

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. Giampiero Balena

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. Giorgio Giuseppe Poli - Prof. Giovanni Raiti

Prof. Jean-François van Drooghenbroeck - Prof. Ignazio Zingales

COMITATO DI VALUTAZIONE:

Dottore Eduardo Campese (Consigliere presso la Prima sezione civile della Corte di cassazione)
Professore Bruno Capponi (Università Luiss "Guido Carli")
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 (Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione)
Professore Francesco De Santis (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professoressa Ludovica Decimo (Università degli studi di Sassari)
Professore Romolo Donzelli (Università di Macerata)
Professore Federico Ferraris (Università degli studi di Milano – Bicocca)
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 Albert Henke (Università degli studi di Milano)
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 (Presidente di sezione presso il Tribunale di Napoli)
Professore Marcello Stella (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professore Michele Vanzetti (Università degli studi di Milano)
Professoressa (aggregata) Valeria Verde (Università degli studi della Campania L. Vanvitelli)
Professore Alberto Villa (Università degli studi di Milano Bicocca)
Professore Alberto Villata (Università degli studi di Milano – Bicocca)
Dottore Sergio Zeuli (Consigliere di Stato presso la VII sezione del Consiglio)

REDAZIONE:

Capo redazione: Dott.ssa Valentina Capasso
Dott. Fabrizio De Vita
Dott. Luigi Rosario Luongo
Dott.ssa Federica Pinto
Dott.ssa Antonella Raganati
Prof.ssa Paola Chiara Ruggieri



MATTEO ZAMBELLI

L'onere della prova come chiave di lettura del processo civile inglese e statunitense

L'istituto dell'onere della prova costituisce un elemento processuale profondamente radicato nella cultura giuridica occidentale. Nei sistemi di common law, il "burden of proof" è un concetto flessibile che si adatta al contesto processuale distribuendo il carico probatorio tra le parti. Esso si divide in "legal burden" e "evidential burden". Il primo riguarda la dimostrazione dei fatti secondo uno standard probatorio richiesto, mentre il secondo concerne l'obbligo di presentare prove sufficienti a supporto dei fatti allegati. Questa distinzione ha origini storiche, legate alla presenza della giuria nei procedimenti civili inglesi, un elemento ancora rilevante nel sistema statunitense.

Questo contributo si propone di esaminare il ruolo dell'onere della prova nei processi civili inglesi e statunitensi (federali) rappresentando una chiave interpretativa essenziale per comprenderne la dinamica processuale, il ruolo e la funzione dell'organo giudicante e delle parti.

The notion of burden of proof is a deeply rooted procedural element within Western legal culture. In common law systems, the burden of proof is a flexible device which can develop and adapt within the trial' setting by allocating the evidentiary burden among the parties. Burden of proof comprises two elements: "legal burden" and "evidential burden." The former, in relation to a matter, means the burden of proving the existence of the matter according to a required evidentiary standard, while the latter relates to the burden of adducing or pointing to evidence to support the facts alleged. This distinction has historical origins, connected with the presence of the jury in English civil proceedings, an element still relevant in the U.S. system.

This paper aims to examine the role of the burden of proof in English and U.S. (federal) civil trials which constitute a prism to examine their procedural dynamics, the role and the function of the judge or juries and the parties.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Le presunzioni e l'inversione dell'onere della prova – 3. Applicazione dell'onere della prova – 4. Il procedimento nella Commercial Court inglese – 4.1 Case management conference – 4.2 Witness statement ed expert report – 4.3 Pre-trial review – 4.4 Dibattimento - Trial – 5. Il processo civile (federale) statunitense – 5.1 Discovery – 5.3 Depositions – 5.4 Pre-trial conference – 5.5 Giuria – 5.6 L'esame testimoniale – 6. Conclusioni

1. Introduzione

L'istituto dell'onere della prova è tanto risalente da risultare un elemento profondamente radicato nella cultura giuridica occidentale. Già nel Digesto giustiniano (principio ribadito ancor prima nel *Codex Theodosianus* dall'imperatore Costanzo) è rinvenibile il noto brocardo:

*“ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat”*¹ Tale massima esprime in maniera lapidaria il concetto di onere: la situazione giuridica soggettiva di colui che è tenuto a un determinato comportamento nel proprio interesse, giacché laddove non lo ponga in essere non si concretizzerà un effetto giuridico a lui favorevole.

Invero, nel nostro ordinamento ove il giudice adito sia in possesso di prove adeguatamente idonee a determinare la veridicità degli eventi significativi relativi alla fattispecie concreta, la questione di fatto viene risolta in base agli elementi probatori acquisiti. Tuttavia, può verificarsi che la rappresentazione dei fatti nel contesto processuale risulti inconferente, sia perché le parti onerate non hanno fornito prove a supporto delle proprie allegazioni, sia all'esito di una condizione di impossibilità oggettiva, in quanto non esistono prove o i mezzi probatori dimessi non hanno sortito un esito favorevole, o ancora, nonostante l'acquisizione delle prove le stesse non appaiano convincenti.

In tali circostanze, l'onere della prova consente al giudice, di emettere in ogni caso la decisione in merito all'accoglimento o al rigetto della domanda, quando, nonostante l'attività probatoria, egli non sia riuscito a raggiungere la verità dei fatti. Si tratta di una regola che trova il proprio fondamento nella necessità di sviluppare una norma di giudizio per così dire risolutiva che soccorra l'organo giudicante ove il fatto permanga incerto.

Nei sistemi di common law, pur condividendo il principio generale secondo cui incombe sulle parti in giudizio l'onere di provare l'eventuale sussistenza delle circostanze fatte valere o di elementi estintivi o impeditivi delle medesime,² manca una regola generale di riparto quale quella prevista dall'art. 2697 c.c., a mente della quale chi agisce in giudizio deve provare i fatti costitutivi della situazione giuridica fatta valere e chi resiste deve provare l'eventuale sussistenza di fatti estintivi, modificativi e impeditivi della medesima.

In tali ordinamenti l'individuazione dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi non discende da una regola di indubbio carattere pubblicistico ma appare più duttile ed intimamente connessa al concreto dipanarsi del processo, di cui l'onere della prova (*“burden of proof”*) costituisce la spina dorsale.

Il *burden of proof* non è nemmeno concepito per esplicitare una delle funzioni precipue previste dal nostro ordinamento per l'*onus probandi*: evitare il *non liquet*. Nella costruzione dei sistemi di *civil law*, l'onere della prova consente – o, meglio, impone – al giudice di pronunciare

¹ D. 22, 3, 2, Paulus libro sexagesimo nono ad edictum.

² Vedasi a titolo esemplificativo la sentenza inglese di *Brendon International Ltd v Water Plus Ltd and another* [2024] EWCA Civ 220 al capoverso 50: *“The general rule in civil litigation is that they who assert must prove. So, where a given allegation, whether affirmative or negative, forms an essential part of a party's case, the burden of proving such allegation to the civil standard of proof rests on that party at all times. Accordingly, if, when all the evidence has been adduced, the court does not find the allegation proven on the balance of probabilities, the party upon whom the legal burden rests will lose their claim....”*.

sentenza a sfavore della parte che, essendone gravata, non è stata in grado di assolvere i propri oneri probatori. In altri termini il vero destinatario dell'onere della prova è il giudice il quale sarebbe così dotato di uno strumento di natura processuale (ancorché vi siano impostazioni che reputano che tale strumento abbia portata sostanziale o processuale ma con portata sostanziale³) che gli consentirebbe di decidere la controversia allorquando al termine dell'istruttoria la ricostruzione dei fatti appaia dubbia o lacunosa.⁴

Negli ordinamenti di *common law*, invece, il *non liquet* non costituisce un rischio reale,⁵ pertanto la regola dell'onere della prova costituisce quasi esclusivamente uno strumento distributivo del carico probatorio diretto alle parti. Strumento che in un processo dominato dal principio dispositivo (*adversarial*) assume un ruolo di notevole importanza.

Pur rappresentando un ruolo chiave nel processo negli ordinamenti *common law* o forse proprio in ragione di tale importanza, il concetto di *burden of proof* assume un contorno a tratti incerto ricomprendendo ricomprende una molteplicità di elementi ed accezioni.⁶

Contorno che ricomprende una disciplina di carattere marcatamente processuale⁷ e che si sviluppa in ordine ai seguenti profili: quale parte risulterà soccombente nell'ipotesi (*discrimen* oggettivo) in cui il giudice non sia persuaso della sussistenza dei fatti in questione (c.d. *legal burden* o *burden of persuasion*);⁸ quale parte è onerata dal produrre le prove a supporto dei fatti allegati (c.d. *evidential burden in Inghilterra* o *burden of production negli Stati Uniti*) – un onere a carattere soggettivo; quale “grado” di prova è richiesto per persuadere il giudice sull'esistenza del fatto dedotto (c.d. *standard of proof*).⁹

³ G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, p. 498.

⁴ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 675

⁵ Assume, peraltro, un significato leggermente diverso di incertezza interpretativa cfr. Bennion On Statutory Interpretation (LexisNexis Butterworths: 2008) ““(1) *The interpreter's duty is to arrive at the legal meaning of the enactment, which is not necessarily the same as its grammatical meaning. This must be done in accordance with the rules, principles, presumptions and canons which govern statutory interpretation. (2) The court is never entitled, on the principle non liquet (it is not clear), to decline the duty of determining the legal meaning of the relevant enactment. ...*”

⁶ Nella sentenza della U.S. Supreme Court di *Schaffer v. Weast*, 546 U.S. 49, 56 (2005) tale indeterminazione terminologica viene così evidenziata “[t]he term ‘burden of proof’ is one of the slipperiest members of the family of legal terms.”.

⁷ Ancorché l'individuazione della natura (processuale ovvero sostanziale) della nozione in esame non sia agevole nemmeno nei sistemi di *common law*.

⁸ “*The burden on the defendant to put the facts before the court is “the burden of persuasion”*” nella sentenza *North of England Coachworks Ltd v Khan* [2020] EWHC 1972 (QB), al para 12.

⁹ Vedasi anche la relazione della commissione di studio sull'Indian Evidence Act, 1872, Report No. 69. Chapter 45. Burden of Proof. Sections 101-104 “*The expression “burden of proof” is, however, used in two senses. It means (a) the burden of establishing a case, whether by preponderance of evidence (as in civil cases) or beyond reasonable doubt (as in criminal prosecutions); and (b) the duty or necessity of introducing evidence either to establish such a case or to meet evidence sufficient to constitute rebuttal of a prima facie case proved by the other party. When the expression is used in the first sense, the emphasis is on the suit or proceeding as a whole. When it is used in the second sense, the emphasis is on the stage at which the matter stands.*”

Il *legal burden* richiede alla parte gravata di dimostrare un fatto controverso secondo lo standard probatorio richiesto mentre l'*evidential burden* consiste nell'obbligo di produrre prove sufficienti e credibili a sostegno di tale fatto.¹⁰ La cui compete *legal burden* deve sostenere anche l'*evidential burden*. Tale regola generale può essere modificata ove venga applicata una presunzione, in tale ipotesi la parte che altrimenti sosterebbe l'*evidential burden* può avvalersi della presunzione.¹¹

L'onere della prova, pertanto, spetta alla parte la cui pretesa verrebbe meno nell'ipotesi in cui non venissero presentate o non venissero presentate ulteriori prove sulla questione controversa.¹²

L'*evidential burden* è, altresì, connotato da una particolare funzione di selezione pre-dibattimentale: se la parte che ne è onerata non produce prove a sostegno dei fatti allegati può vedere rigettata direttamente la sua domanda senza giungere alla fase deputata all'accertamento del fatto.

Tuttavia, ancorché venisse assolto l'*evidential burden* non si determina automaticamente il superamento del *legal burden*. Anche in presenza di prove, l'organo giudicante potrebbe non raggiungere il necessario grado di convincimento.

Questa ripartizione dell'onere probatorio¹³ discende storicamente dalla presenza della giuria nei procedimenti civili inglesi (elemento ancora presente nel sistema statunitense). Mentre le questioni di diritto erano attribuite al giudice togato (*tribunal of law*), alla giuria competevano le decisioni in fatto (*tribunal of facts*).¹⁴

La natura laica e popolare della giuria, nonché il fatto che i giurati partecipassero al processo provenendo da varie regioni dell'Inghilterra e sospendendo temporaneamente le proprie attività lavorative, imponevano, per ragioni di praticità, la necessità di un dibattito orale e concentrato. L'oralità assumeva un ruolo essenziale affinché potesse essere esposto alla giuria, durante il dibattito, l'intero contenzioso, permettendo così ai giurati di formulare e manifestare il proprio giudizio sui fatti controversi.

¹⁰ "There are in English law two categories of burden of proof: the persuasive (or legal) and the evidential." *Pope v The General Dental Council* [2015] EWHC 27.

¹¹ H.M. MALEK - J. AUBURN - R BAGSHAW, ET AL, *Phipson on Evidence*, 20th ed., London, 2021, p. 52.

¹² *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v Imperial Smelting Corporation Ltd* [1942] AC 154.

¹³ Archer in *The Law of Evidence* osservava nel 1919 che la confusione relativa all'onere della prova deriva dal fatto che con lo stesso termine si fa riferimento a tre concetti diversi: "the burden of establishing the case", "the burden of proving the affirmative" e, da ultimo, "the burden of introducing evidence".

¹⁴ "Con l'affermarsi della giuria sono nate nuove idee e un nuovo sistema di pleading ... e poco a poco, con il lento e strano sviluppo della giuria popolare, e l'arbitrario operare dei common law pleadings, si sono venute a formare nuove distinzioni": J.B. THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, 1898, p.354.

Da questa bipartizione delle questioni fattuali attribuite alla giuria e quelle di diritto attribuite al giudice discende anche la distinzione dell'onere della prova che nelle sue due accezioni individua soggetti diversi.

Peraltro anche sotto il profilo strutturale sia il processo civile inglese che quello (Federale) americano, sono caratterizzati da una struttura bifasica, che prevede una netta distinzione tra una fase pre-dibattimentale, funzionale alla preparazione del dibattimento, e la fase del dibattimento stesso.

Venendo poi all'ultimo dei summenzionati profili, il grado di convincimento che deve essere raggiunto dall'organo giudicante viene denominato *standard of proof* e costituisce la conseguenza storica della matrice *adversarial* del procedimento e dalla presenza della giuria.¹⁵ Nei procedimenti penali l'accertamento deve sussistere oltre ogni ragionevole dubbio (*beyond reasonable doubt*)¹⁶ e l'accusa è sempre gravata del *legal burden*.¹⁷

Nei procedimenti civili di common law tale *standard* valutativo è meno rigoroso ed è basato sul criterio probabilistico (*preponderance of the evidence* negli Stati Uniti¹⁸ e *balance of probabilities*¹⁹ in Inghilterra). In America, dovendo tale criterio essere spiegato ai membri di

¹⁵ Cfr. J. FRANKLIN, *The Science of Conjecture. Evidence and Probability before Pascal*, Baltimora, 2001, p. 69.

¹⁶ Vedasi la sentenza inglese *Woolmington v DPP* [1935] UKHL 1. Le istruzioni rivolte alle giurie inglesi fanno riferimento al fatto che la locuzione "beyond reasonable doubt" implica "This means the same as being sure", vedasi il Crown Court Compendium, Part I, Chapter 5. Nello Stato del Colorado ove in un procedimento civile sia avanzata una pretesa rispetto ai c.d. danni punitivi, lo standard probatorio applicabile è quello di oltre ogni ragionevole dubbio, vedasi W.D. WOODY, *Jurors' Use of Standards of Proof in Decisions about Punitive Damages*, in *Behav. Sci. Law*, 2012, p. 856 ss.

¹⁷ Vedasi la sentenza irlandese di *Donnelly -v- Judges of Dublin Metropolitan District Court & ors* [2015] IEHC 125 "This burden is fixed by law and remains on the prosecution from the beginning to the end of the trial. It is this burden which arises from the presumption of the accused's innocence and it is the removal of this burden by statute that may involve a breach of the accused's constitutional rights. It is now usual to refer to this burden as the legal or persuasive burden of proof but the phrase is also used to describe the burden which is cast on the prosecution in a criminal trial of adducing evidence to establish a case against an accused, a burden which is now usually referred to as the evidential burden of proof. In criminal cases the prosecution discharges this evidential burden by adducing sufficient evidence to raise a "prima facie" case against an accused. It can then be said that an evidential burden has been cast on to the accused. But the shifting of the evidential burden does not discharge the legal burden of proof which at all times rests on the prosecution. The accused may elect not to call any evidence and will be entitled to an acquittal if the evidence adduced does not establish his or her guilt beyond a reasonable doubt. Therefore, if a statute is to be construed as merely shifting the evidential burden no constitutional infringement occurs...".

