla legge e dalla giurisprudenza per il tramite di una sorta di "consolle-mixer". In tal modo si giunge prima a riequilibrare i redditi dei due genitori per poi decidere, sulla base di entrambi, i relativi contributi alle esigenze della prole, valutando anche il collocamento e i tempi di permanenza presso ogni genitore. Però, non determina solo l'assegno che il genitore non collocatario deve versare, in quanto delinea anche la percentuale del contributo complessivo di entrambi i genitori, per poi convertirlo in termini monetari. Tale *software*, quindi, indica l'importo complessivo che entrambi devono versare ai figli, sia il genitore non collocatario sia quello collocatario, fornendo anche maggior precisione su un aspetto molto spesso trascurato, ossia l'entità del contributo versato dal genitore collocatario. È chiaro, quindi, che il *software ReMida* è stato sviluppato procedendo a una raccolta di dati particolarmente estesa, successivamente analizzati e organizzati con le metodologie maggiormente adatte allo scopo, ossia quelle statistiche.

Va considerato anche un altro elemento: se tale *software* è basato su sette anni di pronunce giurisprudenziali della sola Lombardia, ha una enorme capacità di crescita laddove vengano riversati in esso anche dati provenienti da altri ambiti territoriali per renderlo capace di esprimere tutto il suo potenziale a livello nazionale. Ciò si nota nel raffronto tra i dati che produce *ReMIDA* e le pronunce dei singoli tribunali differenti da quelli lombardi, che operano in contesti economicamente differenti.

La capacità di crescita di *ReMida*, poi, è enfatizzata dalla constatazione che allo stato attuale il mercato dei *software* non offre molte alternative concrete. Se da un lato esistono molti siti e banche dati che possono fornire dati giuridici utili a risolvere una controversia (giurisprudenza e dottrina in particolare), d'altra parte parrebbe esservi un unico operatore matematico che, partendo da dati numerici e giuridici assieme, fornisce per gli assegni in materia di diritto di famiglia un valore indicativo e il più possibile rispettoso di tutti i parametri di cui si richiede il rispetto in siffatto ambito, siano essi di matrice legislativa (quali quelli in esame) ovvero puramente giurisprudenziale (come nel caso dell'assegno divorzile). Infatti, gli altri metodi di calcolo non si basano su *software* strutturati come quello sopra descritto, ma sono più "grezzi" mentre tale operatore, *ReMida Famiglia*²⁷, è in grado di tener in conto diversi elementi economicamente valutabili - anche se necessiterebbe, come detto, di maggiori

²⁶ G. D'AIETTI, "Il metodo D'Aietti" e *ReMida Famiglia*, in E. AL MUREN, R. ROVATTI, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale ed intelligenza artificiale*, Torino, 2020, p. 303.

²⁷ Si veda il sito: <https://www.remidafamiglia.com/>.

aggiornamenti in termini di dati provenienti da altri Fori - come pure dell'aggravio fiscale per fornire il valore indicativo più fedele possibile alle caratteristiche concrete del caso.

Per esempio, si consideri che il Tribunale di Napoli²⁸ sembra applicare soprattutto il criterio della comparazione patrimoniale, unitamente a quello del tenore di vita avuto dalla prole. Eppure, non è chiaro se vi sia reale proporzione tra i contributi dei due genitori in ordine al mantenimento delle figlie. Per cui, si ipotizzi l'uso di *ReMida Famiglia*, anche se nella versione gratuita per privati²⁹ con i seguenti dati: l'assegno da determinare si inserisce in una controversia avente ad oggetto il divorzio tra i genitori, con ambito geografico localizzato nella Regione Campania. Il reddito mensile netto del padre, dati gli elementi descritti nella sentenza, è stimato sui 50.000 euro, mentre gli oneri sono stimati in 3500 euro per il mutuo sulla casa familiare. La madre ha un reddito pari a 3000 euro derivanti dall'assegno di mantenimento fissato in sede di separazione coniugale (si noti bene, anche ai 2500 euro percepiti in costanza di matrimonio per l'attività lavorativa svolta a favore di una società riconducibile all'ex coniuge) senza oneri atteso che, se ben si comprende la vicenda, il padre delle due figlie avrebbe sopportato i costi afferenti a bollette, condominio et alia. La casa è assegnata alla madre, pur essendo di proprietà del padre con un ipotetico valore locativo di 2000 euro mensili. Utilizzando il calcolatore ReMida nella versione free (meno preciso della versione a pagamento) si giunge a porre a carico del padre poco meno di 4000 euro di mantenimento per le due figlie. Somma inferiore, dunque, ai 6000 complessivi disposti dal giudice di Napoli.

4. Il ruolo del giudice anche alla luce della riforma Cartabia

In questo quadro si inserisce il recente d.lgs. n. 150/2022 (cd. "riforma Cartabia") che ha introdotto l'art. 473 *bis*, 21 secondo cui in caso di domande di contributo economico o in presenza di figli minori, occorre allegare al ricorso: le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre

²⁸ Trib. Na, 24 giugno 2022, n. 6377 secondo cui: *"In relazione alle figlie minori A. e A. si rileva che grava un obbligo di mantenimento solidalmente su entrambi i genitori e che tale obbligo ricomprende sia le spese ordinarie della vita quotidiana che quelle straordinarie, imprevedibili ed imponderabili. Per la determinazione del quantum occorre fare riferimento al tenore di vita goduto dai figli in costanza di convivenza con entrambi i genitori, ai tempi di permanenza presso ciascun genitore, alla valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti, alle risorse economiche di entrambi e alle esigenze del figlio. (...) Il Collegio è tenuto a determinare, a carico del genitore non convivente, una contribuzione direttamente proporzionale alle proprie entrate attesa la priorità agli obblighi di sostegno connessi alle responsabilità genitoriali. Nella determinazione del quantum non può ignorarsi inoltre che il legislatore con la formulazione dell'art. 115 quater prima ed oggi con il 337 sexies c.c. ha inteso attribuire alla casa familiare ed alla sua assegnazione una esplicita e marcata valenza economica, come espressamente deducibile dalla previsione normativa che dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà" (art. 337 sexies). È pacifico infatti che tale assegnazione, in favore delle minori, deve essere valutata per regolare i rapporti economici tra i coniugi, non in relazione all'eventuale assegno di mantenimento in favore del coniuge debole (nel caso di specie non previsto), ma con esclusivo riguardo ai figli ovvero alla quantificazione del contributo economico al loro mantenimento in quanto l'assegnazione della casa familiare rappresentava una componente in natura dell'assegno di mantenimento (in questo senso ex plurimis Cass. n. 25420/2015)".*

²⁹ Disponibile al link: <https://www.remidafamiglia.com/calcolo-assegno-mantenimento>.

anni; la documentazione attestante la titolarità di diritti reali su beni immobili e beni mobili registrati, nonché di quote sociali; gli estratti conto dei rapporti bancari e finanziari relativi agli ultimi tre anni.

Nei procedimenti in cui sono coinvolti i minori, al ricorso deve essere allegato un piano genitoriale che indica gli impegni e le attività quotidiane dei figli relative alla scuola, al percorso educativo, alle attività extrascolastiche, alle frequentazioni abituali e alle vacanze normalmente godute.

Con riguardo alla quantificazione dell'assegno da corrispondere ai figli, la riforma Cartabia non ha inserito novità relative ai profili sostanziali; tuttavia, ha previsto che al ricorso introduttivo del giudizio vada allegato – a pena di decadenza - il piano genitoriale. Così sembra andare in secondo piano l'importanza della valutazione dei redditi e della situazione patrimoniale dei genitori nella quantificazione dell'assegno di mantenimento.

Si tratta di un documento che, stando alla Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, consiste nell'illustrazione, secondo la reciproca prospettazione dei genitori, degli elementi principali, che la norma espressamente individua, del progetto educativo e di accudimento del minore. Si tratta di utili informazioni che permettono al giudice, investito del procedimento, di individuare e dettagliare all'interno dei provvedimenti che egli è chiamato ad assumere, le indicazioni più opportune nell'interesse del minore, costruite "su misura" rispetto alla situazione di vita pregressa e alle sue abitudini consolidate. L'introduzione del piano genitoriale³⁰, sebbene non incida direttamente sulla quantificazione dell'assegno di mantenimento per il figlio, può agevolare il giudice nella fase valutazione dei singoli aspetti previsti dall'art. 337 *ter* c.c.

L'udienza di comparizione delle parti – a seguito della riforma Cartabia – è disciplinata dall'art. 473 *bis* 21 c.p.c. Più precisamente, nel corso della prima udienza è richiesta la comparizione personale delle parti per prendere atto della loro volontà di non volersi riconciliare e per consentire loro di formulare una motivata proposta conciliativa. La mancata comparizione senza giustificato motivo è valutata ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e per la regolamentazione delle spese di lite. Se le parti aderiscono alla proposta conciliativa formulata dal giudice, questi assume i provvedimenti temporanei ed urgenti che si rendono necessari e rimette la causa in decisione, per la pronuncia della sentenza che prenda atto ovvero omologhi gli accordi raggiunti dalle parti³¹.

Laddove, invece, si tratti di ricorso congiunto, il giudice è chiamato a valutare la rispondenza dell'accordo raggiunto dalle parti in relazione all'interesse della prole. Però, proprio in

³⁰ Il piano genitoriale deve contenere tutti gli aspetti della vita di ciascun figlio minore e più precisamente: l'elencazione dei luoghi abitualmente frequentati; l'indicazione della scuola e del percorso educativo (presente e futuro); l'attività extrascolastiche, sportive, culturali e formative

frequentazioni parentali e amicali; le vacanze, festività e ricorrenze (compleanni, etc.).

³¹ M. DI PIRRO, *Il nuovo processo civile dopo la riforma Cartabia*, Napoli, 2023, p. 106.

relazione a tale aspetto, la riforma Cartabia ha introdotto un elemento di relevantissima novità, foriero di innovazioni in un ambito caratterizzato da un orientamento quasi granitico. Nella riforma del procedimento di divorzio come ora delineato nell'art. 473 *bis* c.p.c., è stato introdotto una sorta di "accordo pre-divorzio" attraverso la previsione dell'art. 473 *bis*, 51, in cui si statuisce che "con il ricorso le parti possono anche regolamentare, in tutto o in parte, i loro rapporti patrimoniali"³². Ciò, peraltro, può investire anche le condizioni economiche relative ai figli, dal momento che il giudice non omologa gli accordi e convoca le parti laddove li ritenga in contrasto con l'interesse della prole.

Per meglio comprendere la portata innovativa della norma, va ricordato che nell'ambito della separazione e del divorzio è da tempo ampiamente dibattuta la possibilità di regolare *ex ante* parte delle conseguenze dello scioglimento del vincolo coniugale attraverso i patti prematrimoniali, a fronte di una decisa negazione della loro ammissibilità per contrarietà all'art. 160 c.c., che statuisce l'inderogabilità dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio³³. Nel tempo, però, è stata avanzata l'idea, per quanto minoritaria in dottrina³⁴ ed in giurisprudenza³⁵ che ammette tali accordi laddove inseriti in convenzioni matrimoniali che disciplinano aspetti di natura prettamente patrimoniale, con esclusione dell'assetto di diritti e doveri a carattere eminentemente personale.

Ciò, però, può avere riflessi proprio sull'assegno di mantenimento in ordine alla sua quantificazione. Infatti, laddove si ammetta la possibilità di trasferire beni tra i coniugi (es. beni immobili) a seguito dello scioglimento del matrimonio, il giudice dovrà tenerne conto quando statuisca sui rapporti patrimoniali tra gli (ormai) ex coniugi. Nel caso in cui uno dei due attribuisca all'altro un bene immobile di sua proprietà ove l'altro possa vivere con la prole, allora tale assegno andrà "tarato" sulle spese effettive da cui saranno chiaramente escluse quelle di locazione di un bene immobile.

Sul punto si noti che è intervenuta, tra l'altro con un impatto potenzialmente molto rilevante, anche la cd. riforma "Cartabia", con delle disposizioni che potrebbero, in futuro, giungere ad una sostanziale legittimazione degli accordi pre-divorzili, sia pur a determinate condizioni ed

³² G. CASABURI, *Un utile ircocervo: la domanda cumulativa di separazione e di divorzio (art. 473 bis.49 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 6, 2023, p. 1940 ss.

³³ La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono viziati di nullità assoluta gli accordi diretti a regolare gli effetti patrimoniali della separazione posti in essere al tempo del matrimonio o comunque prima che sia manifestata la causa della separazione. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1., Milano, 2014, p. 230; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 43 ss; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999; Sul punto si veda *ex pluris* Cass., Sez. I, 30 gennaio 2017, n. 2224, Cass., 10 marzo 2006, Sez. I, n. 5302/2006.

³⁴ L. GATT, *Comma 50 "Autonomia privata e convenzioni familiari nella dialettica tra tipicità e atipicità negoziale"*, in Aa.Vv. (a cura di) C.M. BIANCA, *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 7/2017*, p. 616 ss.; D. DE CRESCENZO, *Gli accordi prematrimoniali e la nuova stagione delle convenzioni matrimoniali*, in *Gazz. Notarile*, 2013, p. 461 ss.; L. GATT, *Convenzioni matrimoniali: verso il superamento dell'orientamento della Cassazione*, in *Fam. Per. Succ.*, 2009, pp. 1-7; L. AULINO, *Contratti di convivenza ed aspetti patrimoniali*, in *Famiglia*, 2017, <http://www.rivistafamiglia.it>.

³⁵ Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713.

anche a fronte di forti perplessità dovute ad un – sembrerebbe – mancato coordinamento tra la normativa processuale e quella di diritto sostanziale in tema di genitorialità, diritti dei minori e rapporti economici tra (ormai ex) coniugi³⁶.

Infatti, è come se il Legislatore stesso ammettesse – sia pur indirettamente e senza prendere una posizione realmente netta sul punto (dal momento che neppure qualifica tali accordi col nomen iuris di “accordi pre-divorzili” – la possibilità di giungere a un accordo sostanzialmente pre-divorzile e che questo venga considerato, sotto certe condizioni, valido³⁷. Infatti, il ricorso in questione è un ricorso congiunto, che per sua natura richiede il previo raggiungimento di un accordo su tutti i punti del ricorso stesso. Ciò trasforma il ricorso in un vero e proprio accordo preventivo, per quanto questo debba superare ancora il vaglio del giudice. Vaglio che, per la verità, può essere effettuato in maniera molto più agevole e precisa proprio tramite il ricorso a tabelle, sistemi di calcolo e/o software dedicati per la quantificazione del dovuto, da cui ottenere una serie di dati da porre a confronto con quelli presenti nell’accordo (*rectius*: ricorso) stesso.

4.1 Il possibile ruolo dell’addetto all’ufficio del processo

Con riferimento a tutte le attività esposte - che vedono il giudice come protagonista - tuttavia, emerge un elemento comune, rappresentato dalla complessità del lavoro di analisi e di istruttoria propedeutica alla formulazione della proposta conciliativa e della valutazione dell’accordo contenuto nel ricorso congiunto.

Nel Progetto dell’Ufficio del Processo, si è ritenuto possibile valorizzare l’ausilio che può fornire la figura dell’addetto all’Ufficio per il processo³⁸, il cui compito principale consiste nell’affiancare i magistrati, coadiuvando le attività delle cancellerie, agevolando, in tal senso,

³⁶ C. CECHELLA, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *Riv. Dir. Proc.*, n. 3/2023, pp. 1138-1140.

³⁷ Si noti come sia attualmente al vaglio della Commissione Giustizia (ma bloccato dal novembre 2017) il d.d.l. n. 2669/2014 in materia di accordi prematrimoniali (link alla scheda del Senato <https://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44889.htm>) che si pone l’obiettivo di riconoscere ai futuri coniugi, nel momento che precede il matrimonio una più ampia autonomia, al fine di disciplinare i loro rapporti patrimoniali e personali anche relativamente all’eventuale fase di separazione e di divorzio, attraverso accordi contenuti in un’apposita convenzione. Il disegno di legge prevede che in presenza di figli minori o economicamente non autosufficienti, gli accordi prematrimoniali debbano essere espressamente autorizzati dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente. Ai futuri coniugi senza prole viene, invece, riconosciuta una maggiore autonomia negoziale, essendo prevista anche la possibilità di rinuncia del futuro coniuge al mantenimento da parte dell’altro, fermi i reciproci doveri di assistenza morale e materiale e ferma l’irrinunciabilità del diritto agli alimenti. Tali convenzioni potranno essere stipulate - con la forma dell’atto pubblico - dai coniugi anche in costanza di matrimonio ed in previsione di una crisi.

³⁸ L’istituzione dell’Ufficio per il processo è avvenuta mediante la disciplina dettata dall’art. 16-*octies* del D.L. 18 ottobre 2012, n.179 (convertito in L. 17.12.2012, n. 221) ed introdotto dall’art. 50 D.L. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito in L. 11.8.2014, n. 114). L’obiettivo principale di questo ufficio è di garantire la ragionevole durata dei processi, cercando di ridurre il più possibile le lungaggini processuali, nell’ottica dell’efficientamento della Pubblica Amministrazione. Sul punto si rimanda per maggiori approfondimenti a AA.VV., *Ufficio per il processo*, a cura di F. AULETTA e S. RUSCIANO, Bologna, 2023.

le attività preparatorie al giudizio. A questo si affiancano ulteriormente le attività di redazione delle bozze dei provvedimenti e la collaborazione con l'ufficio giudiziario nelle attività preparatorie e collaterali alla decisione (es. acquisizione a sistema informatico dei provvedimenti, ovvero, l'inserimento delle date di fissazione e di rinvio delle udienze).

Proprio in considerazione delle sue funzioni, si ritiene che il personale addetto all'Ufficio del Processo possa svolgere un ruolo essenziale, ove sia dotato delle giuste competenze e dei necessari strumenti. Si pensi ai funzionari, infatti, come coloro che operano una prima analisi generale, di modo da fornire al giudice un set di dati "semilavorato" e già parzialmente raffinato. Quest'ultimo, in conseguenza di ciò, può meglio concentrare la sua attività direttamente sull'analisi di dati effettivamente ricollegati e ricollegabili alle questioni giuridiche in esame, usufruendo anche di più tempo per le valutazioni di ogni singolo fascicolo. Ciò proprio perché il personale dell'UPP opererebbe la prima "scrematura" nel *mare magnum* di orientamenti giurisprudenziali, analisi matematiche e statistiche, dottrina e normativa nel quale reperire gli elementi essenziali alla decisione, liberando il giudice dell'onere di effettuare la relativa ricerca in prima persona. Quest'ultimo, come detto, si concentrerebbe unicamente sull'analisi finale, a seguito di un confronto con il personale dell'Ufficio per il Processo laddove questo dovesse possedere le necessarie competenze e nel caso in cui si dovesse sviluppare un certo livello di affiatamento, interoperabilità e collaborazione tra la persona del magistrato e i componenti del suddetto Ufficio. Ciò sarebbe anche funzionale alla riduzione dei tempi del processo in quanto, a parità di tempo disponibile, diminuirebbe il carico di lavoro per singolo fascicolo gravante direttamente sulla figura del magistrato e aumenterebbe il tempo disponibile per ponderare con attenzione le scelte relative alla gestione del processo stesso.

5. Conclusioni

Il concetto di fondo fin qui analizzato (utilizzare un metodo di confronto di dati matematici al fine di effettuare un calcolo il più possibile oggettivo) è chiaramente meritevole di ulteriori sviluppi, tra l'altro ineludibili.

Nondimeno si avverte l'esigenza di adottare su scala più vasta possibile un *software* che sia specificamente progettato per tali fini e ambiti, come *ReMida*.

Infatti, in primo luogo va ricordato come si sia in un periodo storico che richiede particolare attenzione alla quantificazione degli assegni di mantenimento di varia natura (si rimanda a quanto avvenuto in tema di assegno divorzile, una volta parametrato solo sul tenore di vita e ora più incentrato sull'analisi del caso concreto in ragione delle perduranti difficoltà economiche in ampi strati della popolazione), tenendo debito conto di ogni singolo elemento economicamente valutabile a tal fine. Ciò conduce a un appesantimento del carico di lavoro del magistrato, chiamato ad assumere una inedita veste di "pseudo-economista" e "pseudo-statistico".

A ciò si aggiunga che il numero dei divorzi è in costante crescita, appesantendo le scrivanie dei magistrati con nuove pile di fascicoli che si aggiungono a quelli già avviati. Ciò è stato il presupposto per l'emanazione della Riforma Cartabia, che sul piano procedurale prevede una serie di particolarità volte a semplificare gli adempimenti dei giudici e la valutazione delle cause.

Ma ciò non è sufficiente, se si unisce la tendenza all'aumento del numero di divorzi con la necessità di utilizzare estrema prudenza nella quantificazione degli assegni, onde scoraggiare il continuo ricorso al giudice attraverso tutti i gradi di giudizio.

Livia Aulino

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”



ANTONIO MARIA MARZOCCO

Note sul rapporto tra *periculum in mora* e opportunità (della custodia o gestione del bene) nel sequestro giudiziario ex art. 670 n. 1 c.p.c.

Il saggio affronta il controverso tema del rapporto tra *periculum in mora* e valutazione di opportunità nel sequestro giudiziario di beni ex art. 670 n. 1 c.p.c. L'autore esclude che l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione dei beni possa configurare, ai fini della concessione del sequestro, un presupposto che sostituisce il *periculum in mora* o che si aggiunge ad esso quale valutazione rimessa alla discrezionalità del giudice. La soluzione proposta consiste, invece, nel ricondurre la valutazione di opportunità nell'ambito dell'accertamento del *periculum in mora*. Quest'ultimo può avere infatti diverse gradazioni: dal pericolo astratto al pericolo concreto, al pregiudizio imminente e irreparabile. In tale contesto, il riferimento dell'art. 670 n. 1 all'opportunità esprime niente altro che la sufficienza, al fine di ritenere esistente il *periculum in mora* richiesto per il sequestro giudiziario ex art. 670 n. 1, anche soltanto di un pericolo astratto.

The essay deals with the controversial issue of the relationship between *periculum in mora* and the assessment of appropriateness in the judicial seizure of assets pursuant to Article 670 no. 1 of the Code of Civil Procedure. The author excludes that the appropriateness of providing for the custody or management of the assets can configure, for the purposes of granting the seizure, a prerequisite that replaces the *periculum in mora* or that is added to it as an assessment referred to the discretion of the judge. Instead, the proposed solution consists in bringing the assessment of appropriateness within the assessment of the *periculum in mora*. The latter may in fact have different degrees: from abstract to concrete *periculum*, to imminent and irreparable prejudice. In this context, the reference in Art. 670 no. 1 to appropriateness indicates nothing more than the sufficiency, in order to consider the *periculum in mora* required for judicial seizure under Art. 670 no. 1 to exist, of even only an abstract *periculum*.