¹⁸ "As every first-year law student knows, the civil preponderance-of-the-evidence standard requires that a plaintiff establish the probability of her claim to greater than 05.' By comparison, the criminal beyond-a-reasonable-doubt standard is akin to a probability greater than 0.9 or 0.95." E. CHENG, *Reconceptualizing the Burden of Proof*, in *Yale Law Journal*, 2013, p. 1256.

¹⁹ Vedasi la sintesi di Lord Nicholls nella sentenza di *Re H (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)* [1996] AC 563 at 586: "The balance of probabilities standard means that a court is satisfied that an event occurred if a court considers that on the evidence the occurrence of the event was more likely than not. In assessing the probabilities, the court will have in mind as a factor to whatever extent it is appropriate in the particular case that the more serious the allegation the less likely it is that the event occurred and hence the stronger should be the evidence before court concludes that the allegation is established on

una giuria ed essendo il termine “preponderance” in un certo qual modo desueto si fa ricorso a locuzioni quali “*more likely than not*”²⁰ ovvero “*greater weight of the evidence*”.²¹

Pertanto, negli USA vige anche un criterio intermedio tra *preponderance of the evidence* e *beyond reasonable doubt*, che trova applicazione nelle procedure civili,²² amministrative e penali, denominato *clear and convincing evidence*²³ che implica che la circostanza soggetta all’onere probatorio deve essere altamente probabile o ragionevolmente certa.²⁴ I predetti criteri ancorché riferibili a delle valutazioni percentuali non devono risultare in un mero approccio matematico-probabilistico, devono, invece, portare ad una disamina complessiva delle prove addotte.²⁵

Stante le varie sfaccettature dell’onere della prova nonché la connessione delle teorie sulla ripartizione dello stesso al concreto dipanarsi del procedimento, ci si propone di valutarlo – dopo averne identificato i tratti salienti - nelle giurisdizioni dell’Inghilterra e Galles²⁶ e degli Stati Uniti d’America dopo aver ripercorso i tratti salienti del processo civile in cui l’onere esplica i propri effetti. Tale esercizio consentirà di utilizzare l’onere della prova quale strumento interpretativo della realtà processuale, evitando una prospettazione astratta.

Le due realtà giuridiche sono accumulate da una tendenza verso la concentrazione temporale del dibattimento, dalla matrice *adversarial* e dal ruolo attivo che le parti possono giocare nelle fasi precedenti ad esso e durante il dipanarsi della lite, tratti che connotano in maniera decisiva anche l’esplicitarsi dell’onere della prova nonché sulla sua formazione ed assunzione. A fronte di questi elementi comuni i due sistemi presentano spiccati margini di divergenza sotto il profilo delle regole processuali: basti pensare a come la presenza della giuria nei processi civili, comune negli Stati Uniti, sia oramai pressoché caduta in disuso in Inghilterra²⁷

the balance of probabilities. Fraud is usually less likely than negligence ... Built into the preponderance of probabilities standard is a generous degree of flexibility in respect of the seriousness of the allegation”.

²⁰ “*The parties must persuade you, by the evidence presented in court, that what they are required to prove is more likely to be true than not true.*”, CACI No. 200. Obligation to Prove - More Likely True Than Not True Judicial Council of California Civil Jury Instructions (2024 edition).

²¹ Florida Standard Jury Instructions in Civil Cases.

²² Ad esempio 30 Stati Americani e il District of Columbia utilizzano tale standard quando la valutazione coinvolge i c.d. danni punitivi, vedasi W.D. WOODY, *Jurors’ Use*, cit.

²³ Vedasi la sentenza statunitense nel procedimento amministrativo *Colorado v. New Mexico*, 467 U.S. 310, 316 (1984).

²⁴ Vedasi *United States v. Jordan*, 256 F.3d 922, 930 (9th Cir. 2001) ove si è stabilito che “[C]lear and convincing evidence ‘indicate[s] that the thing to be proved is highly probable or reasonably certain. This is a greater burden than preponderance of the evidence, . . . but less than evidence beyond a reasonable doubt’”.

²⁵ Vedasi la sentenza inglese *In Re A (Children)* [2018] EWCA Civ 1718.

²⁶ Di seguito il riferimento a “Inghilterra” o “inglese” comprende la giurisdizione unica dell’Inghilterra e del Galles.

²⁷ C.S. BULLOCK, *The Abolition of the Right to Trial by Jury in Civil Cases in England*, in *American Journal of Legal History*, 2023, p. 281 ss.

oppure al ruolo “manageriale” del giudice inglese del tutto estraneo all’esperienza statunitense.

Per meglio comprendere i tratti comuni e distintivi di tali ordinamenti, ed il riflesso di tali elementi sulle diverse sfaccettature dell’onere probatorio nel processo civile verrà analizzato il contenzioso nella c.d. Commercial Court una sezione specializzata della King's Bench Division della High Court Inglese,²⁸ mentre negli Stati Uniti d’America verranno prese in considerazione le Norme di Procedura Civile Federali (*Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*). Tuttavia, prima di valutare come si esplica concretamente l’onere della prova nel processo, giova inquadrare meglio inquadrare lo stesso sotto un profilo generale.

2. Le presunzioni e l’inversione dell’onere della prova

La teoria generale delle presunzioni negli ordinamenti di common law è pressoché identica a quella del nostro ordinamento. La presunzione opera, per lo più, sul piano del diritto sostanziale e non già su quello procedurale (*law of evidence*).

Dal punto di vista pratico le presunzioni determinano una diversa ripartizione rispetto alla posizione ordinaria del rischio della mancata prova. I suoi elementi costitutivi sono (i) il fatto noto, (ii) il fatto ignoto e (iii) il nesso di causalità tra le prime due circostanze.

Esempio classico, nel diritto inglese, è costituito dalla presunzione di capacità di agire in ragione della quale, sino a prova contraria (sulla scorta di un criterio probabilistico), un soggetto (ancorché affetto da disturbi mentali) si presume legittimato e nel pieno delle capacità fisiche, mentali e giuridiche. Analogamente, la presunzione di morte ai sensi del Presumption of Death Act 2013 sussiste ove il ricorrente (un parente della persona assente o un soggetto che dimostri un interesse nel di lui procedimento successorio) dimostri che la persona oggetto del procedimento sia deceduta ovvero siano trascorsi sette anni dal giorno cui risale l'ultima notizia della sua assenza; ai fini probatori si deve dimostrare che siano state intraprese tutte le necessarie attività di ricerca dell’assente, sia stata data pubblicità al procedimento e sia stata contattata la famiglia dell’assente.

Negli Stati Uniti, la Rule 301 delle Federal Rules of Evidence (**FRE**) statuisce che, in tutte le azioni e nei procedimenti civili ove non sia diversamente previsto da un atto normativo del Congresso o dalle FRE stesse, una presunzione impone alla parte avversa l’onere di produzione delle prove (*evidential burden*) per confutare o soddisfare la stessa, ma non trasferisce su tale parte il c.d. *burden of persuasion* sulla sussistenza degli elementi essenziali che rimane per tutta la durata del processo a carico della parte su cui originariamente incombeva.

²⁸ Rito ordinario “*multi track*” per controversie di valore superiore alle £STG100.000. Tali procedimenti hanno una durata media compresa tra i 18 mesi ed i 3 anni.

Vi sono le presunzioni legali assolute, o *irrebuttable presumptions of law*, discendenti da specifiche norme di diritto sostanziale²⁹ e le presunzioni semplici o *presumptions of facts*, che pur incidendo sulla valutazione delle prove sono tuttavia estranee alla questione della ripartizione degli oneri probatori tra le parti. In tale contesto si inserisce il criterio della c.d. *res ipsa loquitur* che trova applicazione nelle ipotesi in cui sia fatta valere una presunzione di negligenza. È invocabile nella situazione in cui si dimostri che la causa dell'incidente fosse sotto il controllo del convenuto (*defendant*) e che le circostanze siano tali che l'incidente non si sarebbe altrimenti verificato se i soggetti responsabili avessero agito con ragionevole diligenza.³⁰ Laddove venga applicata la *res ipsa loquitur*, compete al convenuto provare l'assenza di negligenza mentre la dimostrazione della sussistenza del nesso causale incombe sul ricorrente.

Si rinvencono, infine, le presunzioni legali relative (*iuris tantum*) o "*rebuttable presumptions of law*". Gli effetti di tale tipologia di presunzione sono di incidere sull'onere della prova gravando, alternativamente, la parte avverso la quale opera la presunzione di produrre le prove a supporto dei fatti allegati (*evidential presumption*) ovvero di dimostrare la sussistenza di fatti dibattuti (*persuasive presumption*). Il fondamento teorico di tale alternanza è rinvenibile nel criterio dell'*access to evidence*. In altri termini, la parte che si trova nella migliore posizione per dimostrare in giudizio cosa ha fatto, o, più spesso, cosa non ha fatto, sarebbe per ciò solo più ragionevole imporgli il relativo onere probatorio.

La categoria delle *rebuttable presumption of law* riveste una particolare importanza negli Stati Uniti nei procedimenti per responsabilità extra contrattuale che implicino un concorso di colpa - contributory negligence. La sua applicazione in tale contesto fa emergere un conflitto tra diverse presunzioni giuridiche, quella di buona condotta (*due care*) e quella di *negligence* (comportamento non scrupoloso, fonte di danno per altro soggetto). Negli Stati in cui si considera prevalente la presunzione di buona condotta da parte dell'attore, ad essere presunta sarà l'assenza di un suo concorso di colpa, e il convenuto avrà l'onere di dimostrare il contrario. All'opposto, ove si ritenga prevalente la presunzione di *negligence* dell'attore, sarà la presenza di un suo concorso di colpa ad essere presunta, e spetterà a costui provare il contrario.

²⁹ A titolo esemplificativo si consideri nel procedimento per diffamazione a mezzo stampa (*libel*) ovvero ove la diffamazione intervenga oralmente (*slander*), l'art. 13, comma 1 del Civil Evidence Act 1968 inglese, prevede che laddove mentre fattispecie costituisce essenzialmente un illecito civile (*tort*), all'origine di un'azione di risarcimento, e soltanto in modo residuale un reato (*offence*), laddove intervenga una condanna penale, la stessa costituisce presunzione assoluta in un eventuale procedimento civile.

³⁰ Vedasi la sentenza di *Scott v London and St Katherine Docks Co* (1865) 3 Hurl & C 596.

In Inghilterra nella medesima categoria sussiste la presunzione relativa di *perdita di chance* correlata alla *breach of duty of care* da parte del convenuto. Tale presunzione (*evidential presumption*) in favore del ricorrente consente a quest'ultimo una certa elasticità nel quantificare il danno subito. In altri termini, posto che l'attore è nella migliore posizione per dimostrare in giudizio cosa ha fatto, o, più spesso, cosa non ha fatto, sarebbe per ciò solo più ragionevole imporgli il relativo onere probatorio..³¹

Una volta ricostruite alcune delle principali presunzioni presenti negli ordinamenti common law, è possibile spostare l'attenzione su alcune fattispecie contenenti particolari regole di ripartizione del carico probatorio. Fattispecie che possono ritenersi ipotesi di inversione o, quantomeno, facilitazione dell'onere probatorio.

Nella procedura civile inglese sussistono circostanze dettate da specifiche previsioni normative o casistiche canonizzate dalla giurisprudenza in cui interviene tale inversione.

Un esempio di una fattispecie di matrice giurisprudenziale (affine alla norma prevista dall'art. 2050 c.c.) è quella che sussiste in materia di illeciti "regolamentari" ove l'inversione dell'onere probatorio appare giustificato dal fatto che l'eventuale convenuto abbia esercitato un'attività che ancorché perfettamente legittima presentava dei notevoli profili di rischio o poteva mettere in pericolo l'incolumità di cose o persone..³²

Nel novero delle ipotesi d'inversione dell'onere di origine "normativa" si rinviene la c.d. *negligent misrepresentation* ai sensi del Misrepresentation Act del 1967. Le controversie che ne discendono trovano come presupposto una dichiarazione inesatta resa da una parte ad un'altra per negligenza o imprudenza ancorché in buona fede. Il test è relativamente alla sussistenza dell'illecito extracontrattuale è oggettivo. Non è necessario dimostrare la frode. Una volta che il rappresentante abbia dimostrato che la dichiarazione era concretamente inesatta, spetta al dichiarante dimostrare di aver ragionevolmente creduto nella veridicità della stessa nel renderla (circostanza concretamente particolarmente difficile da dimostrare). L'onere della prova, in tale ipotesi, non subisce una vera e propria inversione quanto piuttosto una redistribuzione e viene presa in considerazione quale fatto impeditivo del diritto al risarcimento il fatto che quanto asserito fosse ritenuto vero.

Una fattispecie analoga è ravvisabile in materia di diritto del lavoro, laddove venga invocato l'Equality Act 2010 inglese (strumento che accoglie una serie di direttive europee³³),

³¹ Ciò dà luogo ad una "*evidential (i.e. rebuttable) presumption in favour of the claimant which gives him the benefit of any reasonable doubt. The practical effect of that is to give the claimant a fair wind in establishing the value of what he has lost.*" *The Law Debenture Trust Corporation Plc v Elektrim SA & Anor (Rev 1)* [2009] EWHC 1801 (Ch).

³² Vedasi *Johnstone* [2003] UKHL 28 e *Davies v Health and Safety Executive* [2002] EWCA Crim 2949.

³³ Vedasi ad esempio Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000.

funzionale a valutare se sia stato posto in essere un comportamento discriminatorio³⁴ o contrario al principio della parità di trattamento.³⁵

Per l'effetto di tale norma e sulla scorta delle relative interpretazioni giurisprudenziali³⁶ dal punto di vista dell'onere probatorio sussistono due fasi. La prima inizialmente a carico del ricorrente, che deve allegare delle pretese verosimili (*prima facie*) o sulla scorta di elementi fattuali non controversi in base ai quali il tribunale possa decidere sussista un comportamento discriminatorio. Se l'onere della prova in capo al ricorrente è soddisfatto, parte convenuta è tenuta dimostrare di aver agito in ossequio al principio della parità di trattamento.³⁷ Più che un'inversione vera e propria dell'*onus probandi* si tratta di un alleggerimento dell'onere probatorio in capo al ricorrente (parte debole del rapporto) ancorché il grado di certezza (apparenza *prima facie*) sia minore rispetto al consueto (onere della prova asimmetrico).

Negli USA, invece, a seguito della pronuncia della Supreme Court del 2020 in *Comcast Corp. v. National Association of African-American Owned Media*³⁸ non è più sufficiente che gli attori allegghino che il convenuto abbia posto in essere una condotta discriminatoria, ma va dimostrato il nesso causale tra il danno sostenuto da parte attorea e tale condotta.

Un'altra differenza tra i due sistemi oggetto di analisi in ordine all'onere probatorio è rinvenibile nei casi di diffamazione a mezzo stampa (*libel*), laddove in Inghilterra spetta alla persona che ha fatto la presunta dichiarazione diffamatoria dimostrarne la sua veridicità, mentre negli Stati Uniti l'onere probatorio rimane in capo al ricorrente.

3. Applicazione dell'onere della prova

Mentre la prevalente dottrina italiana ritiene che la ratio della regola dell'onere della prova sia di evitare il *non liquet* consentendo all'organo giurisdizionale di pronunciarsi anche quando mancano gli elementi di fatto necessari per formare il proprio convincimento, nei sistemi common law ha soprattutto una funzione distributiva, determinando che parte sia gravata dal rischio della mancata prova, in quanto il mancato soddisfacimento della prova non determina

³⁴ La formulazione della corrispondente norma Italiana (art. 40 d.lgs. 198/2006) così prevede "Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione".

³⁵ Articolo 136(2)-(3), Equality Act 2010.

³⁶ Vedasi *Royal Mail Group Ltd v Efofi* [2021] UKSC 33.

³⁷ Ai sensi dell'articolo 136 commi (2) e (3): "(2) *If there are facts from which the court [or tribunal] could decide, in the absence of any other explanation, that a person (A) contravened the provision concerned, the court must hold that the contravention occurred.* (3) *But subsection (2) does not apply if A shows that A did not contravene the provision.*"

³⁸ 589 U.S. (2020).

l'automatico rigetto della domanda, quanto piuttosto un sostanziale incremento di rischio che ciò avvenga.

Una chiara enunciazione di tale rischio è rinvenibile nelle istruzioni da fornire alla giuria nei procedimenti civili nello Stato del Colorado: *“ove una parte non soddisfi l'onere probatorio relativo ad una propria pretesa o eccezione ovvero nell'ipotesi in cui le prove addotte da entrambe le parti si controbilancino equamente in modo da rendere impossibile stabilire la prevalenza di una prospettazione sull'altra, dovrete rigettare la domanda o l'eccezione oggetto di valutazione”*.³⁹

Ove possibile, infatti, il giudice adito deciderà sulla scorta delle valutazioni dei fatti. Solo nelle circostanze residuali in cui tale giudice si trovi a dover constatare che nessuna delle due versioni contrapposte degli eventi soddisfi il criterio probabilistico, potrà, in via del tutto eccezionale, fare ricorso all'onere della prova (rectius al suo mancato superamento).