Sommario: 1. Posizione del tema e le contrastanti ricostruzioni della dottrina; 2. Plurimi interrogativi; 3. (*Segue*) Implicazioni pratiche delle diverse ricostruzioni e rischi per la parte istante; 4. Strumenti per la risoluzione del tema: a) le due tendenze della giurisprudenza tra unione e distinzione di *periculum in mora* ed opportunità; 5. (*Segue*) b) Un differente ma connesso tema: se l'art. 670 n. 1 presupponga un *periculum* astratto o concreto; 6. Risultato: l'opportunità come sufficienza di un *periculum* anche soltanto astratto; 7. Un argomento finale ancora a sostegno del risultato raggiunto: *quid* se l'opportunità fosse un elemento distinto dal *periculum in mora*, ulteriore e rimesso alla discrezionalità del giudice?

1. Posizione del tema e le contrastanti ricostruzioni della dottrina

Una sottile relazione, spesso trascurata, è fonte di contrastanti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza: il rapporto tra il *periculum in mora*, presupposto della tutela cautelare accanto al *fumus boni iuris*, e la valutazione di opportunità che il testo dell'art. 670 n. 1 sembra attribuire al giudice della cautela.

L'art. 670 n. 1 c.p.c., dedicato al sequestro giudiziario di beni, non contiene, come del resto l'art. 670 n. 2 dedicato al sequestro di prove¹, alcun riferimento, esplicito o implicito, al *periculum in mora*. Esso discorre soltanto dell'opportunità di provvedere, in presenza di una controversia sulla proprietà o il possesso dei beni da esso elencati in modo non tassativo², alla loro temporanea custodia o, in caso di beni produttivi, alla loro temporanea gestione. Ciò a differenza dell'art. 671 c.p.c., che nel delineare i presupposti del sequestro conservativo contiene un chiaro riferimento al *periculum in mora*: il fondato timore del creditore di perdere la garanzia del proprio credito³.

Eppure, l'art. 670 n. 1, dal momento che contempla un provvedimento cautelare, non può che richiedere, quali presupposti (o, se lo si preferisce, quali condizioni speciali di ammissibilità), il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Del resto, il sequestro in esame non rientra tra le ipotesi, da ritenere eccezionali, in cui la concessione del provvedimento cautelare richiede soltanto l'accertamento del *fumus boni iuris*, fattispecie in cui il *periculum* può essere ritenuto

¹ In ragione del dibattito sul diritto cautelato dal sequestro ex art. 670 n. 2 c.p.c. – in particolare se si tratti di un diritto sostanziale o di un diritto processuale all'esibizione (cfr. A. PROTO PISANI, *Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all'esibizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 574 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, p. 164 ss.; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, p. 22 s.; S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, p. 257 ss.) o, piuttosto, del diritto alla prova in sé (come si afferma, ormai spesso, a partire da Cass. 22 dicembre 1993, n. 12705) – la configurazione del *periculum in mora* nel sequestro giudiziario di prove origina riflessioni soltanto in parte coincidenti con quelle relative al sequestro ex art. 670 n. 1. Per questo motivo l'indagine qui compiuta è limitata al n. 1 dell'art. 670.

² Sul carattere non tassativo ma esemplificativo dell'elencazione (a differenza di quanto si reputa per gli artt. 812-815 c.c.), cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3ª ed., Napoli, 1964, sub art. 670, p. 149; C. CALVOSA, voce *Sequestro conservativo*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, 1970, p. 64 s.

³ Sull'origine e sul contenuto di questo presupposto, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968 (ristampa), sub art. 671, p. 178 osserva: «Come è facile immaginare c'è su questo una sterminata giurisprudenza dovuta alla gravità della misura cautelare, ma i caratteri del pericolo sono facilmente determinabili in base a pochi principi. Conviene ricordare che il vecchio codice all'art. 924 concretava la sussistenza del pericolo in specifiche ipotesi: sospetto di fuga del debitore, timore di sottrazioni, pericolo di perdere le garanzie. L'arcaica previsione della fuga è scomparsa, e le altre due fattispecie si sono ragionevolmente fuse nell'unico «fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito» nel quale in realtà si comprende tutto». Sull'idoneità della formula «fondato timore» «a contemperare le esigenze di entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio», v. M. ZUMPANO, voce *Sequestro conservativo e giudiziario*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, p. 117. In particolare, sul contemperamento che la formula realizza tra elemento soggettivo (il timore) ed elemento oggettivo (la fondatezza dello stesso) v. R. SANTULLI, voce *Sequestro giudiziario e conservativo - Dir. Proc. Civ.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, p. 6; e S. COSTA, voce *Sequestro conservativo*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, 1970, p. 45. Per un'analisi accurata sull'esclusione che si possa trattare di un timore frutto soltanto di «un apprezzamento soggettivo del creditore», senza «corrispondere a un reale stato di cose», v. A. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3ª ed., Milano, 1953, p. 61 e, in senso conforme, M. CANTILLO, F. SANTANGELI, *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 2003, p. 85.

in re ipsa in virtù della (pre)considerazione da parte del legislatore dell'*id quod plerumque accidit*⁴. Al di là di fattispecie del genere, in presenza di una misura cautelare tipica come quella in esame il *periculum in mora* da fronteggiare deve essere individuabile, almeno come categorie di *pericula* che il provvedimento cautelare intende contrastare (ad esempio, in caso di tutela conservativa, un pericolo di distruzione, alterazione, sottrazione o altri di atti di disposizione materiale o giuridica del bene).

Pertanto, avrebbe soddisfatto una legittima aspettativa la previsione, da parte dell'art. 670 n. 1, delle categorie di *pericula*; o almeno il rinvenimento in esso di più elementi per la loro concreta determinazione⁵. Sotto tale profilo risulta certamente "più tipico" il già ricordato art. 671 c.p.c.

Sulla configurazione del *periculum in mora* richiesto per il sequestro giudiziario di beni era, invece, chiaro l'art. 921 c.p.c. del 1865⁶, che rappresenta, insieme all'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865⁷, l'antecedente storico dell'art. 670 n. 1⁸. Esso consentiva il sequestro giudiziario in caso

⁴ Sul tema, anche per l'indicazione di alcuni esempi (come la tutela reintegratoria ex art. 18, L. 20 maggio 1970, n. 300), v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 7ª ed., 2023, p. 607 s.

⁵ L'analisi storica, di cui *infra* note 7-10, non giustifica del tutto un testo di così ampio tenore come quello dell'art. 670 n. 1 nella parte in cui si riferisce all'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione del bene.

⁶ Si è puntualmente osservato (F. CORSINI, *Il sequestro giudiziario di beni*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali - II. Procedimenti cautelari*, Torino, 2005, p. 869) che «Il legislatore non utilizza una formula precisa per delineare i contorni del *periculum in mora*; l'art. 670, n. 1, c.p.c. prevede soltanto, in modo abbastanza vago, che la misura va concessa quando è opportuno provvedere alla custodia od alla gestione temporanea dei beni controversi. I *conditores*, insomma, più che descrivere il pericolo nel ritardo, si soffermano unicamente sullo strumento per porvi rimedio, al contrario di quanto stabiliva l'art. 921 c.p.c. 1865».

⁷ Il richiamo reciproco tra le due norme è ben descritto da A. BRACCI, *Il sequestro giudiziario*, Napoli, 1966, p. 8: «L'art. 921 c.p.c. 1865 disponeva che «oltre i casi previsti dall'art. 1875 del codice civile, l'autorità giudiziaria, sulla domanda della parte interessata, può ordinare il sequestro di una cosa mobile o immobile» quando vi sia pericolo di sottrazione, alterazione o deterioramento. A sua volta, il ricordato art. 1875 stabiliva che, oltre i casi previsti dal codice di procedura civile, l'autorità giudiziaria «può ordinare il sequestro» di un immobile o di una cosa mobile «la cui proprietà o il cui possesso sia controverso fra due o più persone».

⁸ Circa il rapporto tra le due norme, si affermava la necessità di leggerle unitariamente, in attesa che «l'inutile e dannosa dicotomia della disciplina del sequestro giudiziario» fosse superata, come ben testimonia A. SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, 3ª ed. (con appendice di aggiornamento a cura di A. Levoni), Milano, 1969, p. 63 s.: «malgrado che dalla stessa formulazione dell'art. 921 C.P.C. («oltre i casi indicati nell'art. 1875...») apparisse chiara la volontà del legislatore di considerare come nettamente autonome le due disposizioni, e malgrado la dottrina si prodigasse in ogni sforzo per giustificare tale netta distinzione (giungendo, però, molto spesso, a risultati puramente verbali) in pratica, nella maggior parte dei casi, si finiva per fondere le due disposizioni in una sola, concedendo, in genere, il sequestro sul presupposto del pericolo relativo al bene e, tutt'al più, considerando la controversia ad esso relativa come un elemento da cui si potesse facilmente desumere l'esistenza di tale pericolo, esimendosi da ulteriori accertamenti. Un tale stato di cose rivelava urgente la necessità di una riforma che eliminasse l'inutile e dannosa dicotomia della disciplina del sequestro giudiziario e determinasse con sicurezza i contorni di tale misura, chiarendone i presupposti».

La tesi della lettura unitaria delle due norme incontrava però la critica di chi sosteneva che la soluzione interpretativa, per quanto in generale condivisibile, non potesse valere in mondo esclusivo, per l'esistenza di «ipotesi eccezionali», ma pur possibili, in cui ricorre una controversia sulla proprietà o il possesso ma manca il *periculum* indicato dall'art. 921 c.p.c. del 1865. In tal senso A. BRACCI, *op. cit.*, p. 10 che, richiamando L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s.d., ed. IV, III, p. 799, così esemplificava: «(...) nel caso dell'azione di revindica, avente per oggetto beni

di «pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione» dei beni, *pericula* che individuavano un campo di applicazione già ritenuto ampio⁹ e che, nell'applicazione pratica, era stato progressivamente ampliato fino ad estenderlo alla più generica opportunità¹⁰.

Proprio il confronto con il testo dell'art. 921 c.p.c. del 1865 e la circostanza che l'art. 670 n. 1 discorre, testualmente, soltanto di opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene ha indotto una parte della dottrina ad individuare il secondo presupposto del sequestro in esame – accanto al *fumus boni iuris* – soltanto nella opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene, rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, ritenendo non necessario il *periculum in mora*¹¹; oppure ad

immobili, mentre esiste indubbiamente una controversia tra le parti sul diritto di proprietà o, quanto meno, sul possesso, non è detto che debba necessariamente ricorrere il pericolo di sottrazione, alterazione o deterioramento.

Non esiste in primo luogo pericolo di alienazione (la sola forma di sottrazione possibile relativamente agli immobili) in quanto la trascrizione della citazione evita tale pericolo; per ciò che concerne l'alterazione e il deterioramento, il pericolo può anche non sussistere perché chi si trova al possesso dell'immobile dà garanzia di onestà. Riteniamo pur tuttavia che il sequestro giudiziario potesse esser concesso in base all'art. 1875, che non si richiama ai pericoli sopra ricordati, ma solo all'esistenza della lite»).

⁹ In tal senso A. BRACCI, *op. cit.*, p. 9, argomentando dalla circostanza che il sequestro era subordinato «al generico pericolo di sottrazione, alterazione o deterioramento».

¹⁰ Sul tema v. A. SCAGLIONI, *op. cit.*, p. 63 ss., spec. p. 65, dove indica la progressiva tendenza a svincolare il sequestro ex art. 921 c.p.c. «dal presupposto del pericolo di alterazione, sottrazione o deteriorazione, subordinandolo unicamente a un "criterio generico di opportunità, desunto dalle condizioni delle cose e delle persone"».

¹¹ Ritiene non necessario il *periculum* e sembra distinguere dal concetto di opportunità A. SCAGLIONI, *op. cit.*, p. 68: «Contemporaneamente viene, d'altra parte, ad essere così riaffermato il principio, su cui tanto hanno battuto la dottrina e la giurisprudenza per poter nettamente distinguere l'ipotesi dell'art. 1875 n. 1 C.C. da quella dell'art. 921 C.P.C. 1865, per cui non è neppure necessario che, oltre all'estremo della pendenza della lite, sussista un vero e proprio pericolo di sottrazione ecc. essendo sufficiente che il provvedimento cautelare risponda a un concetto generale di opportunità, secondo il prudente arbitrio del giudice (a cui, in questo caso, è riconosciuto un vero e proprio potere discrezionale), come nel caso in cui l'esistenza della controversia possa turbare la normale amministrazione e lo sfruttamento del bene che ne è oggetto.

Le espressioni *fumus boni iuris* e *causa arresti*, mutate dal sequestro conservativo ed estese ora ad indicare i presupposti di ogni misura cautelare, assumono, dunque, in relazione al sequestro giudiziario, un significato particolare, indicando la prima non solo un diritto probabile, bensì un diritto controverso e la seconda, non un pericolo vero e proprio, bensì, come si è detto or ora, anche un semplice motivo di opportunità».

Nell'ottica della distinzione tra *periculum* ed opportunità, affermando che quest'ultimo non è necessario, si pone anche E. PROTETTI, *Il sequestro in materia civile e nelle leggi speciali*, Napoli, 1969, p. 15: «L'opportunità siffatta ricorre ogni qualvolta sussistano motivi attuali o eventuali, per cui si tema l'avverarsi di fatti che possano impedire la consegna del bene al titolare oppure importino situazioni che pregiudichino l'attuazione del diritto controverso, anche mediante una cattiva amministrazione del bene.

In mancanza di questa condizione il sequestro giudiziario non può essere concesso e, se concesso, deve essere revocato.

Non è invece necessario che sussista il pericolo di sottrazione, alterazione, deterioramento del bene, anche se tale pericolo può essere valutato dal giudice ai fini dell'esame sulla opportunità, che è rimesso al suo giudizio discrezionale».

L'abbandono del presupposto del *periculum* è sostenuto in modo evidente da A. CIOFFI, *Commento teorico-pratico del Codice di procedura civile*, III, Roma, 1957, sub art. 670-676, § 1004, p. 279: «Il c.p.c. del 1865 richiedeva all'art. 921 che vi fosse stato anche pericolo di alterazione, sottrazione o deterioramento dei beni; ma l'articolo 670 del codice vigente non richiede più, oltre l'estremo della controversia sulla proprietà o sul possesso, anche quello del mentovato pericolo. si appaga, esso, invece, di un giudizio di opportunità a provvedere alla custodia o alla gestione temporanea dei beni».

affermare, in modo simile, che il *periculum in mora* «può sussistere, ma non è elemento determinante» per la concessione del sequestro¹².

Ad una conclusione opposta, ma pur sempre attraverso il confronto con l'art. 921 c.p.c. del 1865, perviene un'altra parte della dottrina: l'opportunità indicherebbe il *periculum in mora*, da individuare, proprio rievocando il contenuto dell'art. 921 c.p.c. del 1865, nel pericolo di alterazione, sottrazione o deterioramento del bene¹³, rimesso all'accertamento discrezionale del giudice¹⁴. Una lettura coerente con l'adesione, esplicita o implicita, degli stessi Autori alla tesi secondo cui il testo dell'articolo 670 n. 1 sarebbe il frutto della fusione dei presupposti prima separatamente contemplati dall'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865 e dall'art. 921 c.p.c. del 1865¹⁵.

Una diversa tesi ha ritenuto, senza sostenere affatto che *periculum in mora* ed opportunità siano concetti distinti, che l'opportunità indica un *periculum* «molto leggero»¹⁶.

¹² Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968 (ristampa), *sub* art. 670, p. 160, che muove dal confronto con il codice previgente, oltre che dal testo stesso dell'art. 670 n. 1, per affermare (*ibi* p. 159) che l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione esprime la volontà di attribuire «una discrezionalità al giudice nella concessione del sequestro»; ed inoltre differenzia il presupposto in esame dal fondato pericolo di perdere la garanzia del credito richiesto dall'art. 671 c.p.c.

Simile alla posizione di Satta appare quella di P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, 4ª ed., Torino, 1957, *sub* artt. 670-673, p. 301-302 (§ 1097), perché ritiene che il *periculum* possa esistere o meno, ma in ogni caso spetta alla valutazione discrezionale del giudice esaminare l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione: «Il criterio di opportunità (...) è affidato interamente alla coscienza del giudice; ogni formula riesce necessariamente monca ed imprecisa. Esso, valutato equamente ogni elemento fornito dal richiedente o da ambo le parti, dovrà verificare non soltanto se la permanenza dello *status quo* possa arrecare un apprezzabile pregiudizio alle ragioni del richiedente, nel caso che poi risultassero fondate, ma anche se, indipendentemente da tale pericolo, ricorra l'ipotesi più ampia dell'opportunità (v., in proposito, Cass., 22 febbraio 1952, n. 417), oppure (ed è questa una notevole innovazione introdotta dal codice) se il mutamento della persona cui è affidata la gestione del bene, dell'universalità, e particolarmente dell'azienda, possa recare un sensibile legittimo vantaggio al richiedente medesimo (...)».

¹³ Cfr. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 147; A. CONIGLIO, *op. cit.*, p. 30 (che indica espressamente il «pericolo di deterioramento, sottrazione, alterazione a cui si riferiva l'art. 921 dell'abrogato codice»); A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 613 (che argomenta anche dall'art. 676, 1° co., c.p.c.); ed inoltre A. BRACCI, *op. cit.*, p. 155, che rispetto all'opportunità afferma: «Tale opportunità si verifica in quanto concretamente vi sia pericolo che la parte istante, in conseguenza di fatti che avvengano durante lo svolgimento della lite, non possa ottenere tutto il vantaggio che le spetterebbe; detto pericolo deriva dall'eventualità che il bene controverso venga deteriorato, alienato o sottratto od anche che non se ne traggano quei frutti che si dovrebbero percepire in base ad una normale amministrazione».

¹⁴ Per l'esplicita attribuzione alla discrezionalità del giudice cfr. V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 147; A. BRACCI, *op. cit.*, p. 156; A. CONIGLIO, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵ In questa prospettiva si pongono espressamente V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 147 e A. CONIGLIO, *op. cit.*, p. 30 (che afferma: «le due distinte ipotesi degli art. 1875 del vecchio cc. e 921 del vecchio cpc. sono state riunite in una sola»).

¹⁶ In tal senso F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 13ª ed., 2023, p. 247, che chiaramente riconduce l'opportunità al *periculum in mora* affermando: «Per quanto riguarda il *periculum in mora*, l'art. 670 n. 1 c.p.c. si limita a richiedere che sia «opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea». Nel sequestro giudiziario è richiesto un *periculum* molto leggero». In senso adesivo v. M. CANTILLO, F. SANTANGELI, *op. cit.*, p. 18 s., i quali però sottolineano che il giudizio di opportunità consente di «prescindere dalla ricorrenza di un fatto specifico del tipo anzidetto – n.d.r.: gli Autori si riferiscono al pericolo di alterazione, sottrazione, occultamento –, ritenendo che anche altre cause possano determinare l'opportunità della custodia o della gestione temporanea». La notazione è condivisibile soltanto nella misura in cui i *pericula* indicati siano

Non manca, infine, chi annovera tra i presupposti (o requisiti) del sequestro in esame il *periculum in mora* e, dopo di esso, anche la valutazione discrezionale, rimessa al giudice, dell'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione del bene¹⁷.

In sintesi, si può affermare che in dottrina si sostiene ora l'esclusione della necessità del *periculum in mora* ai fini del sequestro ex art. 670 n. 1, in virtù del riferimento dell'art. 670 n. 1 all'opportunità; ora, al contrario, si riconduce la valutazione di opportunità nell'ambito dell'accertamento del *periculum in mora*; ora, infine, si sostiene il cumulo dei due elementi: prima l'accertamento del *periculum in mora* e poi la valutazione di opportunità rimessa alla discrezionalità del giudice.

2. Plurimi interrogativi

I contrastanti orientamenti della dottrina, le differenze tra il testo dell'art. 670 n. 1 c.p.c. e dell'art. 921 c.p.c. del 1865, nonché il confronto con l'art. 671 c.p.c. in tema di sequestro conservativo, lasciano emergere il tema del rapporto tra il *periculum in mora* e la valutazione di opportunità.

In particolare, il generico riferimento dell'art. 670 n. 1 all'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione del bene, e non al *periculum in mora*, origina i seguenti interrogativi: a) il *periculum in mora* non è necessario ed è sostituito dalla valutazione di opportunità?; b) oppure l'opportunità consiste proprio nell'accertamento del *periculum in mora*, fondendosi con esso o, meglio, riducendosi ad esso? c) in caso di risposta negativa a quest'ultimo quesito, quale sarebbe il rapporto tra il *periculum in mora* e l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene? È possibile che l'opportunità rappresenti un presupposto, una condizione speciale di ammissibilità o, più genericamente, un requisito o elemento differente dal *periculum in mora* e anch'esso necessario per ottenere il sequestro in esame? E, se fosse tale, la valutazione dell'opportunità di provvedere alla custodia o alla

intesi come categorie di *pericula*, fermo però il loro rispetto, almeno come categorie, visto il carattere tipico del provvedimento cautelare in esame e l'esistenza della tutela residuale di cui all'art. 700 c.p.c.

¹⁷ È questa la posizione di C. CALVOSA, voce *cit.*, p. 66, che emerge dalle seguenti parole: «L'altro requisito necessario perché possa concedersi il sequestro giudiziario ex art. 670, n. 1, è coordinato al *periculum* che il bene o i beni da assoggettare alla misura cautelare possano essere distrutti, distratti o deteriorati o, comunque, possano subire un mutamento della loro destinazione attuale. Il *periculum* che incombe sul bene o sui beni, si risolve in pericolo di deterioramento della situazione sostanziale cautelanda e costituisce elemento di valutazione, per il giudice, dell'opportunità di disporre la custodia o la gestione temporanea del bene o dei beni.

In altri termini, mentre la controversia sulla proprietà o sul possesso, quando è considerata dal diritto positivo come requisito essenziale del sequestro, deve necessariamente sussistere, ch , in difetto, la misura cautelare non potrebbe essere concessa, il *periculum*, di per s , non   requisito sufficiente, essendo demandato al giudice, che ha da provvedere sulla richiesta di misura cautelare, di valutare discrezionalmente la convenienza di disporre la custodia o la gestione temporanea del bene oggetto della misura cautelare.

In buona sostanza, il giudice, nella sua valutazione discrezionale, apprezzer  la custodia o la gestione temporanea del bene in funzione del pericolo. Quest'ultimo deve poter essere scongiurato con la custodia o con la gestione temporanea (ed   in ci  la funzione conservativa del provvedimento cautelare)».

gestione del bene sarebbe rimessa alla discrezionalità o, preferibilmente, al prudente apprezzamento del giudice, subito dopo l'accertamento positivo del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*?

Il primo interrogativo può essere subito risolto: la tesi che il *periculum in mora* non rappresenti più, in ragione del confronto con il testo dell'art. 921 c.p.c. del 1865, un presupposto del sequestro in esame, oppure che non sia un presupposto necessario o determinante, non è condivisibile: il *periculum in mora* è un presupposto della tutela cautelare ex art. 670 n. 1 e la parte istante ha l'onere di provarne l'esistenza. La genericità del testo dell'art. 670 n. 1 ha, almeno secondo una parte della dottrina, una spiegazione differente. Essa intenderebbe superare la menzionata dicotomia tra le due figure di sequestro giudiziario di beni dell'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865 e dell'art. 921 c.p.c. del 1865. A tal fine, l'art. 670 n. 1 avrebbe accolto la formulazione dell'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865, ma delimitandone il campo applicativo richiedendo l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione¹⁸. Tuttavia, ciò non può significare la scomparsa del presupposto del *periculum in mora*. Dal momento che si tratta di una tutela cautelare tipica, è necessaria la tipizzazione, almeno per categorie, dei *pericula* che il sequestro in esame intende fronteggiare, vista anche l'esistenza della tutela cautelare residuale di cui all'art. 700 c.p.c.