Un esempio di una tale ipotesi è rinvenibile nella sentenza di *Stephens v Cannon*,⁴⁰ in materia di controversia sul prezzo di compravendita di un terreno in un determinato momento temporale. Il giudice di prime cure, all'esito della testimonianza di due periti le cui valutazioni estimative erano piuttosto distanti, decideva sulla scorta dell'onere della prova non risultando possibile stabilire quale perizia risultasse più attendibile. Poiché i venditori avevano l'onere di dimostrare, sulla base probabilistica, che la loro tesi fosse corretta, non essendovi riusciti, prevaleva la prospettazione dei convenuti/acquirenti. I venditori promuovevano appello sull'assunto che il giudice di primo grado avrebbe abdicato il proprio dovere giurisdizionale omettendo di giungere ad una conclusione sulla scorta delle prove dei consulenti.

Accogliendo l'appello, la Corte ha enunciato alcuni principi chiave in merito all'uso dell'onere probatorio:

- La situazione deve essere eccezionale affinché il giudice possa decidere una questione controversa ricorrendo all'onere della prova, anche se non è necessario che abbia caratteristiche peculiari.
- Non sia possibile, nonostante gli sforzi compiuti, giungere ad una conclusione sulla questione controversa.
- Si applica un onere di motivazione rafforzato, a mente del quale: a) da un lato, le parti devono essere in grado di comprendere lo sforzo del giudice di prime cure ed il ragionamento che sottende la decisione di ricorrere all'onus probandi e ciò al fine di percepire chiaramente le ragioni per cui sono risultate vittoriose o soccombenti; b)

³⁹ *“If a party fails to meet (his) (her) (its) burden of proof as to any claim or defense or if the evidence weighs so evenly that you are unable to say that there is a preponderance on either side, you must reject that claim or defense”*, vedasi Colorado Jury Instructions Civil, Chapter 3, 3:1 Burden of Proof and Preponderance of Evidence —Defined.

⁴⁰ [2005] EWCA Civ 222.

dall'altro, deve essere consentito anche all'eventuale giudice d'appello comprendere i termini del ragionamento seguito, altrimenti non potrà verificare se il tribunale di primo grado si sia effettivamente trovato in una situazione eccezionale.

Applicando tali principi nella sentenza *Constandas v Lysandrou (a protected party by her litigation friend and son Mr Michael Lysandrou) and others*,⁴¹ la Corte d'Appello Inglese ha respinto il ricorso in cui veniva contestato l'operato del giudice di primo grado che aveva rigettato la domanda attorea ricorrendo all'onere della prova. L'attore (parte C) aveva intentato una causa contro la sorella, il cognato e il nipote (congiuntamente, parte D) ai sensi del Trusts of Land and Appointment of Trustees Act del 1996, chiedendo (tra l'altro) un provvedimento dichiarativo in merito al suo presunto diritto di proprietà e di occupazione di un immobile, la cui titolarità spettava formalmente alle parti D1 e D2. Il procedimento verteva sulla possibilità da parte di C di dimostrare di aver versato un acconto di 600 sterline nel giugno 1959, al momento dell'acquisto dell'immobile (cosa che parte D aveva contestato). Il giudice di prime cure concludeva che, sulla base delle prove a sua disposizione, non era in grado di giungere ad alcuna conclusione su chi avesse versato l'acconto. Di conseguenza, ha ritenuto che parte C non avesse assolto all'onere della prova che gravava su di lui in quanto parte attorea e respingeva il ricorso.

La Corte d'Appello ha ritenuto che il giudice di prime cure avesse chiaramente affrontato "in modo completo e coscienzioso" le prove per decidere se fosse in grado di determinarsi. Si era sforzata di arrivare a una conclusione e aveva spiegato chiaramente le ragioni per cui non era in grado di farlo. Tuttavia, il test concretamente applicabile non era se il ragionamento del giudice di prime cure spiegasse adeguatamente ciò che aveva fatto, ma se ciò che aveva fatto fosse effettivamente giustificato (o se poteva ragionevolmente essere in grado di giungere ad una conclusione di fatto in un modo o nell'altro). In questo caso, il problema che il giudice di prime cure si era trovata ad affrontare poteva essere definito veramente eccezionale, invero, erano trascorsi molti anni dall'effettuazione del pagamento contestato, le prove documentali sulla provenienza dell'acconto apparivano comprensibilmente limitate, non erano emerse prove dirette da parte di D1 e D2 essendo tali soggetti affetti da demenza, la testimonianza diretta di C era stata respinta a causa della sua limitata credibilità.

Un altro esempio concreto di approccio all'onere della prova (in realtà solo al *burden of persuasion*) è rinvenibile nella recente sentenza di *North of England Coachworks Ltd v Khan*⁴² ove il ricorrente chiedeva la modifica di un sequestro conservativo (*freezing injunction*) per consentire la vendita di alcuni beni al fine di pagare i propri legali.

⁴¹ [2018] EWCA Civ 613.

⁴² [2020] EWHC 1972 (QB).

A fronte degli elementi probatori presentati il giudice adito si è pronunciato indicando *“Avendo esaminato il materiale in mio possesso, comprese le dichiarazioni dei testimoni e le informazioni fornite nella memoria del sig. Brett [legale di parte resistente], non ho dubbi nel concludere che i coniugi Khan non hanno assolto all'onere di dimostrare che non dispongono di fonti di finanziarie alternative. Ho tenuto conto del fatto che non fosse necessario per i coniugi Khan dimostrare l'assenza di beni alternativi sulla base di un criterio probabilistico; inoltre, sono consapevole delle concrete difficoltà associate alla dimostrazione di un elemento negativo. Anche tenendo ben presenti questi elementi, le prove dei Khan sono irrimediabilmente carenti. Non accetto l'affermazione del sig. Brett [legale della parte resistente] secondo cui dovrebbe essere chiaro dai termini del provvedimento di sequestro stesso che non sono disponibili altre fonti di reddito, né che il signor Cohen [legale di parte ricorrente] abbia sopravvalutato il peso dell'onere che i signori Khan devono assolvere. Le prove e le informazioni disponibili non solo non mi convincono dell'assenza di fonti finanziarie alternative, ma anzi suggeriscono che sussiste una concreta prospettiva di finanziamento alternativo, da parte di un membro della famiglia o dei familiari, in particolare della stessa signora Khan. Dopo tutto, se la signora ha i mezzi per acquistare la sua quota nella casa di famiglia (con i propri beni o con l'aiuto di un ulteriore prestito da parte del padre), allora ne consegue che potrebbe essere in grado di far fronte alle spese legali del signor Khan (e anche la propria).”*

La giurisprudenza citata chiarisce, pertanto, come il ricorso all'onere della prova da parte dell'organo giudicante costituisca una circostanza eccezionale applicabile unicamente ove, al termine dell'istruttoria, i fatti allegati risultino in tutto o in parte sforniti di prova.

Tuttavia anche nel diritto processuale civile inglese e statunitense, laddove manchino le prove, il giudice procede comunque alla definizione del giudizio: pronunciandosi sulla domanda proposta sia che disponga delle prove, sia che esse non siano state fornite.⁴³

Avendo affrontato gli elementi teorici essenziali dell'*onus probandi*, occorre chiedersi quale significato assuma tale concetto nel mondo del processo nel cui ambito esplica i propri effetti. Invero, la regola di giudizio basata sull'onere della prova costituisce un punto fondamentale per intendere il processo di tipo dispositivo, la sua funzione nonché il ruolo delle parti (cui spetta il dominio dell'iniziativa) e dell'organo giudicante nei sistemi di common law.

Non solo. Ancorché i soggetti gravati dall'*onus probandi* (quale *evidential burden*) mutino nel corso del procedimento a seconda delle pretese o eccezioni formulate, la distribuzione del

⁴³ L. DURELLO, *Appunti sulla regola dell'onere della prova nel diritto processuale civile inglese*, in *Il Diritto degli Affari*, 2019, p. 427.

burden of proof (*legal burden*) è fissata dagli atti introduttivi del processo.⁴⁴ Invero, negli ordinamenti inglesi o statunitensi rispetto a ciascun fatto giuridico sussiste un autonomo *evidential burden*. Tale posizione atomistica differisce marcatamente dall'approccio unitario del nostro ordinamento determinando, come si è visto, un mutamento nella distribuzione dell'onere probatorio a seconda di chi abbia dedotto ciascun *fact in issue*.⁴⁵

Il processo, pertanto, negli ordinamenti anglo-americani da un lato categorizza, per il tramite delle parti, i fatti giuridici oggetto dell'onere probatorio dall'altro, all'esito della decisione dell'organo giudicante, incide sulla ripartizione di tale onere.

Vieppiù. Lo svolgimento stesso del processo civile in Inghilterra e negli Stati Uniti è condizionato dalle deduzioni istruttorie di parte e, ove non sia stato assolto l'*evidential burden*, potrebbe giungere ad un'anticipata conclusione.

Pertanto, al fine di comprendere come si dipana concretamente il *burden of proof* nelle sue due componenti – allegare e dimostrare i fatti e gli elementi costitutivi ed introdurre le prove a suffragio degli stessi – verranno esaminati alcuni elementi salienti del processo nella Commercial Court inglese e, successivamente, quello a norma delle Norme di Procedura Civile Federali statunitensi.

4. Il procedimento nella Commercial Court inglese

La Commercial Court fa parte delle *Business and Property Courts* inglesi, vanta un'ampia giurisdizione occupandosi di controversie commerciali, un termine dall'accezione piuttosto ampia ricomprendente "operazioni commerciali".⁴⁶

Le *Civil Procedure Rules (CPRs)*⁴⁷ e le relative linee guida applicative (*practice directions (PD)*), nonché il manuale della Commercial Court (*Commercial Court Guide*) trovano applicazione anche nei procedimenti che si svolgono presso la Commercial Court. Alcuni speciali protocolli d'azione *ante causam* (*pre-action protocols*) sono previsti dalle CPRs e trovano applicazione,

⁴⁴ "...the burden of proof is fixed at the beginning of the trial by the state of the pleadings and remains there never shifting." *Pope v The General Dental Council* [2015] EWHC 27.

⁴⁵ "...on every issue, there is an obligation on one party to convince the tribunal of fact" in S.L. PHIPSON -D.W. ELLIOT, *Manual of the Law of Evidence*, London, 1980, p. 51.

⁴⁶ A titolo meramente statistico, nel periodo compreso tra il mese di Ottobre 2022 ed il mese di Settembre 2023 il numero di nuovi procedimenti instaurati avanti alla Commercial Court è pari a 885, nel medesimo periodo si sono tenuti 137 procedimenti a dibattimento, i procedimenti hanno per il 63% matrice internazionale, vedasi The Commercial Court Report 2022-2023, pagg. 20 - 25: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/03/14.448_JO_Commercial_Court_Report_2223_WEB.pdf).

⁴⁷ Nello specifico CPR 58.

ancorché non disciplinino specificamente tale rito, anche nei potenziali procedimenti avanti la Commercial Court.⁴⁸

Gli obiettivi generali dei *pre-action protocols* sono: a) incoraggiare lo scambio di informazioni tempestive e complete su una pretesa; b) consentire alle parti di evitare il contenzioso concordando la composizione della controversia prima dell'inizio del procedimento; e c) favorire una gestione efficiente dei procedimenti laddove non sia possibile evitare il contenzioso. Ove le parti non si attengano a tali indicazioni, senza giustificato motivo, a siffatte regole, verranno penalizzate sul fronte delle spese legali (*cost penalties*) al termine del processo.

Concretamente, pertanto, subito dopo aver raccolto le prove sufficienti al sostegno della propria rivendicazione e prima di affrontare le questioni sul quantum in dettaglio, il potenziale attore (*claimant*) dovrebbe inviare alla controparte una lettera contenente i dettagli della propria pretesa. In tale lettera la parte deve fornire una quantità sufficiente di informazioni e documenti “essenziali”⁴⁹ per permettere alla potenziale convenuta (*defendant*) di effettuare degli accertamenti e procedere ad una valutazione generale sulla controversia.

Successivamente, la controparte deve notificare l'avvenuta ricezione della c.d. *letter before claim* e, dopo aver avuto il tempo (nella prassi un periodo che va dai 14 giorni ai 3 mesi) di poter investigare la rivendicazione, deve comunicare alla controparte il riconoscimento o meno della propria responsabilità. Nell'ipotesi in cui la controparte neghi la propria responsabilità o sostenga l'esistenza di un concorso di colpa, essa dovrà fornire valide argomentazioni che dovranno essere prese in considerazione dalla parte attrice.

Tale procedura iniziale tende a sortire un effetto acceleratorio, giacché le parti vengono obbligate a rendere note le proprie prove prima ancora dell'inizio della causa, ciò che spinge, di solito, ad una definizione transattiva, prima che i costi della lite lievitino.

Giova, inoltre, evidenziare che sin da quando viene contemplato il contenzioso un *solicitor* (avvocato)⁵⁰ ha il dovere di informare il proprio cliente dell'obbligo di garantire la conservazione di tutti i documenti rilevanti che potrebbero divenire soggetti ad un obbligo di esibizione documentale (*disclosure*). Tali documenti comprendono non solo quelli idonei ad attestare fatti a sé favorevoli ma anche la documentazione idonea a provare o supportare la

⁴⁸ Vedasi https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct.

⁴⁹ Commi B3.3 e B3.4.

⁵⁰ È utile ricordare che in Inghilterra il *solicitor* cura i rapporti con i clienti e gli assistiti nonché l'attività di introduzione e preparazione del processo, ed, in particolare, la preparazione della fase di *discovery*, che precede la fase del dibattimento, mentre il *barrister*, operante in regime libero professionale indipendente, predispone gli atti del procedimento e cura la fase dibattimentale.

posizione dell'eventuale controparte.⁵¹ Tale obbligo di preservazione vigerà “*sino alla conclusione del procedimento (compreso l'eventuale ricorso) o fino a quando non trasparirà che non vi sarà alcun'azione giudiziaria*”.⁵²

I procedimenti vengono avviati con il deposito⁵³ del modulo di atto introduttivo (*claim form*)⁵⁴ in cui viene sommariamente delineato l'oggetto della causa e, una volta intervenuta l'iscrizione al ruolo (con l'assegnazione del *claim number*),⁵⁵ la successiva notifica a controparte di tale *claim form*, di solito unitamente al ricorso in forma estesa c.d. *particulars of claim* ed al fascicolo di risposta (*response pack*). Con l'atto introduttivo del giudizio l'attore deve indicare i fatti che tradizionalmente (sulla scorta di un'elaborazione giurisprudenziale) costituiscono la c.d. *cause of action* nell'ordinamento giuridico inglese. Tale onere probatorio è concettualmente distinto dal c.d. *evidential burden*, ancorché normalmente colui che è gravato dal *legal burden* deve far fronte all'*evidential burden* a cui lo stesso è correlato.

La comparsa di costituzione (con eventuale domanda riconvenzionale) dovrà essere depositata dal convenuto entro 28 giorni dall'intervenuto deposito da parte dell'attore della conferma della notifica della *claim form* (ovvero 14 giorni dalla notifica dell'atto di citazione). In tale comparsa, ove ci si limiti ad una mera contestazione di quanto dedotto dal ricorrente, il convenuto sarà anch'esso gravato dell'onere probatorio.

La memoria di risposta attorea all'eventuale domanda riconvenzionale (*claimant's defence to counterclaim*) deve essere poi dimessa entro 14 giorni dal deposito della comparsa di costituzione (laddove non vi sia riconvenzionale l'attore può produrre se necessario una memoria di risposta - *claimant's reply to defence*).

Va evidenziato che con gli atti introduttivi, all'esito dei quali viene stabilito in via definitiva a quale ed in che misura competa il burden of proof,⁵⁶ ciascuna parte deve fornire, a meno che non sussista un'eccezione, a tutte le altre un elenco iniziale di documenti (*Initial Disclosure List of Documents*), oltre a copie dei principali documenti invocati (espressamente o meno) a sostegno delle pretese o delle difese avanzate (compresi i documenti a cui si fa riferimento) e

⁵¹ Ai sensi della Comma 7 della PD 31B (*Disclosure of electronic documents*): “Non appena è contemplata una controversia, i legali delle parti devono informare i propri clienti della necessità di *conservare i documenti soggetti a disclosure*. I documenti da conservare comprendono i documenti elettronici che altrimenti verrebbero cancellati in conformità a una politica di conservazione dei dati o comunque eliminati nel corso della normale attività”.

⁵² Telematico, PD 57AD.3.2.