Non si potrebbe sostenere che il *periculum in mora*, nella prospettiva dell'art. 670 n. 1, sia *in re ipsa* ogni volta che esista una controversia sulla proprietà o il possesso, perché ciò non corrisponde all'esperienza reale. Il diritto di proprietà su un bene (*ius in re*) o il diritto alla restituzione di un bene (*ius ad rem*) da altri posseduto o detenuto può essere controverso senza che ricorra un concreto o, anche soltanto astratto, pericolo di alterazione, distruzione, sottrazione (o, eventualmente, anche di disposizione giuridica¹⁹) del bene.

Se si condividono le riflessioni appena compiute, l'analisi si deve concentrare esclusivamente sulle altre tre tesi prospettate dalla dottrina: a) la tesi secondo cui il giudizio di opportunità

¹⁸ Sulla mutata formulazione rispetto all'art. 921 c.p.c. del 1865 e sulle ragioni dell'avvicinamento all'art. 1875 n. 1 c.c. del 1865, v. A. BRACCI, *op. cit.*, p. 11 s.: «L'art. 670 n. 1 di detto codice abbandona il criterio generico del pericolo di sottrazione, alterazione e deterioramento, per adottare un criterio analogo a quello dell'art. 1875 c.c. abrogato, ma più ristretto. Si stabilisce infatti che il sequestro giudiziario possa essere autorizzato ove sussista una controversia sulla proprietà o sul possesso di beni mobili, immobili, aziende od altre universalità di beni ed in più si richiede che debba ricorrere l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea dei beni sopra indicati».

¹⁹ Se e nella misura in cui si ritenga che il sequestro ex art. 670 n. 1 possa costituire una cautela, sia in caso di beni mobili che immobili (o soltanto nel primo caso), anche avverso atti di disposizione giuridica del bene. Un tema controverso sul quale v. l'attenta analisi di F. CORSINI, *op. cit.*, p. 869 ss., che propende (*ibi* p. 871) per la soluzione positiva (muovendo però dalla «mancata tipizzazione normativa del *periculum*», mentre nella prospettiva qui accolta il risultato, se si ritiene che il *periculum* debba essere tipizzato, potrebbe essere conseguito, almeno per alcuni beni, muovendo dall'esame della funzione, dello scopo di tutela, del sequestro giudiziario di beni). Sul tema v. inoltre R. SANTULLI, *op. cit.*, p. 2.

Per un caso di utilizzazione del sequestro per fronteggiare il rischio di atti di disposizione giuridica e, se ben si intende, anche in deroga al principio secondo cui non si può con il sequestro ostacolare la legge di circolazione del titolo (nella specie si trattava di assegni consegnati a titolo di garanzia), v. Trib. Monza, sez. I, 12 aprile 2001.

consiste nell'accertamento del *periculum in mora*, da intendere, in modo conforme all'art. 921 c.p.c. del 1865, quale pericolo di alterazione, sottrazione o deterioramento del bene, oltre che di gestione infruttuosa se si tratta di beni produttivi; b) la tesi che, come la precedente, non ritiene *periculum in mora* ed opportunità concetti distinti, ma afferma che l'opportunità indica un *periculum* molto leggero (o, in modo equivalente, che il *periculum in mora* è un concetto più intenso dell'opportunità, ma quest'ultima attiene proprio al *periculum* e non rappresenta un elemento distinto); c) ed infine la tesi secondo cui la valutazione di opportunità si colloca accanto (*rectius*: dopo) l'accertamento del *periculum in mora*, in quanto l'opportunità rappresenta un requisito distinto e rimesso alla valutazione discrezionale del giudice.

3. (Segue) Implicazioni pratiche delle diverse ricostruzioni e rischi per la parte istante

Gli interrogativi sollevati non attengono soltanto a profili teorici, ma hanno intuibili ricadute pratiche.

Se si afferma che la valutazione di opportunità è autonoma rispetto all'accertamento del *periculum in mora*, la parte istante, che è onerata di provare i presupposti della tutela cautelare, non deve limitarsi a provare il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* ma deve, inoltre, provare l'opportunità quale requisito ulteriore ed autonomo, nonché consequenziale, rispetto alla prova del *periculum*.

Se invece l'opportunità non indica altro che la sussistenza del *periculum in mora*, il cui accertamento è rimesso al prudente apprezzamento del giudice, i presupposti della tutela cautelare restano limitati al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*, inteso quale pericolo di alterazione, sottrazione, deterioramento, infruttuosa gestione del bene. In questa ipotesi la prova del *periculum in mora* richiesto determina di per sé l'opportunità – o persino coincide con l'opportunità – di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea, perché l'accertato *periculum* renderebbe sempre opportuna la custodia o la gestione del bene. La valutazione dell'opportunità sarebbe assorbita nell'accertamento del *periculum in mora*, incidendo soltanto sulla gradazione di quest'ultimo, a seconda che sia ritenuto sufficiente un *periculum* anche soltanto astratto o sia, piuttosto, richiesto sempre un *periculum* concreto.

Anche dalla prospettiva del giudice l'opzione per l'una o per l'altra ricostruzione è significativa. A quest'ultimo spetta soltanto accertare, nei limiti della cognizione propria della tutela cautelare, se sussistano il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* richiesti per la tutela cautelare in esame? Oppure è chiamato ad una distinta, ed ulteriore, valutazione di opportunità? E quindi, ancora una volta, quale sarebbe il rapporto tra *periculum in mora* e valutazione di opportunità dal punto di vista dell'accertamento, dell'attività di cognizione o, più in generale, del giudizio rimesso al giudice della cautela? La valutazione di opportunità è un giudizio discrezionale del giudice (o, meglio, lasciato al suo prudente apprezzamento) e distinto dall'accertamento del *periculum in mora* o, piuttosto, coincide con esso? Se coincidesse con il *periculum in mora* non muterebbe la prospettiva né della parte né del giudice, perché

l'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione del bene discenderebbe dall'accertamento del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* richiesti per l'autorizzazione del sequestro in esame.

L'incertezza espone a rischi la parte istante. Se i presupposti, le condizioni o, più in generale, i requisiti della tutela in esame non sono correttamente delineati e non è chiarito il rapporto tra *periculum in mora* e valutazione di opportunità l'istante risulta esposto – almeno se si segue alcuno degli orientamenti dottrinali descritti – ad una sfera di discrezionalità del giudice che trascende la cognizione richiesta per l'accertamento del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e che potrebbe legittimare il giudice a ritenere non opportuna la tutela cautelare nonostante che i citati presupposti sussistano. Di tale rischio vi è traccia nell'affermazione dottrinale secondo cui mentre l'esistenza di una controversia sulla proprietà o il possesso, individuata dall'art. 670 n. 1 quale primo presupposto, ha carattere obiettivo, il presupposto della «opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea, corrisponde ad una valutazione discrezionale del giudice»²⁰; o, persino, nell'affermazione che la valutazione di opportunità è rimessa alla «coscienza del giudice»²¹.

È intuibile che l'opportunità così intesa rappresenta una valutazione discrezionale del giudice che si sottrae ad ogni censura; ma è più verosimile che in realtà si tratti di un prudente apprezzamento, che implica senza dubbio un giudizio di fatto rimesso al giudice della cautela, ma non censurabile in sede di reclamo soltanto se congruamente motivato ed immune, oltre che da *errores in procedendo* e *in iudicando*, da vizi logici.

4. Strumenti per la risoluzione del tema: a) le due tendenze della giurisprudenza tra unione e distinzione di *periculum in mora* ed opportunità

La giurisprudenza, apparentemente unitaria, ad un esame più approfondito risulta non univoca circa il rapporto tra *periculum in mora* ed opportunità e, quindi, circa il significato da attribuire a quest'ultima.

Le decisioni rinvenibili, seppure talvolta peculiari per le ricostruzioni affermate, possono essere ricondotte a due tendenze generali più che a precisi orientamenti: a) la tendenza a distinguere il presupposto o requisito dell'opportunità (di provvedere alla custodia o alla

²⁰ Un'affermazione molto diffusa e comune a diversi Autori nonostante che aderiscano a differenti ricostruzioni del rapporto tra *periculum in mora* e valutazione di opportunità. È compiuta infatti, nello stesso modo, da S. SATTA, *op. cit.*, sub art. 670, p. 160, da A. SCAGLIONI, *op. cit.*, p. 68 [che discorre di «prudente arbitrio del giudice (a cui, in questo caso, è riconosciuto un vero e proprio potere discrezionale)»], da E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 15, così come da V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 147, da A. BRACCI, *op. cit.*, p. 156 e da A. CONIGLIO, *op. cit.*, p. 30, che afferma: «Il primo presupposto del provvedimento è puramente obiettivo: esistenza di una controversia sulla proprietà o sul possesso della cosa; il secondo invece, opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea, corrisponde ad una valutazione discrezionale del giudice. La legge in sostanza affida a quest'ultimo quel giudizio sul pericolo di deterioramento, sottrazione, alterazione a cui si riferiva l'art. 921 dell'abrogato codice. In tal modo le due distinte ipotesi degli art. 1875 del vecchio cc. e 921 del vecchio cpc. sono state riunite in una sola».

²¹ Così P. D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 301 (§ 1097).

gestione del bene) dal *periculum in mora*, senza cumularli ma affermando che l'opportunità sostituisce il *periculum* o che rappresenta un concetto diverso; b) la tendenza ad assimilare i concetti, a fonderli, riconducendo l'opportunità al *periculum in mora*. Non si rinviene, per quanto risulta, una posizione corrispondente a quella dottrinale secondo cui dopo l'accertamento del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* il giudice dovrebbe compiere la valutazione discrezionale di opportunità della custodia o della gestione temporanea del bene. Tra le pronunce ascrivibili alla prima tendenza, perché distinguono i due concetti senza cumulare *periculum in mora* e giudizio di opportunità ma affermando, esplicitamente o implicitamente, che l'opportunità sostituisce il *periculum*, sono annoverabili quelle secondo cui il *periculum in mora*, inteso come «grave pericolo di pregiudizio nel ritardo», non rientra tra i presupposti del sequestro in esame perché «è sostituito (...) dalla prescrizione dell'opportunità di provvedere alla custodia»²². Nell'ambito di tali pronunce il significato attribuito all'opportunità è tuttavia variabile.

In un caso si è distinto il concetto di opportunità da quello di *periculum in mora*, ritenendo il primo un «concetto diverso e meno pregnante di quello di *periculum*»²³; in un altro, in modo simile, si è distinto tra opportunità e necessità della cautela (anche se, contrariamente a quanto prospettato dalla decisione, si dovrebbe prima escludere la necessità del provvedimento cautelare e poi anche l'opportunità dello stesso, se si ritiene che il concetto di opportunità esprima, seguendo un climax discendente, un'intensità inferiore rispetto alla necessità)²⁴; in un altro, sia pure ponendosi al confine con la contrapposta tendenza (di cui *infra* nel testo), si è distinto tra *periculum in mora* ed opportunità affermando che «ciò che viene comunemente inteso come "*periculum in mora*" (e cioè il pregiudizio grave ed imminente) può ovviamente sussistere nelle ipotesi in cui viene richiesto un provvedimento di sequestro giudiziario, ma tale accezione di *periculum* non costituisce condizione necessaria per la concessione del sequestro, atteso che l'art. 670 c.p.c. richiede semplicemente che la custodia sia opportuna e non che incomba un pericolo imminente»²⁵.

La contrapposta tendenza che emerge dalle pronunce giurisprudenziali fonde, invece, *periculum in mora* ed opportunità, riconducendo quest'ultima al primo.

²² In modo esplicito si esprime in tal senso Trib. Lamezia Terme 30 gennaio 2008, n. 1001, in cui si legge: «Esula, invece, dai presupposti del sequestro conservativo la sussistenza del *periculum in mora* in senso stretto (ossia il grave pericolo di pregiudizio nel ritardo, che è sostituito, nel sequestro giudiziario, ex art. 670 n. 1 c.p.c., dalla prescrizione dell'opportunità di provvedere alla custodia) (...)».

²³ Cfr. Trib. Savona 26 febbraio 2021, n. 160.

²⁴ Cfr. Trib. Ferrara ord. 6 novembre 2009, n. 85204, che afferma: «Difetta, tuttavia, nel merito, il presupposto della opportunità di gestione del complesso aziendale da parte di un soggetto terzo (*omissis*): non è, infatti, contestata la circostanza che i beni dell'azienda siano attualmente utilizzati per le finalità stabilite nel contratto. Parimenti non contestata è la circostanza, affermata da (*omissis*) s.r.l., che la casa di riposo sia al completo e che altri clienti, interessati al soggiorno presso la struttura, siano in lista d'attesa. Va, pertanto, esclusa la opportunità, e tantomeno la necessità, dell'affidamento dell'azienda a soggetto diverso dall'attuale gestore».

²⁵ Così Trib. Torino, sez. IX, ord. 3 luglio 2009, n. 7787.

In una decisione, ad esempio, si legge che il *periculum in mora* è necessario che sussista come per tutte le misure cautelari, ma «si atteggia quale opportunità di provvedere alla gestione temporanea o, comunque, alla custodia dei beni, per l'esistenza, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso»²⁶; in un'altra, simile per impostazione, si afferma che l'opportunità configura il *periculum* (e si sottolinea che è più attenuato rispetto ad un pregiudizio imminente e irreparabile)²⁷; in un'altra l'opportunità è ricondotta al concetto di *periculum* affermando che «le ragioni di opportunità della custodia (il *periculum*) devono sussistere in concreto», ma al contempo si evidenzia che l'opportunità è un concetto diverso e meno pregnante del *periculum*²⁸; in un'altra, infine, l'opportunità è interpretata come «la necessità di provvedere alla conservazione e alla custodia dei beni sui quali deve eseguirsi la misura cautelare» ed è chiaramente fatta coincidere con il *periculum in mora*, perché si afferma che essa «sussiste soltanto quando lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti il concreto pericolo che si verifichino deterioramenti, sottrazioni o alterazioni, tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso (...)»²⁹.

Le due tendenze riscontrate nella giurisprudenza non consentono di affermare che quest'ultima abbia una posizione chiara sul tema. Al contrario, è emersa la mutevolezza delle opzioni proponibili circa il rapporto tra *periculum in mora* ed opportunità.

Si può, tuttavia, intravedere anche nelle decisioni che distinguono i concetti di *periculum in mora* e di opportunità una precisa inclinazione: esse, pur quando affermano che il *periculum in mora* è sostituito dalla valutazione di opportunità, sembrano in fondo voler esprimere, al di là delle parole utilizzate e guardando al loro senso complessivo, la diversa intensità (o grado) del *periculum* sufficiente al fine di determinare l'opportunità di disporre la custodia o la gestione temporanea del bene. Non una reale distinzione tra *periculum in mora* e opportunità quali concetti (e presupposti) autonomi ma, piuttosto, una diversa intensità del *periculum*. L'opportunità indicherebbe una diversa gradazione del generale concetto di *periculum in mora*, più tenue, in quanto idonea a far ritenere sufficiente anche soltanto un pericolo astratto al fine di integrare, una volta accertato il *fumus boni iuris*, i presupposti del sequestro giudiziario di beni. È quanto si intende (continuare a) dimostrare.

5. (Segue) b) Un differente ma connesso tema: se l'art. 670 n. 1 presupponga un *periculum* astratto o concreto

Il tema del rapporto tra *periculum in mora* e opportunità si confonde, o si interseca, con la questione, differente ma connessa, se l'art. 670 n. 1 presupponga un *periculum* astratto o

²⁶ Così Trib. Larino 2 agosto 2007, n. 90000.

²⁷ Trib. Milano, sez. spec. impr., ord. 7 febbraio 2022.

²⁸ Trib. Savona 26 febbraio 2021, n. 160.

²⁹ Così Trib. Torino, sez. II, ord. 2 luglio 2005.

concreto. Il parametro di confronto è rappresentato, rispetto a quest'ultimo tema, non soltanto dall'art. 921 del c.p.c. del 1865, che pur sembrava prospettare un *periculum* concreto, ma anche dall'art. 671 c.p.c., che indica quale presupposto del sequestro conservativo, accanto al *fumus boni iuris*, il fondato timore del creditore di perdere la garanzia del proprio credito, così richiedendo un pericolo concreto³⁰.

Il confronto con tali norme e, soprattutto, la circostanza che l'art. 670 n. 1 discorra di opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione e non di un fondato timore, come invece l'art. 671 c.p.c.³¹, ha condotto la giurisprudenza ad affermare, sin da risalenti pronunce della Cassazione³², che per l'autorizzazione del sequestro ex art. 670 n. 1 è sufficiente un pericolo anche soltanto astratto. Un indirizzo che la Cassazione così sintetizza: «conformemente con la finalità del sequestro giudiziario che è quella di assicurare l'utilità pratica del futuro provvedimento decisorio e la utilità concreta della sua esecuzione, mediante la consegna o il rilascio dei beni, sui quali è stato autorizzato e posto il vincolo (Cass. Sez. I, 23 novembre 1981, n. 12595), per affermare l'esistenza dell'opportunità di concedere il sequestro giudiziario è sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso. In altre parole, l'opportunità di conservazione del bene non sorge soltanto in presenza di un pericolo attuale di sottrazione o di distruzione, ma è sufficiente che si prospetti la semplice possibilità di pregiudizio e, più in generale, una situazione di fatto diversa da quella di diritto tale che al termine della lite la parte istante non riuscirebbe ad ottenere il vantaggio che le spetta (Cass. Sez. II, 28 giugno 1969, n. 2342)»³³.

³⁰ Sul *periculum* presupposto dall'art. 671 c.p.c. v. *supra* nota 3.

³¹ Sulla differenza tra il *periculum* contemplato dall'art. 671 e quello contemplato dall'art. 670 n. 1 sono cristalline le parole di F. P. LUISO, *op. cit.*, p. 255 s., da cui emerge anche la diversa gradazione dei *pericula* presupposti dalle due norme: «Orbene, l'art. 670 c.p.c., per il sequestro giudiziario, individua il *periculum* nei seguenti termini: "È opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea". Invece l'art. 671 c.p.c., per il sequestro conservativo, individua il *periculum* con la seguente espressione: "fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito". Ambedue tali espressioni fanno riferimento al *periculum*, però con una direzione diversa nel sequestro giudiziario e nel sequestro conservativo. Il sequestro conservativo ha la funzione di garantire la fruttuosità dell'esecuzione; il creditore, quindi, deve dimostrare che vi è timore che il debitore compia atti di disposizione tali da diminuire la fruttuosità dell'espropriazione e che quindi il patrimonio potrebbe non essere più capiente rispetto al credito. Il sequestro conservativo non può essere richiesto se la fruttuosità resta tale, anche dopo l'atto di disposizione. Nel sequestro giudiziario è sufficiente l'opportunità di custodire il bene; nel sequestro conservativo volta per volta si deve correlare l'entità del patrimonio del debitore con il tipo di attività che si teme possa essere compiuta e con il credito dell'istante». Per la condivisibile riconduzione, da parte dello stesso Autore, dell'opportunità al *periculum in mora* (posizione che traspare anche dal passo appena riportato), v. *supra* nota 16.

³² Cfr., *ex multis*, Cass. 28 giugno 1969, n. 2342, in *Giust. civ.*, 1969, I, 2020, nota di E. ALVINO, *Qualche osservazione sui presupposti per la concessione del sequestro giudiziario*; Cass. 31 maggio 1966, n. 1459, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1955; Cass. 12 febbraio 1982, n. 854.

³³ Così Cass. 27 settembre 1993 n. 9729.

Di riflesso, la giurisprudenza di merito afferma che secondo un «consolidato orientamento giurisprudenziale “per la concessione del sequestro giudiziario non si richiede, come per il sequestro conservativo, che ricorra il pericolo, concreto ed attuale, di sottrazione o alterazione del bene, essendo invece sufficiente, ai fini dell’estremo dell’opportunità richiesto dall’art. 670 n. 1 c.p.c., che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l’attuazione del diritto controverso”»³⁴.

Dai passi appena riportati emerge già la stretta connessione posta tra il riferimento dell’art. 670 n. 1 all’opportunità e la gradazione (o intensità) del *periculum* richiesto (*id est*: concreto o astratto). Muovendo da tale indirizzo è possibile compiere una più sottile analisi della giurisprudenza, volta a dimostrare che il tema del rapporto, ai fini del sequestro ex art. 670 n. 1, tra *periculum in mora* ed opportunità si riduce al tema della gradazione del *periculum in mora* richiesto per poter autorizzare il sequestro. Più precisamente, la valutazione di opportunità atterrebbe all’accertamento del *periculum in mora*, non rappresenterebbe un presupposto (o requisito) autonomo, ed intenderebbe esprimere la sufficienza, al fine di ritenere soddisfatto il presupposto del *periculum in mora*, anche soltanto di un *periculum* astratto. Di ciò si può trovare traccia anche nella giurisprudenza già esaminata nel precedente paragrafo.

In una decisione si afferma, di fatto riconducendo la valutazione di opportunità al *periculum in mora*, che quest’ultimo è necessario che sussista, come per tutte le misure cautelari, ma «si atteggia quale opportunità di provvedere alla gestione temporanea o, comunque, alla custodia dei beni, per l’esistenza, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l’attuazione del diritto controverso»³⁵. In un’altra decisione l’opportunità appare direttamente collegata al *periculum* astratto, dal momento che si contrappone il concetto classico di *periculum in mora*, che presuppone un pericolo grave ed imminente, a quello di opportunità di cui all’art. 670 c.p.c., che «richiede semplicemente che la custodia sia opportuna e non che incomba un pericolo imminente»³⁶. In un’altra pronuncia, in tema di gestione dell’azienda, si è affermato che «se l’opportunità di provvedere va intesa come un *quid pluris* rispetto alla situazione di incertezza giuridica gravante sul bene per esserne controversa la proprietà o il possesso, pure per la concessione del sequestro giudiziario non si richiede come per il sequestro conservativo e a differenza di quanto previsto dall’abrogato codice di rito che occorra il pericolo concreto ed attuale di sottrazione, distruzione od alterazione del bene, essendo sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da

³⁴ Così Trib. Brescia, ord. 12 agosto 2010, n. 86283, che richiama Cass. civ., 12 febbraio 1982, n. 854, cit., e Cass. civ., 28 giugno 1969, n. 2342, cit.

³⁵ Trib. Larino 2 agosto 2007, n. 90000, cit.

³⁶ Così Trib. Torino, sez. IX, ord. 3 luglio 2009, n. 7787, cit.

pregiudicare l'attuazione del diritto controverso»³⁷. Sempre in tema di gestione dell'azienda, un'altra decisione ha affermato l'esistenza del presupposto dell'opportunità di provvedere alla custodia o gestione temporanea richiamando la giurisprudenza, poco sopra ricordata, secondo cui «è sufficiente a tale fine che lo stato di fatto esistente in pendenza di giudizio comporti la mera possibilità, anche in via astratta, che si determinino situazioni, tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso»³⁸.