⁵³ Utilizzando il Courts Electronic Filing system (CE-File) ai sensi della Practice Direction 51O.

⁵⁴ Utilizzando il modulo predisposto dalla Commercial Court.

⁵⁵ Previo pagamento di un contributo unificato pari al 5% del valore della pretesa fino ad un importo massimo di £10.000.

⁵⁶ “*In a civil case, the burden of proof is fixed at the beginning of the trial by the state of the pleadings and remains there never shifting.*” *Pope v The General Dental Council* [2015] EWHC 27.

dei principali documenti necessari per consentire alle altre parti di comprendere le pretese o le difese da formulare.

Successivamente ciascuna delle parti dovrà dichiarare se intende richiedere una disclosure estesa basata sulla ricerca documentale. In tale ipotesi la parte richiedente dovrà predisporre una memoria che identifichi le pretese soggette a *disclosure* (ed identifichi il modello di *disclosure* prescelto tra quella relativa a documenti o classi di documenti specifici, produzione dal perimetro ristretto o esibizione dal perimetro ampio). Tale memoria dovrà identificare (rectius elencare) unicamente le questioni chiave oggetto contestazione che le parti ritengono debbano essere risolte dal tribunale adito con riferimento a documenti coevi al fine di consentire un equo svolgimento del procedimento (non già tutte le questioni contestate o non ammesse nelle memorie). Nel predisporre l'elencazione delle pretese soggette a *disclosure*, le parti dovranno tenere conto del ruolo di tali pretese al fine di: (i) assistere le parti nel valutare, ed il tribunale adito a determinare, se sia necessaria l'esibizione estesa e, in tal caso, quale/i modello/i debba/possano essere utilizzato/i (ii) aiutare le parti a identificare i documenti e le categorie di documenti che potrebbero esistere e che dovranno essere divulgati (iii) consentire a coloro che sono onerati dal processo di *disclosure* ad adempiere con una modalità concreta e proporzionata (ivi incluso, (iv) assistendo nel processo di revisione dei documenti prodotti dalle ricerche ed (v) evitando la produzione di documenti non rilevanti ai fini del procedimento).

4.1 Case management conference

In questa fase predibattimentale il giudice fisserà un'udienza (anche più d'una ove si rendesse necessario) detta *case management conference* (dalle funzioni per certi versi analoghe alla prima udienza post riforma Cartabia), destinata ai chiarimenti funzionali all'esercizio dei poteri di gestione del procedimento (sulla scorta dei moduli "Case Management Information Sheet"⁵⁷ dimessi dalle parti) ancorché l'onere di concordare la gestione e la tempistica procedurale competa in prima battuta alle parti stesse (a titolo esemplificativo le parti

⁵⁷ A titolo esemplificativo vedasi il provvedimento *Banca Intesa Sanpaolo SPA & Anor v Comune Di Venezia* [2022] EWHC 1656 (Comm) al capoverso 7 "The case came before me for a CMC on 18 March 2021. In advance of that hearing, the Banks had filed a Case Management Information Sheet ("CMIS"), paragraph 14(a) of which provided: "On what issues may expert evidence be required? The parties agree that expert evidence of Italian law (on issues of Italian administrative and civil law) will be required. The Defendant considers a financial expert will be necessary to address technical issues relating to interest rate swaps. The Claimants' position on this is reserved pending: (a) sight of the Defendant's proposed questions for the financial expert (which had not been provided to the Claimants as of the date of this CMIS); and (b) determination of whether the issues of quantification of close-out values of the various swaps arising from the counterclaim and the alternative claims pleaded in the draft Amended Particulars of Claim should be determined at the main trial, or adjourned to be determined once the validity of the Transactions has been determined."

dovranno indicare la durata ipotizzata del dibattimento nonché l'impegno in termini di tempo che dovrà essere profuso dal giudice per prepararsi al dibattimento). Infatti, le parti dovranno concordare prima dell'udienza la bozza dell'elencazione delle pretese soggette ad esibizione documentale, i modelli individuati per ciascuna questione oggetto di *disclosure* e la formulazione di eventuali proposte di produzione di documenti o classi di documenti specifici. In tale contesto si inseriscono anche le cc.dd. *exclusionary rules of evidence*, ossia quelle norme che permettono al giudice di escludere l'ammissibilità delle prove prodotte dalle parti. Tali "esclusioni" rientrano nella discrezione del giudice adito che mantiene un livello di controllo sulla prova.⁵⁸ Di portata simile alle norme escludenti, è il concetto del c.d. *privilege* che consente, ritenendo che tale principio sia avvalorato da disposizioni di ordine pubblico costituendo lo stesso un'importante garanzia processuale, ad una parte di non esibire il contenuto della prova.⁵⁹ Nel novero del c.d. *privilege* rientrano: a) il privilegio contro l'autoincriminatione (*privilege against self-incrimination*); b) il segreto professionale legale (*legal professional privilege*); e c) la corrispondenza riservata, non producibile (*without prejudice correspondence*).⁶⁰ Il *legal professional privilege* si articola in due grandi categorie: il *legal advice privilege*, che copre le comunicazioni tra avvocato (anche ove dipendente del cliente stesso) e cliente effettuate allo scopo esclusivo o prevalente di dare o ricevere consulenza legale, e il *litigation privilege*, che riguarda le comunicazioni tra gli avvocati o i loro clienti e qualsiasi terza parte allo scopo di ottenere consulenza o informazioni in relazione a una controversia esistente o ragionevolmente prevista.⁶¹ La parte che invoca il *privilege* ha l'onere probatorio di dimostrarne la sussistenza.⁶²

Giova evidenziare che in un processo civile come quello Inglese che non prevede più la presenza della giuria, la valutazione di un giudice in ordine all'ammissibilità o meno di un mezzo di prova funzionale a dimostrare o confutare i fatti allegati in giudizio, può – essendo il medesimo giudice colui che valuta sia il legal burden che il l'evidential burden – costituire un giudizio prognostico sull'esito del punto controverso.

All'esito di tali valutazioni nella *case management conference*, il cui contenuto verrà cristallizzato in un'ordinanza, saranno stabiliti i parametri della *disclosure* nonché le modalità

⁵⁸ CPR, r 32.2(1).

⁵⁹ A.L.-T. CHOO, *The privilege against self-incrimination and criminal justice*, Oxford-Portland, 2013, p. 221.

⁶⁰ R. EDGE - A. ZIMBLER, *Evidence*, Oxford, 2022, p. 300.

⁶¹ Vedasi la recente sentenza di *Al Sadeq v Dechert LLP & Ors* [2024] EWCA Civ 28 in cui, tra l'altro, viene chiarito che da un lato chi invoca il legal professional privilege non deve essere necessariamente parte del procedimento e che lo stesso viene meno nei casi prima facie di iniquità – valutati sulla base di un'analisi delle probabilità. In queste circostanze, il segreto professionale viene meno per i documenti creati sia nell'ambito di un'attività considerata con probabilità iniqua, sia per favorirla o rivelarla.

⁶² Vedasi, ad esempio, la sentenza di *West London Pipeline and Storage v Total UK* [2008] 2 CLC 258.

dello scambio degli elementi probatori di cui le parti intendono avvalersi come, ad esempio, relazioni e dichiarazioni dei consulenti tecnici (*expert witness reports*) e le dichiarazioni testimoniali (*witness statement*) delle parti e di eventuali soggetti terzi.

4.2 Witness statement ed expert report

Le funzioni del *witness statement* (e dell'*expert report*) sono due: la prima consiste nel dare notizia al giudice e alle altre parti dell'intenzione di avvalersi di quella prova testimoniale al *trial*. La seconda consiste nel formare la stessa prova testimoniale che viene versata in un documento scritto da scambiare in sede di *disclosure* ed eventualmente utilizzare in sede di dibattimento. *Witness statement* ed *expert reports* dovranno concludersi con una dichiarazione giurata sulla veridicità del loro contenuto.

Nonostante la regola generale⁶³ sia che tutti gli elementi fattuali (ed il *witness statement* dovrebbe limitarsi ad un contenuto fattuale del quale il teste ha una conoscenza diretta e che sia rilevante per l'accertamento dei fatti su cui si fonda la controversia) rispetto ai quali vige l'onere della prova devono essere dimostrati nell'ambito del pubblico dibattimento a mezzo di prova orale, il giudice di regola utilizzerà il *witness statement* quale "*evidence in chief*" ossia in sostituzione dell'audizione diretta del teste da parte del legale che lo ha chiamato (*examination in chief*), che avrà luogo solo in casi eccezionali.

Inoltre i legali delle parti, nonostante il teste vada sempre citato, possono chiedere al giudice di utilizzare il *witness statement* direttamente come prova testimoniale (quando ad esempio l'attendibilità del teste non sia in discussione) o, quantomeno, come testimonianza *de auditu* (*hearsay evidence*).⁶⁴ La previgente norma di common law secondo cui l'*hearsay* era generalmente inammissibile è stata di fatto abolita nei procedimenti civili dal Civil Evidence Act 1995 anche la norma delle migliori prove o "*best evidence rule*" ha subito la stessa sorte.⁶⁵ La *hearsay evidence* costituisce una testimonianza di secondo grado o una testimonianza della testimonianza ossia "una dichiarazione resa da una persona diversa da quella che sta rendendo testimonianza orale nel procedimento in cui è resa quale prova dei fatti addotti".⁶⁶ Laddove per "dichiarazione" si intende qualsivoglia rappresentazione di fatti o di opinioni resa in qualsiasi forma.⁶⁷ Si tratta, quindi, di una prova dotata di una valenza persuasiva inferiore a

⁶³ CPR, r 32.2(1).

⁶⁴ CPR, r 32.5(5).

⁶⁵ Tale norma, a mente della quale occorre produrre le prove le più efficaci e le più dirette di un fatto o, in difetto, l'assenza di queste prove deve essere presa in conto è ancora vigente in Irlanda. Ad esempio la miglior prova del contenuto di una lettera, è la produzione della lettera stessa, e non una testimonianza orale del suo contenuto.

⁶⁶ Articolo 1, c. (2)(a) del Civil Evidence Act 1995.

⁶⁷ Articolo 13 del Civil Evidence Act 1995.

quella di un testimone escusso in sede di pubblico dibattimento, ma non del tutto inconsistente. Insomma, mentre astrattamente, il sistema del processo civile inglese sostiene ancora l'idea che il metodo migliore di formazione della prova dichiarativa sia caratterizzato dai requisiti dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio; tuttavia, tale impostazione cede il passo ad un sistema flessibile che ne consente l'ingresso nel procedimento ancorché con una valenza "minore".

Come anticipato unitamente ai *witness statements* vengono predisposti anche gli *expert reports* in cui il consulente tecnico di parte fornisce la propria opinione su degli elementi tecnici o scientifici che suffragano la posizione in giudizio della parte che lo ha incaricato. Laddove una parte non produca nella fase preliminare gli *expert report*, tale documento non potrà essere utilizzata nel dibattimento.⁶⁸

La posizione procedurale del consulente di parte è per molti versi equiparabile a quella di un testimone e, come nel caso dello *witness statement*, l'*expert report* costituisce *evidence in chief*, il cui contenuto e valenza probatoria sono verificati dall'esame incrociato del legale di controparte in sede di dibattimento. Gli esperti sono nominati dalle parti che li portano in giudizio come fonte di conoscenza dei dati scientifici che le parti stesse ritengono utili per la decisione. È allora naturale che ogni parte scelga il consulente disposto a testimoniare in suo favore, e altrettanto naturalmente costui, ancorché un consulente abbia il dovere di mantenere la propria indipendenza, tenderà ad orientare la testimonianza in senso favorevole alla "sua" parte ed in senso contrario a quella avversaria. È poi rimesso al *cross examination* in sede di dibattimento il compito di far emergere quali conoscenze siano attendibili e quali no.

Giova ricordare come nozioni di diritto straniero costituiscano elementi di fatto soggette, pertanto, ad onere probatorio non trovando applicazione al diritto straniero il brocardo *iura novit curia*. Infatti, nella logica *adversarial* dei sistemi di common law rientra nell'onere di chi afferma la rilevanza di una determinata norma provarne l'esistenza (oltre che l'applicabilità nella fattispecie concreta).⁶⁹ Tale onere viene solitamente assolto tramite la testimonianza di un consulente di parte.

⁶⁸ CPR, r 35.13.

⁶⁹ Nella sentenza statunitense di *re Magnetic Audiotape Antitrust Litig.*, 334 F.3d 204 (2d Cir. 2003) ove una parte ha presentato delle dichiarazioni giurate in merito alla più opportuna interpretazione di specifiche previsioni di diritto coreano ancorché non del diritto coreano in generale, il giudice adito ha ritenuto tali elementi probatori insufficienti rifiutandosi, peraltro, di accertare indipendentemente gli elementi sostanziali del diritto coreano "*the dearth of evidence offered by SKM prevents this court from properly considering its request for dismissal based on an issue of foreign law. While courts are not precluded from engaging in their own information gathering with regard to issues of foreign law, we do not believe it is appropriate for this court to do so in these circumstances.*" cfr. para 209 (facendo riferimento al FRCP 44.1).

4.3 Pre-trial review

In prossimità del dibattimento, dovrà essere prodotta dalle parti una lista di verifica (*listing questionnaire* o *pre-trial checklist*). Tale documento consentirà alla corte di decidere se sono necessarie ulteriori indicazioni e sia concretamente possibile fissare la data del dibattimento dando indicazioni sulla durata ipotizzata per lo stesso.

Tale decisione verrà consacrata in un secondo tipo di udienza, detto *pre-trial review*, deputata alla verifica del rispetto delle direttive date del giudice, a fornire alle parti indicazioni sul dibattimento ad es., sull'uso delle tecnologie informatiche o su disposizioni speciali per l'assunzione di prove (solitamente viene concordata nella case management conference una lista di elementi controversi e di posizioni comuni alle parti – la c.d. *Agreed List of Issues and Common Ground*) e a disporre l'articolazione tempistica del dibattimento (ove ciò non sia già avvenuto).

4.4 Dibattimento - Trial

Dibattimento che deve avere una durata congrua. In proposito, recentemente⁷⁰ si è ribadito come sia essenziale garantire che si conceda a tutte le parti una ragionevole opportunità di prendere parte allo stesso. In preparazione allo stesso ciascuna parte dovrà predisporre un documento di sintesi della propria posizione nella controversia (il c.d. *skeleton argument*) nonché un fascicolo essenziale (*core bundle*) contenente i documenti chiave. A tali documenti dovrà accompagnarsi una stima delle tempistiche di studio di quanto prodotto e della durata del dibattimento.

La fase dibattimentale solitamente ha inizio una breve prospettazione (*opening submissions* o *opening statement*) degli elementi chiave della controversia e dei punti dibattuti da parte dei legali delle parti. Si passa poi all'esame delle prove, partendo dai testi attorei (prima i testi di fatto e, a seguire, le testimonianze dei consulenti di parte). Il fatto che il consulente venga a (quasi) tutti gli effetti considerato come un testimone è poi uno degli aspetti che, sul fronte probatorio, maggiormente diversifica i sistemi di civil law da quelli di common law.⁷¹

Come poc'anzi rilevato la testimonianza resa in dibattimento è considerata la forma principe di prova. Pur partendo dal witness statement che costituisce l'*evidence in chief* il teste (cominciando dai testi del ricorrente) viene sottoposto all'esame incrociato (*cross examination*) da parte del legale di controparte avente ad oggetto la testimonianza sui fatti di diretta percezione da parte del teste stesso. Vigè un principio generale che impedisce ai

⁷⁰ Nella sentenza di *Skatteforvaltningen (The Danish Customs And Tax Administration) ("SKAT") v Solo Capital Partners LLP (in special administration) and others* [2023] EWHC 1413.

⁷¹ M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparativa del processo*, Bologna, 1991, p. 173 ss.

testimoni di esprimere le proprie opinioni con riferimento ai fatti oggetto di causa (tale principio va osservato anche nella predisposizione *del witness statement*). Segue l'escussione degli *expert witnesses*.

Il *cross examination* consente al legale di controparte di valutare l'attendibilità del teste e di contestare immediatamente le fonti di informazione di controparte e così garantire la maggior genuinità possibile della prova. Tale istituto evidenzia la natura "privata" dei risultati probatori portati all'attenzione del giudice che come un arbitro di una manifestazione sportiva dovrà limitarsi a verificare che le parti rispettino "le regole del gioco", con la conseguente esclusione di iniziative d'ufficio. In questa sede si manifesta concretamente il trasferimento dell'onere probatorio (*evidential burden*) in capo a ciascuna parte: una volta che l'attore abbia positivamente superato il suo *evidential burden*, soprattutto con l'ausilio dei testi e consulenti, grava sul convenuto l'onere di ridurre la portata e, se possibile, confutare in toto le prove dell'attore "neutralizzando" per l'effetto i testi e consulenti attorei. Tanto deve avvenire nel rispetto del contraddittorio.⁷²

Il dibattimento si conclude, generalmente, con le considerazioni conclusive (*closing submissions* o *closing statements*) dei legali delle parti. Tale strumento consente di riassumere gli elementi probatori oggetto della controversia dibattimento (*evidential burden*), ribadire la sussistenza dei fatti in questione (*legal burden*) e di minimizzare l'impatto delle tesi o degli elementi di prova di controparte.

Infine, all'esito del dibattimento il Giudice generalmente definisce tutte le questioni controverse, tra cui la responsabilità delle parti, la determinazione del quantum e delle spese legali rimborsabili dalla parte soccombente alla parte vincitrice. Per altro verso, nel rito ordinario multi-track le decisioni circa le spese legali e il loro ammontare, note come *summary assessment of costs*, possono essere determinate in un'udienza ad hoc.⁷³

⁷² "In general a party is required to challenge in cross-examination the evidence of any witness of the opposing party if he wishes to submit to the court that the evidence should not be accepted on that point. The rule applies in civil cases ... In general the CPR does not alter that position. This rule serves the important function of giving the witness the opportunity of explaining any contradiction or alleged problem with his evidence. If a party has decided not to cross-examine on a particular important point, he will be in difficulty in submitting that the evidence should be rejected." H.M. MALEK - J. AUBURN - R BAGSHAW, ET AL, *Phipson on Evidence*, cit., para 12-20; vedasi anche *TUI UK Ltd v Griffiths* [2023] UKSC 48.

⁷³ Le parti devono scambiarsi reciprocamente e fornire al Giudice una nota dettagliata sulle spese sostenute nonché un piano di ripartizione delle stesse. Nella sua decisione il Giudice decide a quale parte accollare le spese legali: la regola generale prevede che la parte soccombente sia condannata al pagamento delle stesse alla controparte, ma anche che la parte vincitrice non può recuperare dalla controparte più di quanto ha speso (*indemnity principle*). Tuttavia, il Giudice gode di ampia discrezionalità nel ripartire le spese in maniera diversa, prendendo in considerazione la condotta delle parti. Se non viene seguito il procedimento di *summary assessment* delle spese legali e qualora le parti non siano concordi sull'importo di tali spese, queste verranno determinate in un procedimento successivo chiamato *Detailed Assessment* dinanzi ad un giudice diverso, noto come *Costs Judge*.

Da quanto poc'anzi prospettato si comprende come il processo inglese, (e come si vedrà anche quello statunitense) assumendo come canone il processo orale, abbia individuato il proprio elemento fondante nell'udienza o, meglio, nel dibattimento che si svolge in quest'ultima. Tale impostazione di fondo (ancorché discendente da considerazioni di natura teorica) deve contrastarsi con la parabola discendente dell'oralità nel processo Italiano all'esito della riforma del processo di cui al D.Lgs. n. 149 del 2022, in favore della prevalenza del modello scritto sulla scorta di una logica asseritamente ispirata dall'esigenza di accelerazione della procedura. Esigenza di efficientamento che pone ai margini anche il rapporto diretto delle parti con il giudice, favorendo, invece, un rapporto a distanza, mediato dalla scrittura degli atti.

Tale diverso contesto connota fortemente anche l'assolvimento dell'onere della prova. Infatti, nel modello inglese il contatto fisico tra il giudice e le parti, i testimoni ecc. appare più efficace, perché cognitivamente adeguato, rispetto alla significativa compressione del dibattimento operata con la riforma Cartabia.

5. Il processo civile (federale) statunitense

Prima di delineare il dipanarsi del procedimento ed il ruolo dell'onere della prova nel processo civile (federale) statunitense viene brevemente tratteggiato il sistema giudiziario federale. Quest'ultimo è articolato sulla base di 94 distretti (*districts*), compresi i territori d'oltremare, organizzati in 12 circuiti regionali (*regional circuits*) e nel Distretto di Columbia (DC). Ad ogni distretto sono associati una district court, dalla competenza generale su materie che rientrano nella giurisdizione federale, ed un tribunale fallimentare (le questioni fallimentari rientrano nella competenza federale). Vi sono, peraltro, anche articolazioni specializzate quali la US Court of International Trade (che si occupa di casi riguardanti il commercio internazionale e le norme doganali) e la US Court of Federal Claims (che si occupa della maggior parte delle richieste di risarcimento danni contro il governo degli Stati Uniti).

Ogni tribunale distrettuale fa parte di un circuito (*circuit*), che ha una Corte d'Appello competente alla disamina di sentenze di tribunali distrettuali situati all'interno del medesimo circuito, nonché le decisioni delle agenzie amministrative federali. Inoltre, la Corte d'Appello per il Circuito Federale ha giurisdizione a livello nazionale su un numero limitato di questioni, tra cui il commercio internazionale, i contratti governativi, i marchi e brevetti. I giudici federali sono nominati dal Presidente e confermati dal Senato e non hanno un'età pensionabile obbligatoria.

Nei tribunali federali statunitensi non esistono requisiti espliciti assimilabili a quelli imposti dai *pre-action protocols*. Tuttavia, nella prassi forense non è raro che le parti si scambino corrispondenza e persino bozze di memorie prima di avviare un procedimento formale.

Una caratteristica fondamentale della fase pre-processuale statunitense è il c.d. *litigation hold* o *preservation notice*. Ove una parte ipotizzi possa aver luogo una controversia, tale soggetto deve adottare delle misure per garantire la conservazione di tutti i documenti potenzialmente rilevanti in tale contenzioso e deve “sospendere la propria policy di conservazione/distruzione documentale e porre in essere un *litigation hold* al fine di garantire la loro regolare conservazione”. Ciò comporta il mantenimento di grandi quantità di dati archiviati elettronicamente.

Negli Stati Uniti l'azione viene promossa depositando un ricorso denominato “*complaint*”, atto che deve essere firmato dal legale dell'attore (*plaintiff*) o dall'attore stesso ove non abbia nominato un avvocato.⁷⁴ Una volta depositato il *complaint*, il tribunale adito emette una citazione (*summons*) diretta al convenuto, indicando l'ora in cui quest'ultimo deve comparire avanti il tribunale.⁷⁵ La citazione deve anche indicare che la mancata comparizione del convenuto comporterà l'emissione di una sentenza “in default”, con la conseguente soccombenza per contumacia del convenuto.⁷⁶

Non è di norma necessario che il *complaint* sia dettagliato ancorché dovrà allegare in giudizio tutti i *material facts* sui quali ritiene si fondi la propria azione. È invece sufficiente un “*notice pleading*”, ossia una dichiarazione breve e chiara che consenta al convenuto di avere cognizione della natura della pretesa. Ogni allegazione deve essere “semplice, concisa e diretta”.⁷⁷ Questo requisito piuttosto flessibile comporta il rischio che vengano promosse delle pretese poco circostanziate o destituite di giuridico fondamento.⁷⁸

Va evidenziato come laddove la frode⁷⁹ costituisca la *causa petendi* del ricorso, la stessa deve essere delineata più nel dettaglio⁸⁰ ancorché l'elemento psicologico, “possa essere addotto in generale”.

A giudizio radicato, sarà sempre l'attore ad avere tanto l'onere di fornire per primo le prove dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti allegati in giudizio, quanto l'onere di persuadere i

⁷⁴ FRCP 3 e 11(a).

⁷⁵ FRCP 4.

⁷⁶ FRCP 4(a).

⁷⁷ FRCP 8(d)(1).

⁷⁸ Recentemente la *Supreme Court* Statunitense in ha precisato che, sebbene non siano necessarie allegazioni dettagliate sui fatti, parte attorea deve “formulare una richiesta di risarcimento che appaia plausibile”. Ciò implica che siano soddisfatti due requisiti minimi: oltre alle conclusioni giuridiche che costituiscono il presupposto del ricorso, devono essere presenti affermazioni di fatto a sostegno dello stesso.

⁷⁹ Concetto che in diritto italiano corrisponde, con qualche approssimazione, alle “dichiarazioni inesatte e reticenze del contraente” di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c.

⁸⁰ FRCP 9(b).

giurati della veridicità delle proprie affermazioni in occasione del giudizio di fatto davanti ai medesimi.

Inoltre, le pretese risarcitorie per frode ed anche per quelle relative a danni speciali (*special damages*), il requisito minimo di allegazione è più elevato. Tali rivendicazioni devono essere formulate “con precisione”.⁸¹

Oltre a fornire un’indicazione sulla natura della pretesa, il *complaint* deve contenere anche i presupposti per la competenza del foro adito (sia *ratione personae* quanto al convenuto (*Personal jurisdiction*) che quanto alla pretesa *ratione materiae* (*subject matter jurisdiction*) ed indicare il “rimedio” richiesto al tribunale.⁸²

Una volta ricevuto il ricorso, il convenuto può fornire una risposta scritta alle pretese attoree delineando le proprie difese (*answer*), oppure può avanzare istanza (*motion*) affinché venga definitivamente respinto sulla scorta di uno dei seguenti presupposti: difetto di giurisdizione (*ratione personae* o *ratione materiae*), foro improprio, carenze procedurali o nella notificazione, mancata formulazione di una pretesa, mancata citazione di una parte necessaria.⁸³

Incombe sul convenuto l’onere di provare le difese inerenti alla mancata formulazione di una pretesa da parte attorea⁸⁴ ovvero alla mancata citazione di una parte necessaria al giudizio.⁸⁵ L’attore, invece, a fronte delle difese del convenuto è gravato dall’onere di dimostrare la competenza del foro adito laddove venga invocato un difetto di competenza *ratione personae*,⁸⁶ *ratione materiae*⁸⁷ ovvero una inadeguata notificazione⁸⁸ (posto che nei paesi di common law la notifica costituisce il presupposto per asserire la competenza).

⁸¹ FRCP 9(b) e (g).

⁸² FRCP 8(a).

⁸³ FRCP 12(b)(1) – (7).

⁸⁴ Vedasi sul punto le sentenze *Animal Science Prods., Inc. v. China Minmetals Corp.*, 654 F.3d 462, 469 n.9 (3d Cir. 2011); *Total Benefits Planning Agency, Inc. v. Anthem Blue Cross & Blue Shield*, 552 F.3d 430, 434 (6th Cir. 2008); *Ojeda, et al. v. Louis Berger Group, Inc.*, 2021 WL 941875, (D.N.J. Mar. 11, 2021).

⁸⁵ Vedasi sul punto le sentenze *Citizen Band Potawatomi Indian Tribe of Oklahoma v. Collier*, 17 F.3d 1292, 1293 (10th Cir. 1994); *Finsa Portafolios, S.A. de C.V. v. Opengate Capital, LLC*, 2020 WL 7862124, (C.D. Cal. Aug. 19, 2020).

⁸⁶ Vedasi sul punto le sentenze *Bank Brussels Lambert v. Fiddler Gonzalez & Rodriguez*, 171 F.3d 779, 784 (2d Cir. 1999); *Ecogensus LLC v. Pacella*, 2022 WL 874727, (S.D.N.Y. March 24, 2022).

⁸⁷ Vedasi sul punto le sentenze *New Leaf Service Contracts, Inc. v. Gerhard's Inc.*, 2023 WL 2938241, (N.D. Tex. Apr. 13, 2023); *Palomar Health v. American Guarantee & Liability Ins. Co.*, 2021 WL 4035005, (C.D. Cal. Sept. 3, 2021).

⁸⁸ Vedasi sul punto le sentenze *Dickerson v. Napolitano*, 604 F.3d 732, 752 (2d Cir. 2010); *Lisson v. ING Groep NV*, 262 F. App'x 567, 569 (5th Cir. 2007); *Sutter v. Dibello*, 2021 WL 930459, at *7 (E.D.N.Y. Mar. 10, 2021).

A fronte della difesa di “foro improprio”, vi sono, invece, delle pronunce divergenti su chi tra attore⁸⁹ e convenuto⁹⁰ incomba l’onere di dimostrare che il foro sia appropriato o meno.

L’*answer* e/o l’istanza di rigetto devono essere notificate entro 21 giorni dalla notifica del ricorso, anche se nella prassi spesso viene concordato tra le parti un termine più lungo.⁹¹

Fino a questo punto del procedimento, le differenze tra la procedura statunitense e quella inglese sono relativamente poche. La prima distinzione importante tra i due sistemi si verifica nella fase di produzione dei documenti, dove la “*discovery*” statunitense differisce marcatamente dalla “*disclosure*” inglese.

5.1 Discovery

La *discovery* statunitense in termini di tempo e risorse è un processo lungo e dispendioso (costituisce una c.d. *fishing expedition*). L’ambito del materiale che può essere richiesto è molto più ampio di quello previsto dalle norme inglesi (in particolare se confrontato con alcuni dei modelli di disclosure della Commercial Court).

Secondo le FRCP, le parti hanno il diritto di ottenere: “*la discovery di qualsiasi questione non soggetta a privilege che sia rilevante per la rivendicazione o la difesa di una parte e proporzionata alle esigenze del caso, considerando l’importanza delle questioni oggetto del procedimento, l’ammontare della controversia, l’accesso relativo delle parti alle informazioni rilevanti, le risorse delle parti, l’importanza della discovery per risolvere le questioni e se l’onere o il costo della discovery proposta superino o meno il suo probabile beneficio*”. In generale il perimetro del materiale soggetto a discovery è più ampio di quello poi rientrante nel novero degli elementi probatori ammissibili.⁹²

Le FRCP⁹³ stabiliscono i vari meccanismi con cui è possibile richiedere la *discovery*. In particolare, l’obbligo iniziale di fornire (tra l’altro) una “copia - o una descrizione per categoria e ubicazione - di tutti i documenti, le informazioni memorizzate elettronicamente ed i beni materiali di cui la parte divulgante è in possesso, custodia o controllo e che può utilizzare a sostegno delle proprie pretese o difese, a meno che l’uso non sia esclusivamente a scopo di portare un attacco alla credibilità di un soggetto (“*impeachment*”) non richiede una richiesta

⁸⁹ In favore dell’onere incombente su parte attrice di dimostrare che il foro sia appropriato *Piedmont Label Co. v. Sun Garden Packing Co.*, 598 F.2d 491, 496 (9th Cir. 1979); *W. Org. of Resource Councils v. U.S. Bureau of Land Mgmt.*, 2021 WL 718857, (D. Mont. Feb. 24, 2021); *Tatro v. Sterling Jewelers, Inc.*, 2019 WL 1149906, (S.D. Cal. Mar. 12, 2019).

⁹⁰ In favore dell’onere incombente sul convenuto di dimostrare che il foro sia improprio *Post Acute Medical, LLC v. LeBlanc*, 826 Fed. App’x 163, 166 (3d Cir. 2020); *Bockman v. First Am. Mktg. Corp.*, 459 F. App’x 157, 160 (3d Cir. 2012); *Vound Colorado, Ltd. v. E-Hounds, Inc.*, 2022 WL 684834, (D. Del. Mar. 8, 2022).

⁹¹ FRCP 12(a)(1)(A)(i).

⁹² Vedasi FRCP 26(b)(1).

⁹³ Dall’art. 26 all’art. 37.

di *discovery*; deve essere fornita a meno che il caso non rientri in determinate esenzioni o nell'ipotesi in cui il tribunale disponga diversamente.

Il diritto federale statunitense assume una posizione analoga a quella inglese sul *Legal Professional Privilege*. Tale "*privilege*" trova applicazione a fronte di comunicazioni tra persone privilegiate (ad esempio, avvocato e cliente) effettuate in via confidenziale e allo scopo di cercare, ottenere o fornire assistenza legale. A meno che e fino a quando non si rinunci a tale *privilege*, il titolare dello stesso (ad esempio, il cliente) può rifiutare la produzione di comunicazioni privilegiate. Inoltre, viene riconosciuta anche la dottrina del c.d. *attorney work product* (affine al *litigation privilege* inglese), che mette al riparo dalla *discovery* qualsiasi documento predisposto da un avvocato (o da un suo agente/collaboratore) in previsione di una controversia.

5.2 Interrogatories

Nell'ambito del processo di *discovery*, le parti possono scambiarsi elenchi di domande a cui rispondere in forma scritta con l'assistenza dei loro consulenti legali sotto giuramento ("*interrogatories*"). Il limite è di 25 domande, alle quali si deve rispondere sotto giuramento entro 30 giorni (FRCP 33). Sebbene siano in gran parte uguali a quelli inglesi, l'FRCP 33(d) consente a una parte di rispondere a una richiesta in tal senso consentendo a controparte l'ispezione dei propri documenti aziendali, dai quali si può ricavare la risposta "se l'onere di ricavare o accertare la risposta sia sostanzialmente analogo per entrambe le parti". In questo modo, l'onere di reperire le informazioni richieste incombe sulla controparte.