6. Risultato: l'opportunità come sufficienza di un *periculum* anche soltanto astratto

La complessiva analisi giurisprudenziale compiuta nei due precedenti paragrafi, non per caso intitolati “strumenti per la risoluzione del tema”, consente di affermare che il tema del rapporto, ai fini del sequestro ex art. 670 n. 1, tra *periculum in mora* ed opportunità si riduce al tema della gradazione del *periculum in mora* richiesto per poter autorizzare il sequestro. L'opportunità non è un presupposto (requisito, elemento o concetto) autonomo rispetto al *periculum in mora*, ma intende esprimere la sufficienza, al fine di integrare quest'ultimo, di un *periculum* anche soltanto astratto.

Tale risultato non trova un reale ostacolo nella giurisprudenza di merito che talvolta richiede un *periculum* concreto³⁹. Si tratta di un indirizzo assolutamente minoritario e, inoltre, qualche pronuncia ad esso ascritta⁴⁰ si fonda sul richiamo di un precedente della Cassazione⁴¹ che in realtà ha affermato, con particolare forza, proprio la sufficienza di un *periculum* anche soltanto astratto⁴². A ciò si aggiunga che qualche pronuncia discorre di valutazione in concreto ma, a ben vedere, non al fine di affermare la necessità di un *periculum* concreto, bensì per esprimere la necessità che il giudice, nel valutare l'opportunità della custodia o della gestione, esamini se in concreto vi siano alternative rispetto all'autorizzazione del sequestro⁴³, dunque un profilo che non attiene affatto all'accertamento del *periculum in mora*.

³⁷ Così Trib. Bari, sez. III, ord. 2 luglio 2004; e nello stesso senso già Trib. Monza 17 aprile 2001.

³⁸ Così App. Roma 27 agosto 1990, che richiama Cass. 12 febbraio 1982, n. 854, cit.

³⁹ Cfr., ad esempio, Trib. Torino, sez. II, ord. 2 luglio 2005, cit., che pur richiamando Cass. 27 settembre 1993, n. 9729, cit., afferma che «la necessità di provvedere alla conservazione e alla custodia dei beni sui quali deve eseguirsi la misura cautelare, sussiste soltanto quando lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti il concreto pericolo che si verifichino deterioramenti, sottrazioni o alterazioni, tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso, senza che possa diversamente rilevare la mera capacità di gestione dei beni della parte che li possiede». Ancora per il *periculum* concreto sembra optare Trib. Savona 26 febbraio 2021, n. 160, cit., nonostante che distingua il concetto di opportunità da quello di *periculum* e ritenga il primo un «concetto diverso e meno pregnante di quello di *periculum*».

⁴⁰ Il riferimento è proprio a Trib. Torino, sez. II, ord. 2 luglio 2005, di cui alla nota precedente.

⁴¹ Cass. 27 settembre 1993, n. 9729, cit.

⁴² V. *supra* § 5 e nota 33.

⁴³ Cfr. Trib. Milano, sez. spec. impr., ord. 7 febbraio 2022, cit., che riconduce l'opportunità al *periculum in mora* – affermando che l'opportunità configura il *periculum*, anche se è più attenuato rispetto ad un pregiudizio imminente e irreparabile – e, di fatto, più che sostenere la necessità di un *periculum* concreto chiarisce il significato del prudente apprezzamento rimesso al giudice della cautela: «l'opportunità della tutela giudiziaria richiesta, che avrebbe sicuramente un impatto molto forte sull'organizzazione della società O.P. srl, va valutata con prudenza e verificando in concreto se il socio ricorrente abbia a

In ogni caso è riscontrabile una certa confusione in materia, come testimonia una pronuncia⁴⁴ che riconduce l'opportunità al concetto di *periculum*, per quanto la prima sia ritenuta un concetto meno pregnante, ma richiama sia il consolidato indirizzo secondo cui è sufficiente il *periculum* astratto⁴⁵, sia un precedente di merito che richiede un *periculum* concreto⁴⁶.

Meriterebbe, allora, particolare sostegno un condivisibile e più raro indirizzo della giurisprudenza che si pone proprio nell'ottica delle diverse gradazioni dell'unitario concetto di *periculum in mora*.

Si è affermato, in tema di sequestro giudiziario dell'azienda (nella specie non concesso), che l'art. 670 n. 1 prevede, a differenza dei «più pregnanti requisiti di *periculum* richiesti per il sequestro conservativo», un «“leggero *periculum*” (per usare un'espressione corrente in dottrina⁴⁷) consistente nella sola “opportunità di provvedere alla loro custodia”»⁴⁸. Ciò premesso, si è poi precisato, in linea con il costante indirizzo della Cassazione già noto⁴⁹, che «la concessione del sequestro giudiziario non richiede che sussista necessariamente il pericolo concreto ed attuale di sottrazione, distrazione o alterazione dei beni (essendo sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso) (...)»⁵⁰.

Una ricostruzione che trova un ulteriore sostegno nell'esperienza giurisprudenziale. È stata infatti contrapposta - in tema di titoli di credito e valorizzando un pericolo astratto - l'opportunità di cui all'art. 670 n. 1 c.p.c. al *periculum* di cui all'art. 700 c.p.c. Si è affermato che «presupposto del sequestro giudiziario non è il pericolo di danno grave come previsto per i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., bensì l'opportunità di provvedere alla custodia o gestione temporanea di un bene (nella specie, cambiali) nelle more del giudizio di merito in considerazione del rischio, sia pure astratto, che il convenuto compia atti di disposizione dei beni controversi»⁵¹. Un'affermazione senza dubbio condivisibile, ma necessita di un'ulteriore precisazione.

In realtà il provvedimento ex art. 700 c.p.c. richiede una gradazione del *periculum in mora* più elevata rispetto al classico *periculum in mora*, dal momento che presuppone il pericolo di un

disposizione altre facoltà, altri poteri efficaci per scongiurare il pericolo prospettato fino a che non si pervenga ad una decisione finale sulla questione di merito».

⁴⁴ Trib. Savona 26 febbraio 2021, n. 160, cit.

⁴⁵ In particolare richiama Cass. 27 settembre 1993, n. 9729, cit., e Trib. Bologna, sez. I, 12 febbraio 2018.

⁴⁶ Il riferimento è a Trib. Venezia 10 marzo 2017, cit.

⁴⁷ Il richiamo è, con altissima probabilità, alla già ricordata (*supra* note 16 e 31) posizione di F. P. Luiso, *op. cit.*, p. 247, che non soltanto riconduce l'opportunità al *periculum in mora*, ma afferma che nel «sequestro giudiziario è richiesto un *periculum* molto leggero».

⁴⁸ Così Trib. Parma, ord. 18 febbraio 2013, n. 90807.

⁴⁹ *Supra* § 5.

⁵⁰ Così ancora Trib. Parma, ord. 18 febbraio 2013, n. 90807, cit.

⁵¹ Trib. Parma, sez. I, ord. 13 marzo 2015 n. 92463.

pregiudizio (non soltanto grave ma anche) imminente e irreparabile⁵². L'opportunità di cui all'art. 670 n. 1, invece, esprime una gradazione verso il basso rispetto allo standard del *periculum in mora*, che di regola indica un pericolo grave ed imminente, e dunque concreto, mentre l'opportunità esprime la sufficienza di un *periculum* (pur sempre grave ma) soltanto astratto. La decisione appena indicata concorre, in ogni caso, a dimostrare che la contrapposizione tra opportunità e *periculum in mora*, così come quella tra *periculum in mora* e pregiudizio imminente e irreparabile di cui all'art. 700 c.p.c., attiene a diverse gradazioni dell'unitario concetto di *periculum in mora*.

Si può, in sintesi, affermare che la continua sovrapposizione o intersezione tra, da un lato, il tema del rapporto tra *periculum in mora* e opportunità e, dall'altro, la distinzione tra pericolo concreto e pericolo astratto dimostrano, attraverso l'esame dell'esperienza giurisprudenziale, che nell'art. 670 n. 1 l'opportunità intende indicare la sufficienza, al fine di concedere il sequestro in esame, anche soltanto di un pericolo astratto; pertanto, non necessariamente deve ricorrere un pericolo concreto di alterazione, sottrazione, distruzione o infruttuosa gestione del bene. Il concetto di *periculum in mora* è unitario ma vi sono al suo interno più gradazioni possibili, di cui una è rappresentata dall'opportunità. Quest'ultima non rappresenta un presupposto che sostituisce il *periculum in mora* o che si aggiunge ad esso, ma attiene essa stessa al *periculum in mora* ed esprime soltanto la sufficienza di una gradazione più tenue del *periculum*, di un *periculum* anche soltanto astratto. Un *periculum* senza dubbio meno pregnante del modo classico di intendere il *periculum in mora*, vale a dire quale pericolo concreto perché, oltre che grave (attributo comune anche al *periculum* astratto), deve essere anche imminente, nel senso che deve far parte della realtà (in contrapposizione al pericolo astratto); mentre l'imminenza deve essere ritenuta un carattere eventuale, dal momento che essa è stata richiesta dal legislatore, accanto all'irreparabilità, soltanto per il provvedimento ex art. 700 c.p.c.

7. Un argomento finale ancora a sostegno del risultato raggiunto: *quid* se l'opportunità fosse un elemento distinto dal *periculum in mora*, ulteriore e rimesso alla discrezionalità del giudice?

Una volta ricondotta l'opportunità al *periculum in mora* quale diversa gradazione dello stesso, quindi aderendo alle tesi della dottrina che fondono i due concetti ma con la precisazione, alla luce della giurisprudenza, che l'opportunità esprime un grado meno intenso del *periculum in*

⁵² Sulla tutela ex art. 700 c.p.c. v., senza alcuna pretesa di completezza, G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985; N. BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 73 ss.; C. CALVOSA, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Nss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 444 ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile*, Milano, 1973; A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983; Id., *Provvedimenti di urgenza*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 856 ss.

mora quale ordinariamente inteso, bisogna dimostrare perché non può essere accolta la tesi, riscontrata soltanto in dottrina (*supra* §1), che distingue i due concetti - *periculum in mora* ed opportunità - individuandoli, di fatto, come presupposti (o requisiti) autonomi della tutela cautelare. Secondo tale tesi, l'opportunità di provvedere o meno alla custodia o alla gestione del bene rappresenterebbe una valutazione discrezionale rimessa al giudice, dopo che l'istante abbia provato il *periculum in mora* e il giudice lo abbia accertato⁵³.

Se *periculum in mora* ed opportunità della custodia o della gestione fossero ritenuti presupposti distinti e, in particolare, si ritenesse che il giudice debba prima accertare il *periculum*, inteso come pericolo nel ritardo, e poi compiere una valutazione di opportunità, allora dopo aver accertato l'esistenza del *periculum in mora* richiesto (sia esso astratto o concreto) – presupposto ineludibile anche della tutela cautelare in esame accanto al *fumus boni iuris* – il giudice dovrebbe ancora valutare l'ulteriore presupposto specifico del sequestro in esame rappresentato dall'opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione dei beni (presupposto rimesso alla sua valutazione discrezionale).