5.3 Depositions

La prassi processuale consente di richiedere che la controparte stessa o altri potenziali testi vengano sottoposti ad un interrogatorio extragiudiziale ("*deposition*"). Le *depositions* dovrebbero svolgersi con le stesse modalità del processo, con l'esclusione della presenza del giudice che nella maggior parte dei casi non si concretizza (anche se il giudice può essere contattato telefonicamente durante la deposizione se le parti non riescono a trovare un accordo su un punto della procedura, ad esempio una questione di *privilege*).

Il deponente deve prestare lo stesso giuramento o affermazione come se la testimonianza fosse resa in dibattimento. L'avvocato depositario interrogherà i testimoni della controparte, mentre l'avvocato difensore vaglierà la ritualità del procedimento se del caso obiettando a domande indebite, analogamente alla *cross-examination* in sede dibattimentale. Le deposizioni vengono di solito video o audio registrate e trascritte. La registrazione e la trascrizione vengono fornite sia al deponente che a tutte le altre parti in causa. L'importanza delle deposizioni sottolinea il ruolo rivestito dalla testimonianza orale quale elemento

probatorio principe. Inoltre, le deposizioni vengono sempre più spesso condotte a distanza telefonicamente o in videoconferenza (soprattutto dopo il COVID-19, anche se la disposizione in tal senso⁹⁴ non è di recente formulazione).

Essendo il deponente assimilabile ad un teste escusso in giudizio, lo stesso può avvalersi delle garanzie del V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti che sancisce il diritto di non autoincriminarsi. Sebbene una persona non possa essere costretta a deporre o testimoniare contro sé stessa, in ambito civile il soggetto deputato alle decisioni in fatto (giuria o giudice, a seconda delle circostanze) può trarre un'inferenza negativa dal rifiuto di una parte di deporre o testimoniare.⁹⁵

Una volta che si siano svolte la fase di *discovery* e le depositions, le parti tendono ad avere una percezione più chiara della posizione delle parti rispetto a soggetti coinvolti in un simile procedimento in Inghilterra. Risulta, pertanto, una prassi comune avanzare un'istanza per la declaratoria di irricevibilità delle pretese avverse – la c.d. *motion to dismiss* (nella prassi frequentemente una tale richiesta viene avanzata dal convenuto).⁹⁶ A fronte della presentazione di tale istanza il giudice adito può accoglierla nell'ipotesi abbia ad oggetto “una difesa insufficiente o qualsiasi questione priva di concreto contenuto, inconferente, non pertinente o oltremodo esagerata”.⁹⁷ Il giudice adito può ritenere irricevibili delle pretese anche motu proprio.

In altri termini viene richiesto al giudice togato, all'esito dell'istruttoria ed in una fase antecedente al dibattimento (e, quindi, al giudizio di fatto) di operare una valutazione preventiva al fine di chiarire, secondo una valutazione prognostica, se le prove presentate a sostegno delle allegazioni fattuali siano idonee o meno a determinare il convincimento dell'organo giudicante (giuria ovvero il giudice medesimo) degli elementi fattuali. Il mancato assolvimento dell'onere di probatorio nell'accezione di *burden of adducing evidence* determina, pertanto, l'arresto del giudizio con l'accoglimento dell'istanza di rigetto. Tanto conduce il giudice a valutare se le prove prodotte in giudizio siano idonee a persuadere la giuria e così facendo anticipa, in un certo senso, la decisione sul fatto che è invece alla stessa attribuita.⁹⁸

⁹⁴ Contenuta nella FRCP 30(b)(4).

⁹⁵ Vedasi sul punto la sentenza di *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308, 318 (1976).

⁹⁶ Anche in Irlanda questa tipologia di istanze, ancorché principalmente ancorate all'inammissibilità di alcuni elementi di prova, un tempo sconosciute sono divenute comuni: cfr. ad esempio *Governor & Company of the Bank of Ireland -v- O'Donnell & Ors* [2012] IEHC 475.

⁹⁷ FRCP 12(f).

⁹⁸ L. DURELLO, *Appunti*, cit., p. 440.

A tale tipologia di istanza si assomma la c.d. *motion for summary judgement*⁹⁹ (una procedura del tutto analoga anche nei presupposti sussiste anche nella procedura inglese¹⁰⁰ ove il giudice potrà provvedere persino ex officio) con cui viene richiesta l'emissione di un provvedimento sommario nell'ipotesi in cui una parte (solitamente l'attore) dimostri che "non via sia una concreta controversia su alcun fatto materiale" e di aver diritto a che si giunga a sentenza. Ai sensi della FRCP 56(c) verrà concesso il summary judgement¹⁰¹ nelle ipotesi in cui, avendo la parte che presenta la motion ottemperato al burden of production,¹⁰² *"dopo un adeguato lasso temporale per la discovery e su mozione, avverso la parte che non fornisca che non fornisca elementi sufficienti a dimostrare la sussistenza di un elemento essenziale per la sua pretesa, rispetto al quale sarebbe stato gravato dall'onere della prova in dibattimento."*¹⁰³

Si tratta, dunque, di decidere domande ed eccezioni che si fondano su allegazioni di fatto tanto inverosimili da potersi escludere che esse possano venire dimostrate nel corso del dibattimento o che pongono questioni di diritto facilmente risolvibili senza la necessità di seguire l'intera procedura. Il che significa che potranno essere rigettate senza dibattimento solo eccezioni o domande che, pur fondate su allegazioni non inverosimili e giuridicamente concludenti, non trovino alcun riscontro materiale probatorio disponibile (affidavits, witness statements, documenti) e, dunque, non raggiungano neppure una minima soglia di burden of persuasion.

La prassi federale consente anche il summary judgement parziale (ad esempio, su un'unica domanda, difesa o questione legale) al fine di ridurre eliminare una o più delle pretese in discussione.¹⁰⁴

⁹⁹ Di cui alla FRCP 56 a mente della quale *"The court shall grant summary judgment if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law"*.

¹⁰⁰ Ai sensi delle CPR inglesi alla r. n. 24.3 *"The court may give summary judgment against a claimant or defendant on the whole of a claim or on an issue if— (a) it considers that the party has no real prospect of succeeding on the claim, defence or issue; and (b) there is no other compelling reason why the case or issue should be disposed of at a trial"*.

¹⁰¹ *Anderson v Liberty Lobby, Inc.*, 477 U.S. 242, 252 (1986): *"a summary judgment depends on whether "reasonable jurors could find by a preponderance of the evidence that the plaintiff is entitled to a verdict"*.

¹⁰² *"If the burden of persuasion at trial would be on the non-moving party, the party moving for summary judgment may satisfy Rule 56's burden of production in either of two ways. First, the moving party may submit affirmative evidence that negates an essential element of the nonmoving party's claim. Second, the moving party may demonstrate to the Court that the nonmoving party's evidence is insufficient to establish an essential element of the nonmoving party's claim. . . . If the nonmoving party cannot muster sufficient evidence to make out its claim, a trial would be useless and the moving party is entitled to summary judgment as a matter of law..." Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317 (1986).

¹⁰³ *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317 (1986).

¹⁰⁴ FRCP 56. In merito la dottrina statunitense rileva che *"the motion for summary judgment has great potential for resolving controversies in which there is no substantial conflict in evidence"*. G. HAZARD, *Civil Procedure*, 3rd ed., Boston-Toronto, 1985, p. 206-207, e 271 ss.

Pertanto, in tali frangenti, come del resto nel processo inglese, il mancato superamento dell'onere della prova a carico di una parte determina l'arresto del procedimento o la caducazione di alcune pretese.

Conseguentemente, l'evidence addotta dalle parti, rispetto al *burden of persuasion*, costituisca il mezzo necessario per assolvere il proprio onere probatorio, il quale, in ultima istanza, continua ad avere ad oggetto solamente i singoli fatti giuridici. Al contrario, rispetto al *burden of production* la produzione dell'evidence è fine a sé stessa, ed è funzionale esclusivamente al superamento dell'ostacolo preliminare del *pass the judge*. Invero, oggetto del *burden of persuasion* sono direttamente i singoli fatti giuridici la cui esistenza o inesistenza deve essere provata, e solo indirettamente lo sono i mezzi di prova. Il *burden of production*, invece, conosce solamente un oggetto diretto, identificabile proprio nei singoli mezzi di prova presentati dalle parti.

5.4 Pre-trial conference

Le parti solitamente si confrontano nell'ambito di un'udienza a carattere organizzativo pre-dibattimentale (*pre-trial conference*)¹⁰⁵ dalle caratteristiche analoghe al *management conference* Inglese. Si tratta, quindi, di un'udienza preliminare a cui partecipano le parti e il giudice (o giudice di pace) per identificare le principali questioni di diritto e di fatto in discussione e per snellire il procedimento di conseguenza. Il giudice in tale udienza può pronunciarsi sulle mozioni, ottenere ammissioni di fatto, prendere decisioni sull'ammissibilità delle prove, eliminare le richieste futili, consolidare cause complesse e così via.¹⁰⁶ Dato che il medesimo giudice che supervisiona la *pre-trial conference* alla fine presiederà il dibattimento, la *pre-trial conference* costituisce uno strumento utile per pronosticare gli esiti del dibattimento, tanto che spesso sfocia nella formulazione di ipotesi transattive.

La *pre-trial conference* (e l'analoga *management conference* inglese) sembrano dare vita alle parole di Fazzolari:¹⁰⁷ "Occorre rendere possibile l'incontro, il colloquio, la cooperazione fra le parti e il giudice, durante tutto il corso della causa".

5.5 Giuria

Una delle distinzioni più significative tra la procedura civile inglese e quella statunitense è il diritto, in un tribunale federale, di optare per un processo con giuria (generalmente composta

¹⁰⁵ Nel processo penale l'imputato ha un diritto costituzionalmente garantito a questa *pre-trial conference*. Durante questa "conference" gli avvocati possono patteggiare.

¹⁰⁶ FRCP 16(c)(2).

¹⁰⁷ E. FAZZALARI, *Cento anni di legislazione sul processo civile (1865-1965)*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 491 ss.

da 12 membri)¹⁰⁸ ai sensi del Settimo Emendamento della Costituzione.¹⁰⁹ Invero, appare evidente come la presenza della giuria nel processo anglo-americano (la giuria ancorché sia stata storicamente un perno del processo civile inglese è stata, nel tempo abbandonata) abbia influito in modo determinante sui caratteri essenziali dell'oralità e della concentrazione del dibattimento, sulle modalità di formulazione della decisione, nonché, per quanto a noi interessa, sulle tecniche di ammissione e assunzione delle prove. Peraltro, la regolamentazione delle prove è una necessità, poiché essa permette di legittimare, ex ante, il verdetto poi adottato dalla giuria.

Nella prassi processuale statunitense, ciascuna parte ha la possibilità di esaminare i potenziali giurati prima del dibattimento durante il *voir dire* e ha il diritto di effettuare tre “peremptory challenges”, ossia di rifiutare tre potenziali giurati senza doverne indicare il motivo.¹¹⁰ Tuttavia, razza e genere non costituiscono presupposti accettabili per contestare un potenziale giurato, e una parte può opporsi a una *peremptory challenges* ove sospetti che venga effettuata su una di queste basi.¹¹¹ Il verdetto di una giuria federale nelle cause civili deve essere unanime, a meno che le parti non abbiano concordato diversamente.¹¹² Non esiste un gran giurì¹¹³ nei procedimenti civili.

Si tratta di un giudice del fatto deputato a valutare l'assolvimento del c.d. *burden of persuasion* una volta esaurita la fase istruttoria.

Spetta alla giuria, una volta compreso quale spazio decisorio le viene lasciato all'esito della fase predibattimentale deputata alla produzione delle prove (*evidential burden*), decidere quale sia l'esito di una certa pretesa.

In un processo con giuria ciascuna parte ha diritto di interloquire direttamente con i giurati prima della presentazione delle prove e successivamente all'acquisizione delle stesse in dibattimento. Gli opening e i closing statements si inseriscono in tale contesto. I primi intervengono danno avvio al dibattimento, introducono la controversia e sono deputati all'enunciazione delle circostanze fattuali. I secondi, invece, avendo luogo una volta che la giuria abbia visionato le prove ed udito i testi, consentono alle parti di tentare di influenzare la percezione probatoria dei giurati.

¹⁰⁸ La c.d. *Petit Jury*.

¹⁰⁹ Nonché dalla FRCP 38.

¹¹⁰ FRCP 47 e 28 USC 1870 (2003).

¹¹¹ *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986) e *JEB v. Alabama ex rel TB* 511 U.S. 127 (1994).

¹¹² FRCP 48(b).

¹¹³ Il Gran Giurì è utilizzato penali e si occupa penali preliminari e valuta le prove presentate dal pubblico ministero per stabilire se esiste una “causa probabile” per ritenere che un individuo abbia commesso un reato e debba essere processato. Se il gran giurì stabilisce che ci sono prove sufficienti, viene emesso un atto di accusa contro l'individuo. È composto da 16-23 gran giurati.

Se una parte, invece, non opta per un processo con giuria, normalmente il procedimento è presieduto da un giudice in composizione monocratica. Quest'ultimo, almeno a livello teorico, riveste il ruolo di un arbitro, indipendente, che assicura che il processo si svolga secondo le regole prescritte dal codice.

Si ritiene che il *burden of persuasion*, inteso nella sua funzione di regola di giudizio si concretizzi in maniera più marcata nel procedimento statunitense, al cospetto di una giuria. Troverà, infatti, applicazione nelle ipotesi in cui i giurati, nel segreto della camera di consiglio, si trovino a discutere sull'evidenza portata dalle parti, non ritenendosi pienamente persuasi di quanto sostenuto dall'una piuttosto che dall'altra.

5.6 L'esame testimoniale

Le parti possono chiamare a deporre i testimoni per qualsiasi questione in merito alla quale siano ritenuti competenti.¹¹⁴ Tuttavia, i testimoni di fatto possono testimoniare solo su eventi di cui abbiano una conoscenza diretta.¹¹⁵ Fatte salve alcune eccezioni, si presume che le prove costituite da *hearsay evidence* siano inammissibili nei procedimenti statunitensi.¹¹⁶

La formulazione di obiezioni nell'ambito delle prove per testi costituisce una caratteristica frequente dei dibattimenti statunitensi e vengono solitamente sollevate dopo che la controparte pone una domanda a un testimone. Tra le obiezioni più comuni vi sono l'irrilevanza della prova, il fatto che il legale che sta compiendo l'interrogatorio ponga dei quesiti che possano indurre il teste ad una risposta predeterminata (*leading questions*) o che possano portare a delle conclusioni anziché ad una prospettazione fattuale (*lawyer is being argumentative*). Il giudice decide immediatamente se accogliere o meno l'obiezione avanzata. A volte la decisione sull'ammissibilità è adottata all'esito di un c.d. *side bar*, un procedimento incidentale in aula ma al di fuori della percezione uditiva della giuria, o laddove vi sia un grado di complessità più elevato il giudice allontana la giuria dall'aula.

Negli Stati Uniti, a differenza dell'Inghilterra, non è necessario essere autorizzati dal tribunale adito per avvalersi di consulenti di parte (*expert witnesses*). Tuttavia, il procedimento deve rientrare tra quelli in cui le conclusioni della giuria dipendono dall'esistenza di fatti che non sono di dominio comune, o uno di quelli in cui le conoscenze richieste dipendono da conoscenze o abilità professionali o scientifiche che non rientrano nella gamma della normale formazione o conoscenza. Se questi requisiti sono soddisfatti, non solo i fatti, ma anche le

¹¹⁴ Rules 601 and 614, Federal Rules of Evidence.

¹¹⁵ FRE 602.

¹¹⁶ FRE 802.

conclusioni a cui portano, possono essere oggetto di testimonianza da parte di consulenti tecnici.

La centralità del ruolo delle parti nella dimostrazione di elementi, fatti o circostanze oggetto di giudizio va contrastata con la realtà processuale Italiana ove, in nome una vera e propria attività istruttoria viene talvolta delegata al consulente tecnico d'ufficio *“allorché, nella sua veste di ausiliario fornisca il proprio apporto di competenze specialistiche al giudice che ne ravvisi la necessità, coadiuvi questo nell'esercizio del suo ufficio e ne integri l'operato rendendo possibile la giustizia del caso concreto e scongiurando così il pericolo di una pronuncia di non liquet”*.¹¹⁷

6. Conclusioni

Al termine di questa breve indagine è possibile svolgere alcune sintetiche riflessioni conclusive.

Va sin da subito rilevato come negli ordinamenti inglese e statunitense, la presenza della giuria all'interno dei processi civili da regola è divenuta piacevole eccezione (rarissima nei processi civili inglesi). A questa sovrapposizione dei ruoli non è tuttavia conseguito anche un mutamento dell'impianto teorico su cui si sono venuti via via ad inquadrare i diversi ambiti di operatività del giudice e della giuria, specialmente rispetto a matters of law e matters of fact. Questa doppia veste del giudice non ha inciso in maniera sostanziale sull'impianto regolamentare del procedimento.

Il processo civile in Inghilterra e negli Stati Uniti (federale) non è certamente ideologicamente orientato alla ricerca della verità materiale ma appare fermamente ancorato alla concretezza probatoria sussumibile nei seguenti principi: (i) l'onere della prova ricade esclusivamente su chi afferma un fatto (*onus probandi incumbit ei qui dicit*); (ii) la valutazione probatoria (grado di convincimento che deve essere raggiunto dal giudice del fatto) si basa sull'uso del criterio probabilistico (*“balance of probabilities”* secondo la terminologia inglese e *“preponderance of evidence”* in quella statunitense); (iii) l'organo giudicante deve valutare l'ampio spettro probatorio e garantire che l'accertamento dei fatti sia basato su tutti i materiali disponibili; (iv) l'organo giudicante deve decidere se il fatto da provare è accaduto o meno;¹¹⁸ (v) l'onere probatorio riveste un carattere del tutto sussidiario, pertanto la situazione deve essere eccezionale perché il giudice possa decidere una questione controversa ricorrendo all'onere della prova (rectius del mancato soddisfacimento dello stesso). Giova, peraltro, ricordare come nei sistemi processuale civili inglesi e statunitensi manchi una categorizzazione dei fatti

¹¹⁷ Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500.

¹¹⁸ Vedasi la sentenza inglese di *Briggs v Drylined Homes Ltd* [2023] EWHC 382 (KB) al capoverso 14.

giuridici come individuata, nel nostro ordinamento, dall'art. 2697 c.c.: tali fatti sono, invece, individuati dalle parti nei rispettivi atti quali elementi necessari della *cause of action* o della *defence*, e, con tale connotazione, costituiscono elemento di valutazione per il giudice al momento della decisione anche in ordine alla distribuzione dell'onere della prova. Vero è che, volendo discostarsi da un'analisi meramente accademica del nostro ordinamento, concretamente l'art. 2697 c.c. costituisce una norma in bianco che non offre alcun effettivo criterio per stabilire quali siano i fatti costitutivi e/o impeditivi modificativi, lasciando quindi al giudice il compito di individuare la soluzione più corretta nel caso concreto. In sostanza, quindi, la qualificazione dei fatti operata in via giurisprudenziale va concretamente ad incidere sulla ripartizione dell'onere della prova.

Invero, con specifico riferimento all'*onus probandi*, nel procedimento civile inglese e statunitense, il dominio dell'iniziativa delle parti nel processo implica che ad esse, e solo ad esse, sia attribuito il compito di segnare i confini della controversia e provare i fatti di lite (*legal burden*), nonché quello di farsi carico dell'*evidential burden*. Laddove il *legal burden*, come nel nostro orientamento, costituisce l'onere della prova quale criterio di giudizio che utilizzato dall'organo giudicante per pronunciarsi all'esito dell'istruttoria. Nell'ipotesi in cui una parte non assolva a tale onere si fa carico del rischio che l'organo giudicante non venga persuaso.

L'*evidential burden* costituisce, invece, una funzione di selezione iniziale propria dell'accertamento istruttorio di cui viene gravata ciascuna parte a sostegno delle rispettive allegazioni fattuali. Allegazioni rispetto alle quali grava un *evidential burden* atomistico. Infatti, mentre negli ordinamenti di *civil law* si è tradizionalmente abituati a considerare l'onere probatorio in modo unitario, nel senso che esso ricomprenderà tutti i fatti costitutivi del diritto soggettivo azionato in giudizio, negli ordinamenti di common law a ognuno di quei fatti giuridici corrisponde un autonomo *evidential burden*.

L'assolvimento dell'*evidential burden*, ancorché elemento indefettibile per consentire una valutazione all'organo giudicante, non comporta l'assolvimento automatico del *burden of persuasion* giacché anche in presenza di prove l'organo giudicante – sia esso un giudice togato o una giuria – potrebbe non raggiungere un convincimento.

Tali elementi costituiscono la chiave di lettura dei processi civili inglesi e statunitensi in tutte le loro fasi siano essi pre-dibattimentali o nell'ambito del dibattimento, essendo anche la bussola per le forme di tutela sommario o semplificata. Peraltro anche la struttura bi-fasica (*pre-trial* e *trial*) dei procedimenti inglesi ed americani sembra ripercorrere gli elementi funzionali all'assolvimento dell'onere probatorio nella sua duplice accezione, ancorché

quest'ultima rivesta una rilevanza più limitata nei processi civili inglesi ove tribunal of law e tribunal of facts coincidono in un unico giudice togato.¹¹⁹

Pertanto, in termini generali, l'onere della prova negli ordinamenti common law dominati dal principio dispositivo assume un ruolo di notevole importanza e vede una marcata accentuazione dell'aspetto del potere (attivo) rispetto a quello del dovere (passivo). È prevalentemente funzionale al conseguimento di un effetto favorevole ad una parte e solo in via sussidiaria strumentale di consentire all'organo giurisdizionale di pronunciarsi nelle ipotesi di mancato soddisfacimento, con il conseguente rigetto delle domande o dell'eccezione ed il mantenimento dello status quo.

La centralità del ruolo delle parti nell'assolvimento dell'onus probandi e, più in generale, nel dipanarsi del processo anglo-americano deve contrastarsi, invece, con la scelta del legislatore italiano di affidare al giudice la possibilità di decidere insindacabilmente le modalità di esplicazione del contraddittorio nella fase successiva alla prima udienza fino all'udienza di rimessione al collegio (art. 189 o 275-bis c.p.c.).

In conclusione, il fatto che l'onere della prova costituisca una chiave di lettura del processo civile implica che è possibile comprenderne la portata solo all'esito di una sua concreta valutazione al termine del procedimento. Tanto è stato efficacemente riassunto dalle parole di Justice Turner nella sentenza inglese di *Pope v The General Dental Council* che viene riproposta quale sintesi conclusiva:¹²⁰

“La metafora della bilancia a due piatti è ... pertinente e, pur correndo il rischio di un'eccessiva semplificazione, può essere utilizzata per illustrare l'applicazione dell'onere della prova nei casi in cui ... lo standard probatorio implichi la valutazione di un elemento controverso tra le parti sulla scorta di un criterio probabilistico.

Le prove a favore di una parte vengono messe su un piatto della bilancia e quelle a favore dell'altra sull'altro piatto. Man mano che la controversia procede, un piatto può salire e l'altro scendere e viceversa. Al termine della prova, la bilancia penderà da un lato o dall'altro o si troverà in perfetto equilibrio. Il fatto che una parte abbia l'onere della prova significa che perderà non solo se il piatto penda in favore dell'altra parte, ma anche nell'ipotesi in cui la bilancia sia in equilibrio.

L'applicazione dell'onere della prova, tuttavia, non comporta attribuire un peso imprecisato al piatto della parte non gravata dall'onere della prova prima dell'assunzione delle prove. L'onere

¹¹⁹ Prima del 2013, in Inghilterra i casi di diffamazione vedevano la presenza della giuria. Una delle funzioni della giuria era quella di decidere il significato naturale e ordinario della pubblicazione. Il Defamation Act 2013 ha invertito la presunzione in favore dei processi con giuria prevedendo, a meno che non venga disposto diversamente (circostanza che ad oggi non si è mai verificata), la presenza del giudice togato (Art. 11).

¹²⁰ [2015] EWHC 278.

della prova ed il relativo standard comprendono i criteri che devono essere applicati a tutte le prove dopo che siano state definitivamente acquisite, per determinare come deve essere considerata una certa pretesa. In quanto tale, l'onere della prova non ha alcun "peso" né nell'analogia con la bilancia né, letteralmente, nel contesto di una questione controversa come elemento di prova in sé. Dire che l'onere rimane sempre a carico di una parte significa semplicemente sottolineare che, per quanto la bilancia possa apparire sbilanciata in una determinata fase del processo, il test da applicare rimane invariato per tutta la durata dello stesso.

Detto diversamente, laddove l'applicazione dell'onere della prova comporti una ponderazione preventiva dei pesi sui piatti della bilancia, tale posizione vizierebbe automaticamente la corretta applicazione dello standard of proof. Se l'onere della prova dovesse avere un qualsiasi "peso", il criterio di prova non potrebbe più essere quello probabilistico, ma quello probabilistico sommato ad un non meglio specificato "peso" che sia stato aggiunto sull'altro piatto da un anticipata applicazione dell'onere della prova."

L'onere della prova è, quindi, in un processo fondato sul principio della domanda, costituisce l'ago della bilancia rispetto alle posizioni che le parti hanno assunto attraverso le loro allegazioni.

Matteo Zambelli

Associato dell' University of West London - School of Law



PASQUALE MAZZA

La Direttiva UE 1069/2024 (meglio nota come anti-SLAPP): ovvero, il diritto processuale civile al servizio della “partecipazione pubblica”. Un commento a prima lettura

Nel presente scritto l'autore esamina la Direttiva UE 1069/2024, che ha l'ambizione di contrastare l'uso strategico dell'azione civile per comprimere la partecipazione pubblica (è la c.d. SLAPP). Attraverso vari strumenti processuali pensati come antidoto all'abuso dell'azione e del processo, il legislatore euro-unitario ha infatti tracciato una nuova rotta, verso cui entro il 7 maggio 2026 il *conditor* domestico dovrà virare, malgrado in alcuni punti la Direttiva possa disorientare o imporre tecniche di tutela finanche antitetiche rispetto ai nostri assetti processuali più stabili.

In this paper the author analyses the Directive (EU) 2024/1069 on protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded claims or abusive court proceedings (i.e. SLAPPs). Through various procedural tools conceived as an antidote to the abuse of process, the EU has traced a new route, towards which the Member States will have to turn by 7 May 2026, despite the fact that (from the perspective of the Italian legislator) the Directive may sometimes disorientate or impose techniques for the protection of public participation that are even antithetical to the Italian civil procedural law.

Sommario: 1. Premessa e definizione – 2. L'ambito applicativo della Direttiva – 3. La tutela *ex ante* – 4. La (eventuale) tutela *ex post* – 5. Alcune considerazioni finali

1. Premessa e definizione

Per comprendere cos'è la SLAPP (ovvero la *Strategic Lawsuit Against Public Participation*; in italiano, l'azione legale strategica tesa a bloccare la partecipazione pubblica, con le parole che campeggiano nel titolo della Direttiva *de qua*) possiamo prendere in prestito due esempi riportati nel primo paragrafo del dossier pubblicato nel 2019 dall'Osservatorio Balcani e Caucaso Transeuropeo¹: SLAPP è l'azione legale promossa da un'azienda contro un attivista che ha denunciato un disastro ambientale, onde dissuadere altri dal fare la stessa denuncia; SLAPP è l'azione legale promossa da una persona influente contro un giornalista che ha denunciato un episodio di corruzione, anche qui per evitare che seguano analoghe divulgazioni o pure per indurre il giornalista a ritrattare quanto scritto.

¹ SLAPP: *Strategic Lawsuits Against Public Participation*, Special dossier di C. Pierobon e P. Rosà, dicembre 2019, p. 3.

La definizione di SLAPP e lo stesso utilizzo dell'acronimo si possono far risalire all'opera di G.W. PRING – P. CANAN, *SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out*, Philadelphia, 1996, che nelle pagine iniziali (IX ss. e 1 ss.) descrivono il fenomeno e ne rimarcano la rilevanza politico-sociale assunta negli Stati Uniti già sul finire degli anni Settanta.

Detto altrimenti, sul piano della definizione generica, la SLAPP è un'azione giudiziaria² intentata per intimorire chi ha assunto (o può assumere) una posizione di contrasto a un certo vantaggio dell'attore o ha divulgato (o può divulgare) informazioni di interesse pubblico che compromettono la reputazione dell'attore, il quale dunque decide di usare l'azione giudiziaria con l'obiettivo di sopprimere il dissenso o di distogliere dalla pubblicazione di contenuti lesivi, confidando nell'incertezza che il processo porta con sé, nei relativi costi e nei disagi che derivano per il convenuto.

È in buona sostanza un abuso dell'azione, imparentato con l'abuso del processo – con cui fatalmente finisce per cospirare³ –, ma connotato da peculiari (ancorché nient'affatto sconosciuti nella prassi)⁴ tratti distintivi, che lo rendono quasi inedito agli occhi del legislatore italiano, il quale, escludendo i poco noti tentativi di riforma risalenti a qualche anno fa⁵, non

² In genere fondata su motivi di asserita lesione dei diritti della personalità (tra cui non solo l'onore; v. C. KOHLER, *Private International Law Aspects of the European Commission's Proposal for a Directive on SLAPPs* ("Strategic Lawsuits Against Public Participation"), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2022, p. 821 ss.).

³ M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, *passim*, spec. pp. 1 ss., 79 ss., 129 ss., 172 ss., partendo dalla premessa che non sempre il processo serve alla giustizia, circoscrive l'oggetto dello studio al più specifico (rispetto all'abuso del processo) abuso dell'azione giudiziale, che definisce come «il negativo del diritto di agire», osservato sotto la luce costituzionale degli artt. 24 e 111. L'A. giunge ad affermare che laddove si configuri un abuso del diritto di azione non vi può essere un giusto processo, e al riguardo conclude che, come per i negozi, anche per l'azione deve valorizzarsi il concetto di causa quale requisito autonomo della domanda giudiziale, ovvero riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 100 c.p.c., ma distinto dall'interesse ad agire, che misura l'utilità perseguita dall'attore, essendo invece la causa dell'azione indice di valutazione della meritevolezza della tutela richiesta, divenendo così uno strumento per tenere conto altresì dei valori e dei principi globalmente espressi dall'ordinamento giuridico (tesi questa che potrebbe a mio avviso trovare conforto – oggi – proprio nella nuova idea di abuso dell'azione che si viene profilando con la Direttiva UE 1069/2024). Di sicuro rilievo, ai fini che occupano, sono pure i risultati raggiunti da F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, II, Padova, 2000, *passim*, spec. pp. 81 ss., 183 ss., nella parte in cui l'A. arriva a sostenere (anche qui la Direttiva UE 1069/2024 si associa bene) che l'obbligo di rifusione delle spese non origina dalla soccombenza, perché l'abuso del processo prescinde dall'apprezzamento della titolarità del diritto soggettivo sostanziale vantato (conclusioni poi riprese, evocando l'art. 91 c.p.c. e l'art. 13 d.lgs. 28/2010, da M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, p. 74 ss., nell'ottica della deterrenza contro l'abuso).

⁴ Vedi la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2021 (2021/2036(INI)), dove tra i considerando (*sub J*) si menziona la vicenda della giornalista maltese Daphne Caruana Galizia, che al momento di essere assassinata era coinvolta in ben 47 processi civili e penali per diffamazione, alcuni pendenti anche presso giudici stranieri. In Italia, come esempi di SLAPPs (riportato dal citato dossier dell'Osservatorio Balcani e Caucaso Transeuropeo, a pagina 12) si possono ricordare le centinaia di procedimenti giudiziari che hanno riguardato la giornalista Federica Angeli. Sull'esigenza di difendere il giornalismo indipendente come principale forma di "partecipazione pubblica", vedi i considerando 8 e 10 della Direttiva.

⁵ La proposta (disegno di legge n. 835, presentato presso il Senato della Repubblica, XVIII legislatura, comunicato alla Presidenza il 2 ottobre 2018, su iniziativa dei senatori Di Nicola et al.) prevedeva l'aggiunta di un comma all'art. 96 c.p.c., successivo al primo, dal seguente contenuto: «Nei casi di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, delle testate giornalistiche *online* o della radiotelevisione, in cui risulta la mala fede o la colpa grave di chi agisce in sede di giudizio civile per risarcimento del danno, su richiesta del convenuto, il giudice, con la sentenza che rigetta la domanda, condanna l'attore, oltre che alle spese di cui al presente articolo e di cui all'articolo 91, al pagamento a favore del richiedente di una somma, determinata in via equitativa, non inferiore alla metà della somma oggetto della domanda risarcitoria». Successivamente, la

si è occupato del tema in codeste dimensioni verosimilmente perché la Costituzione riconosce a «tutti [la possibilità di] agire in giudizio per la tutela dei propri diritti» (art. 24, comma 1), prescindendo dal fatto che l'attore abbia ragione o abbia torto⁶, figurarsi poi se chi ha agito aveva tutto sommato fondate basi sostanziali per farlo⁷. Insomma, pensare di comprimere o, meglio, di sanzionare l'esercizio del diritto di azione per salvaguardare la tenuta di un diritto

proposta è stata emendata dalla 2° Commissione permanente (Giustizia) nel senso di aggiungere in un nuovo comma finale dell'art. 96 c.p.c. la seguente disposizione: «Nei casi di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, delle testate giornalistiche *online* o della radiotelevisione, in cui risulta la mala fede o la colpa grave di chi agisce in sede di giudizio civile per il risarcimento del danno, il giudice, con la sentenza che rigetta la domanda, condanna l'attore, oltre che alle spese di cui al presente articolo e di cui all'articolo 91, al pagamento a favore del convenuto di una somma, determinata in via equitativa, non inferiore ad un quarto di quella oggetto della domanda risarcitoria». Entrambi i testi riprendevano buona parte della formulazione contenuta nella proposta di riforma dell'art. 96 c.p.c. di cui al disegno di legge promosso su iniziativa dell'on. Costa, approvato dal Senato della Repubblica il 29 ottobre 2014 (atto Senato n. 1119, XVII Legislatura, testo approvato) e poi arenatosi in Commissione Giustizia del Senato.