Tale ricostruzione imporrebbe di delineare i rapporti tra *periculum* e valutazione di opportunità secondo lo schema della separazione e non della fusione dei due elementi (v. *supra* § 4); e visto che l'accertamento del primo è necessario per accordare la tutela in esame (fermo che il *periculum* non potrebbe essere ritenuto *in re ipsa* al ricorrere di una controversia sulla proprietà o il possesso), la valutazione di opportunità dovrebbe essere compiuta successivamente all'accertamento del *periculum in mora* e potrebbe operare in due opposte direzioni: a) in senso estensivo dell'applicazione della tutela cautelare, consentendone la concessione anche in presenza di un pericolo soltanto astratto quando il giudice la ritenga comunque opportuna nonostante sia di regola richiesto, quale presupposto per la concessione della tutela, un *periculum* concreto (tesi assolutamente minoritaria della giurisprudenza rispetto all'intensità del *periculum in mora* e riscontrabile talvolta nella giurisprudenza di merito - v. *supra* § 6 -, ma che dovrebbe essere accolta per poter sostenere la prospettiva appena indicata); b) oppure potrebbe operare in senso restrittivo del campo del sequestro in

⁵³ Se ben si intende il pensiero di C. Calvosa (riportato *supra* § 1, nota 17), la valutazione di opportunità è compiuta sulla base del *periculum* al fine di stabilire se la custodia o la gestione siano adeguate a fronteggiarlo. Egli afferma che il *periculum* da solo non è requisito sufficiente, perché poi spetta al giudice valutare discrezionalmente la opportunità, intesa dall'Autore come «convenienza di disporre la custodia o la gestione temporanea del bene», come idoneità della custodia o della gestione a scongiurare il pericolo (cfr. C. CALVOSA, voce *cit.*, p. 66). Non sembra, tuttavia, che la convenienza, l'utilità, l'adeguatezza della cautela, quali contenuti della valutazione di opportunità come intesa dall'Autore, attengano ai presupposti del sequestro in esame. Questi ultimi restano il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, mentre la convenienza o adeguatezza del provvedimento cautelare richiesto attengono allo scopo di tutela dello strumento cautelare e alla sua utilità nel caso concreto per le modalità attraverso cui si realizza (custodia o gestione del bene). L'utilità è valutata sulla base dell'adeguatezza dello strumento cautelare tipico a fronteggiare lo specifico pericolo prospettato e, qualora non ricorra, consente, in mancanza di altri strumenti cautelari tipici, il ricorso alla tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c. Ciò però, lo si ribadisce, non attiene all'individuazione dei presupposti della tutela cautelare in esame. In ogni caso, è molto utile esaminare nel testo le conseguenze che tale ricostruzione comporterebbe.

esame, qualora si ritenga che per la concessione del sequestro sia in generale sufficiente un pericolo astratto (tesi della giurisprudenza dominante, v. *supra* § 5), ma nel singolo caso il giudice non ritenga opportuno concedere la cautela per mancanza di un pericolo concreto. Si opti per l'una o per l'altra direzione, in entrambi i casi il provvedimento di concessione o di diniego si esporrebbe al reclamo: nel primo caso ad opera della parte che subisce il sequestro, perché il giudice ha concesso il sequestro in presenza di un pericolo astratto nonostante l'adesione alla tesi che il pericolo richiesto dall'art. 670 n. 1 sia concreto; nel secondo caso ad opera dell'istante, pregiudicato perché pur avendo dimostrato la sussistenza del *periculum* richiesto dall'art. 670 n. 1, in ipotesi anche soltanto astratto, il giudice ha ritenuto non opportuno accordare la tutela (ad esempio reputando necessaria nel singolo caso la prova di un pericolo concreto).

Non si può consentire che la valutazione di opportunità attribuita al giudice possa nel singolo caso condurre a ritenere opportuno un grado di *periculum* diverso da quello – astratto o concreto (è indifferente la tesi accolta) – richiesto quale presupposto della specifica tutela cautelare⁵⁴. La valutazione discrezionale del giudice, peraltro, inciderebbe in modo imponderabile sull'onere della prova di cui è gravato l'istante, che potrebbe essere *chiamato*, in virtù della valutazione discrezionale del giudice, a dover provare un *periculum* concreto nonostante che per la concessione del sequestro ex art. 670 n. 1 sia ritenuto sufficiente un *periculum* anche soltanto astratto (come oggi afferma la giurisprudenza dominante, v. *supra* § 5).

Per escludere un vizio del provvedimento si dovrebbe altrimenti affermare che l'art. 670 n. 1 riconosce, dal momento che discorre di opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea, una specifica discrezionalità al giudice, attribuendogli una valutazione discrezionale di opportunità distinta dall'accertamento del *periculum in mora*.

La tesi non risulta essere stata mai sostenuta e neppure in questa sede si intende sostenerla, perché sarebbe palesemente esposta, qualora divenisse mai diritto vivente, ad intuibili profili di illegittimità costituzionale. La formulazione della norma – opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene – non intende né introdurre un presupposto

⁵⁴ In senso fortemente critico v. le condivisibili osservazioni di F. CORSINI, *op. cit.*, p. 870 s.: «Il pericolo nel ritardo non costituisce cioè un parametro di cui il giudice deve tener conto per valutare l'opportunità di disporre la custodia, ma tende ad identificarsi proprio con detta opportunità. È allora criticabile la convinzione di chi reputa che il giudice anche quando accerti l'esistenza del *periculum*, resta comunque dotato di un residuo spazio di discrezionalità per negare la misura, poiché dovrebbe ulteriormente verificare l'opportunità della custodia. Laddove sussista il pericolo nel ritardo, in presenza del *fumus* e di una controversia sulla proprietà e sul possesso, il provvedimento dovrà essere emanato. Diversamente, il giudice verrebbe munito di un'eccessiva discrezionalità, svincolata da qualsiasi parametro oggettivo; anzi, sarebbe decisamente erroneo rifiutare la misura, dopo avere verificato un effettivo *periculum*. Delle due infatti l'una: se esso esiste, allora per definizione sorge l'opportunità di custodire il bene; se manca, non c'è nemmeno tale opportunità, *tertium non datur*; allorché il magistrato scelga un'altra alternativa (vale dire emetta il sequestro senza il *periculum*, ovvero lo neghi pur in presenza di questo), commetterà uno sbaglio, sicuramente censurabile in sede di reclamo».

ulteriore per il sequestro in esame, nè attribuire al giudice una valutazione discrezionale, ma indica soltanto, per le ragioni fin qui indicate, che il giudice deve accertare, con prudente apprezzamento, se ricorrono i presupposti della tutela cautelare (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) che rendono opportuno – e non per forza necessario, dal momento che in virtù del riferimento dell’art. 670 n. 1 all’opportunità potrebbe ricorrere anche soltanto un *periculum* astratto – provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene.

Antonio Maria Marzocco
Associato dell’Università della Campania “Luigi Vanvitelli”

INDICE

Speciale Riforma

FRANCESCO CAPASSO

LE PRIME DECISIONI DELLA CASSAZIONE SU RINVIO PREGIUDIZIALE 771

MAURO TOSONI

ALCUNE PROSPETTIVE SULL'ISTRUTTORIA STRAGIUDIZIALE NELLA "NUOVA" NEGOZIAZIONE ASSISTITA 778

ARTURO PIZZELLA

ESECUTIVITÀ DELLA SENTENZA DI PRIMO GRADO E SUA INIBITORIA (PRIMA E) DOPO LA RIFORMA CARTABIA 788

MARCELLO STELLA

I NUOVI RITI DI COGNIZIONE E IL RUOLO DELL'AVVOCATO, IN PARTICOLARE NEL RITO SEMPLIFICATO 815

LELIO DELLA PIETRA

FOCUS SUL D.M. 7 AGOSTO 2023, N. 110 830

Saggi

VALENTINA CAPASSO

LONG-TERM THINKING: TOWARDS A FURTHER REVISION OF THE JUDICIAL MAP? 801

GUIDOMARIA DE CESARE

IL CONTRASTO PRATICO FRA DECISIONI NON SOGGETTE AL RIMEDIO DELLA REVOCAZIONE E L'ECCEZIONE DI COSA GIUDICATA 843

ANTONIO MARIA MARZOCCO

<i>NOTE SUL RAPPORTO TRA PERICULUM IN MORA E OPPORTUNITÀ (DELLA CUSTODIA O GESTIONE DEL BENE) NEL SEQUESTRO GIUDIZIARIO EX ART. 670 N. 1 C.P.C.</i>	1151

**Speciale progetto «Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il
Processo per l'Efficienza del Sistema – Giustizia (MOD-UPP)»**

FRANCESCO RINALDI

<i>«GRANDI UTENTI PUBBLICI» E GESTIONE CONVENZIONALE DEL PROCESSO, TRA SOFT LAW, BEST PRACTICES E CASE MANAGEMENT: TENTATIVO DI UN DIALOGO OLTRE LA LEGALITÀ</i>	861

GIOVANNI GUGLIELMO CRUDELI

<i>VITTIME DEL DOVERE: DA FATTISPECIE AMMINISTRATIVA SPECIALE A FATTISPECIE PREVIDENZIALE</i>	903

VALERIA ALLOCCA

<i>DALLA TUTELA PREVIDENZIALE AL RISARCIMENTO DEL DANNO DIFFERENZIALE</i>	920

BENEDETTA DE PAOLA

<i>L'ORIENTAMENTO DELLA CASSAZIONE SU INADEMPIMENTO DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI E RISOLUZIONE DEI SINGOLI ORDINI DI INVESTIMENTO: ANCORA UN PROBLEMA DI TUTELA SELETTIVA?</i>	944

LORENZO MARICONDA

<i>SULLA RILEVANZA DEL PROVVEDIMENTO DELLA BANCA D'ITALIA IN TEMA DI FIDEIUSSIONI OMNIBUS SU SCHEMA ABI: DA PROVA PRIVILEGIATA A PROBATIO DIABOLICA?</i>	958

FEDERICA PINTO

LA RIUNIONE DEI PROCEDIMENTI PER RAGIONI DI CONNESSIONE E CONTINENZA: OSSERVAZIONI A MARGINE DELL'ESPERIENZA PROGETTUALE 973

MARILENA MAIONE

GIUSTIZIA «EFFICIENTE» E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE 994

MASSIMO TERESI

LA CASSAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE D'APPELLO, RICOGNIZIONE E CLASSIFICAZIONE DELLE FATTISPECIE RICORRENTI PER CARATTERI O MATERIE COMUNI, PROSPETTIVE PER LA NEUTRALIZZAZIONE O ATTENUAZIONE IN SEDE DI RINVIO DEGLI EFFETTI DELL'ANNULLAMENTO SUL CARICO DEL RUOLO 1024

FRANCESCA DE ANGELIS

L'INGEGNERIA GESTIONALE APPLICATA AL PROCEDIMENTO MONITORIO: ALLA RICERCA DELL'OTTIMIZZAZIONE DEL DECRETO INGIUNTIVO 1055

PAOLA CHIARA RUGGIERI

STUDIO DEL PIÙ EFFICIENTE MODELLO DECISORIO — ANCHE TRAMITE L'ANALISI DELL'EMERSIONE DEL CONTENZIOSO SERIALE E DELLE CONTROVERSIE OMOGENEE — PER IL RIGETTO IN RITO DELL'IMPUGNAZIONE IN CORTE D'APPELLO E IN TRIBUNALE, IN FUNZIONE DELLA GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE E DELLO SMALTIMENTO DELL'ARRETRATO 1075

ALBERTO MATTIA SERAFIN

IL «PRECEDENTE» NEL DIRITTO ITALO-EUROPEO E L'AUSILIO DELLA CORPUS-ASSISTED LEGAL LINGUISTICS NELLA COSTRUZIONE DISCORSIVA DELLA DECISIONE 1097

MARIALAURA REA

LA MEDIAZIONE: UN'ANALISI TRA INNOVAZIONE E RESISTENZE 1111

LIVIA AULINO

*L'USO DI SOFTWARE PER LA QUANTIFICAZIONE DEGLI ASSEGNI DI MANTENIMENTO IN FAVORE DEI FIGLI NEI
PROCEDIMENTI DI DIRITTO DI FAMIGLIA* 1134

*Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo sono stati sottoposti a blind peer review,
secondo il procedimento descritto nella Rivista, sub Referaggio.*