⁶ M. TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contratto e Impresa*, 2015, p. 837 s., scriveva che non vi è nulla di abusivo nel voler perseguire uno "scopo improprio", ovvero un secondo fine rispetto allo "scopo proprio" che dà apparente legittimazione alla pretesa processuale (e portava l'esempio dell'attore che promuove l'azione per indurre la controparte a transigere). Concludeva quindi che una fattispecie di abuso sarebbe ravvisabile solamente quando il fine occulto è illecito o comunque vietato dall'ordinamento. Similmente, cfr. A. DONDI – A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 193 s. Per una definizione di abuso comprensiva anche dell'uso distorto di un diritto, di una facoltà, di un potere, ovvero mediante esercizio estraneo al relativo fine istituzionale, L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319 s. Precedentemente, sempre *Id.*, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, p. 315, aveva sostenuto il rilievo costituzionale del problema dell'abuso del processo, dal momento che l'art. 24 Cost. coordina l'agire in giudizio con l'esigenza di tutela di un diritto sostanziale, mentre l'uso dell'azione per fini impropri (defatigatori, dilatori o ricattatori) rappresenta un esercizio distorto dello stesso diritto di azione. Nel senso di ritenere abusivo il processo qualora chi agisce o resiste in giudizio lo faccia in maniera (formalmente ineccepibile o giustificabile, ma di fatto) ultronea allo scopo, registrando una differenza rispetto alla temerarietà della lite, che invece si determinerebbe in ragione della (in)fondatezza della domanda, CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, o.c., p. 139, e *Id.*, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 885 e 894. Nel senso che l'abuso del processo non debba mai di per sé essere d'impedimento alla pronuncia nel merito, aggiungendo inoltre che nessuna domanda può considerarsi abusiva se non è infondata, G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1461. Per una critica alla categoria concettuale dell'abuso del processo, spinta fino al punto di auspicarne il superamento, vedi M. FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 598 ss., e *Id.*, *L'abuso dell'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 1456 ss., 1473. Infine, in relazione al tema della responsabilità per le spese processuali, nel senso che in linea di principio l'esercizio dell'azione, il resistere in giudizio e l'impiego degli strumenti processuali previsti dalla legge «non possono che rappresentare un agire lecito», in virtù dell'art. 24 Cost., M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, pp. 11 e 20 s. (mentre rispetto all'abuso del processo vedi pp. 147 e 151 s.).

⁷ Emerge al riguardo quanto scritto nel considerando 29: «Le domande presentate nell'ambito di procedimenti giudiziari abusivi tese a bloccare la partecipazione pubblica possono essere completamente o parzialmente infondate. Ciò significa che una domanda non deve necessariamente essere completamente infondata affinché il procedimento sia considerato abusivo. Ad esempio, anche una violazione minore dei diritti della personalità che potrebbe dar luogo a una modesta richiesta di risarcimento a norma del diritto applicabile può essere abusiva qualora venga richiesto un importo o un rimedio manifestamente eccessivo [...]».

sostanziale dal risvolto pubblicistico, indi riconoscendo apposite tutele processuali conseguenti, sarebbe parso finanche eversivo del consolidato assetto⁸, che non aveva sperimentato contrasti (perlomeno apparenti)⁹ tra la libertà di manifestazione del pensiero (art. 10 CEDU; art. 11 Carta di Nizza; art. 21 Cost.) e il diritto di azione (art. 6 CEDU; art. 47 Carta di Nizza; art. 24 Cost.).

Ed invece, grazie alla Direttiva UE 1069/2024 (che dà un corpo al cavaliere di Calvino)¹⁰ il *conditor* italiano dovrà adeguarsi a una nuova logica, recependo (entro il 7 maggio 2026) soluzioni che qua e là possono apparire discutibili. Nell'attesa di leggere come si implementerà il testo normativo d'indirizzo, vediamo cosa dice la Direttiva, provando a condirne la lettura con alcune considerazioni critiche da primo impatto.

2. L'ambito applicativo della Direttiva

A preannunciare i pochi articoli c'è un tappeto abbastanza lungo di considerando, dove si legge tra le altre cose che l'esigenza di dettare regole anti-SLAPP viene dalla risoluzione dell'11 novembre 2021 del Parlamento europeo, con cui si era invitata la Commissione europea a proporre un pacchetto di riforme a tutela della "partecipazione pubblica" dei giornalisti, delle Organizzazioni Non Governative, del mondo accademico e della società civile dell'Unione europea (considerando 5).

Per partecipazione pubblica s'intende la «formulazione di qualsiasi dichiarazione o lo svolgimento di qualsiasi attività da parte di una persona fisica o giuridica nell'esercizio di diritti fondamentali, quali il diritto alla libertà di espressione e di informazione, alla libertà delle arti e delle scienze o alla libertà di riunione e di associazione, e concernente una questione di interesse pubblico attuale o futuro» (considerando 22). Interesse pubblico che è a sua volta definito mediante un indice (art. 4, *sub* 2) che annovera tra le questioni di rilievo quelle inerenti ai diritti fondamentali, la salute pubblica, la sicurezza, l'ambiente e il clima, oppure

⁸ Diversa è infatti la logica della sanzione con finalità deflative (dal risvolto quindi principalmente pubblicistico, ancorché in essa sia pure rinvenibile un concorrente profilo indennitario a vantaggio della parte vittoriosa), affermata rispetto al comma 3° dell'art. 96 c.p.c. da Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1548 ss., con nota di F. AULETTA, *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»: «tutela dei propri diritti», «autonoma iniziativa [...] di interesse generale» e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà* (il quale evidenzia come l'art. 96, comma 3, c.p.c., nella lettura data dalla Consulta, vede suggellata la propria funzione di *overdeterrence*, connessa a esigenze prettamente pubbliche di deflazione del contenzioso).

⁹ Sebbene non formalmente ascrivibile a tale fenomeno, di fatto un caso di SLAPP fu quello risolto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sentenza del 15 maggio 2005, nella vicenda *Steel and Morris v. The United Kingdom*. In argomento, vedi *amplius* J. BAYER – P. BÁRD – L. VOSYLIUTE – N.C. LUK, *Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union. A Comparative Study*, 2021, p. 28 ss. (scaricabile tramite il sito papers.ssrn.com).

¹⁰ Riprendendo la citazione di M. STELLA, *L'abuso del processo nella prospettiva del diritto eurounitario*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 74, sull'abuso del processo visto dalla prospettiva del diritto dell'Unione europea.

quelle inerenti alle accuse di commissione di un illecito penale o amministrativo¹¹, oppure ancora, genericamente, quelle relative alle attività di una persona nota al pubblico¹² e le attività di un organo legislativo, esecutivo o giudiziario¹³, o infine le questioni concernenti la protezione dei valori di cui all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea (tutela dei diritti umani, dello Stato di diritto, etc.).

Nel perimetro della Direttiva ricade l'azione strategica di carattere civile su "questioni con implicazioni transfrontaliere", ovvero riguardante due o più cittadini domiciliati non nello stesso Stato membro in cui si trova l'organo giurisdizionale adito (il che significa che potrebbe essere coinvolto uno Stato terzo rispetto all'Ue), oppure vertente su elementi fattuali non relativi a un unico Stato membro (art. 5), esclusi i procedimenti arbitrali e lasciando impregiudicato il diritto processuale penale (art. 2), nel senso che se la regolazione dell'esercizio dell'azione civile in sede penale è pure solo in parte riservata al diritto

¹¹ Si legge nel considerando 26: «Sono considerate questioni di interesse pubblico le accuse di corruzione, frode, appropriazione indebita, riciclaggio di denaro, estorsione, coercizione, molestie sessuali e violenza di genere o altre forme di intimidazione e criminalità, inclusi i reati finanziari e quelli ambientali. Qualora l'illecito in questione sia di interesse pubblico, non dovrebbe essere rilevante se esso sia qualificato come illecito penale o amministrativo ai sensi del diritto nazionale».

¹² Ad eccezione dei casi in cui la divulgazione di un contenuto miri unicamente a «soddisfare la curiosità di determinati lettori quanto ai particolari della vita privata di una persona fisica» (considerando 24).

¹³ «[...] Esempi specifici di tali questioni potrebbero essere la legislazione in materia di norme ambientali o di sicurezza dei prodotti, una licenza ambientale per una fabbrica o una miniera inquinanti o i procedimenti giudiziari aventi rilevanza giuridica al di là del singolo caso, ad esempio una causa concernente l'uguaglianza, la discriminazione sul luogo di lavoro, la criminalità ambientale o il riciclaggio» (considerando 25).

processuale penale (come avviene nel nostro ordinamento, che riserva anzi l'esclusiva al codice di rito penale)¹⁴, la Direttiva non trova applicazione (v. considerando 19)¹⁵.

Dalla lettura dell'art. 5 si ricava che la Direttiva ha una portata non confinata alle azioni coinvolgenti parti di diversa provenienza (es., cittadino italiano contro cittadino austriaco) bensì estesa alle questioni dalle implicazioni transfrontaliere, cioè riguardanti «elementi pertinenti alla situazione» non esclusivamente «situati» nello Stato membro del giudice adito. Tale passaggio è significativo, poiché può conferire alla Direttiva notevoli risvolti applicativi. Pensiamo a un denunciato episodio di corruzione di un politico italiano, che avrebbe ricevuto denaro da un'azienda francese. In un caso del genere sicuramente la Direttiva trova applicazione¹⁶, anche se la SLAPP del politico italiano contro il giornalista che ha denunciato

¹⁴ A proposito di pregiudizialità penale, emerge dalla relazione di minoranza della 2° Commissione permanente (Giustizia) al disegno di legge Di Nicola (riportato *supra* in nota), a firma della relatrice Modena (atto Senato n. 835-A/*bis*, XVIII Legislatura), che un problema di pregiudizialità penale si sarebbe posto se si fosse approvata la riforma dell'art. 96 c.p.c. come affacciata nel 2018 (essendo «vistosa la singolarità dell'introdurre il *nomen iuris* di una fattispecie penalistica in una norma del codice di rito comune: invece della lesione inferta all'onore e alla reputazione di qualcuno, riferirsi alla diffamazione a mezzo stampa richiede qualcosa di più e di diverso da un accertamento incidentale; si rischia di introdurre una vera e propria pregiudizialità penale, con il previo accertamento di un fatto di reato»). In effetti, la formula proposta col disegno di legge Di Nicola (che riproduceva quella del 2014 presente nel disegno di legge presentato dall'on. Costa, commettendo lo stesso errore nell'incipit) era ambigua, ma non solo perché rischiava di configurare una pregiudizialità penale, bensì più in generale perché mal scritta («Nei casi di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, delle testate giornalistiche *online* o della radiotelevisione, in cui risulta la mala fede o la colpa grave di chi agisce in sede di giudizio civile per risarcimento del danno, su richiesta del convenuto, il giudice, con la sentenza che rigetta la domanda, condanna l'attore [...]»). Volendo provare a dare un'interpretazione, si intendeva probabilmente affermare che quanti avessero rilasciato dichiarazioni «diffamatorie» (ma perché definirle così, se il dichiarante viene tutelato attraverso l'azione in sede civile?) e avessero subito un'azione in sede civile mossa dalla mala fede o dalla colpa grave del «diffamato», avrebbero potuto ottenere la condanna appositamente concepita.

De lege ferenda, se si vuole evitare di cadere nella stessa confusione, ipotizzando che per recepire la Direttiva il legislatore italiano decida di intervenire sull'art. 96 c.p.c. (come appunto si è tentato in passato), onde evitare equivoci, sarebbe ragionevole perimetrare l'ambito applicativo della misura risarcitoria alle azioni civili promosse per comprimere il diritto alla «partecipazione pubblica», utilizzando la locuzione presente nella Direttiva, il cui significato non può oggi essere frainteso dai giudici (v. art. 4 n. 1 dir.) e sicuramente evita che si possano generare interferenze da pregiudizialità penale (cfr. però quanto scritto nella nota appena successiva).

¹⁵ Ciò significa che se la SLAPP è promossa mediante costituzione di parte civile nel processo penale pendente in Italia, il danneggiato da SLAPP (che sarebbe, per es., il soggetto imputato per diffamazione in Italia) non può agire né presso il giudice italiano né presso il proprio foro straniero per invocare le tutele anti-SLAPP. Se di contro l'azione strategica è iniziata davanti al giudice civile e proseguita davanti a questo senza risentire del processo penale eventualmente pendente (escluderei quindi l'applicazione della Direttiva nelle ipotesi di sospensione del processo penale ex art. 75, comma 3, c.p.p., ché queste sono comunque circostanze in cui l'azione civile è «disciplinat[a], in tutto o in parte, dal diritto processuale penale», ai sensi del considerando 19), la tutela anti-SLAPP diviene attivabile. Si deve perciò logicamente escludere che il soggetto implicato in un procedimento penale possa essere lo stesso soggetto che comprime la partecipazione pubblica mediante SLAPP.

¹⁶ Infatti in simili circostanze la portata della Direttiva non può essere limitata invocando l'art. 2, nella parte in cui è previsto che fuoriescono dall'ambito applicativo le ipotesi di «responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio dei pubblici poteri (*acta iure imperii*)».

l'episodio è stata promossa da un attore domiciliato in Italia contro un convenuto (il giornalista) domiciliato in Italia e presso un foro italiano. Il coinvolgimento di un corruttore straniero sarebbe insomma sufficiente a rendere transfrontaliera la vicenda e munire il convenuto delle garanzie processuali *infra* esposte.

Ma è ancora più interessante comprendere se la Direttiva può altresì trovare applicazione qualora la questione abbia solo "implicazioni transfrontaliere", secondo la rubrica dell'art. 5 dir. Perché se la parola "implicazione" vuole significare la conseguenza logica, la conseguenza necessaria di un fatto¹⁷, si può verosimilmente affermare che (ad esempio) se l'episodio di corruzione è avvenuto in Italia, ha riguardato soltanto soggetti italiani, con riferimento ad opere pubbliche italiane, etc., a fronte della stessa dinamica sopra descritta (denuncia del giornalista italiano, poi convenuto presso il giudice italiano con SLAPP), se il politico corrotto ha un ruolo anche a livello internazionale (facendo parte di un organismo internazionale o sovranazionale, come potrebbe essere il Consiglio dell'Unione europea o il Consiglio europeo), la vicenda assume rilievo a livello transazionale, dal momento che l'episodio di corruzione potrebbe indurre il politico a dimettersi dall'incarico tenuto in Italia, di riflesso non potendo ricoprire un ruolo presso l'istituzione internazionale o sovranazionale (questa sarebbe l'implicazione transfrontaliera).

Tuttavia, un argomento contrario potrebbe venire dal testo dell'art. 5 dir., nella parte in cui si legge che gli «elementi pertinenti alla situazione in questione» devono non essere «situati unicamente» nello Stato membro del giudice adito, il che lascia pensare al carattere transfrontaliero della fattispecie e non delle sole conseguenze che ne possono derivare (la parola implicazione assume così il significato di connessione diretta del profilo transazionale con la circostanza alla base della SLAPP)¹⁸.

Il dubbio interpretativo è perciò molto interessante, e se risolto¹⁹ nel primo senso (che mi sembra quello preferibile, tenendo a mente la *ratio* ispiratrice della riforma, laddove sotto l'aspetto letterale entrambe le soluzioni appaiono invece parimenti patrociniabili) verrebbe

¹⁷ Vedi vocabolario online della Treccani, voce "implicazione".

¹⁸ Pure aderendo a questa più restrittiva lettura rimarrebbero delle ambiguità. Ipotizziamo per esempio che la SLAPP sia scaturita da una denuncia di immissione nell'atmosfera di sostanze inquinanti, attività che dovrebbe teoricamente ascriversi alla categoria delle questioni *cross-border* (se l'aria che respiriamo, come si dice, è di tutti), anche se si potrebbe d'altro canto affermare che l'episodio è avvenuto in un determinato territorio e lì ha prodotto effetti evidenti e misurabili sulla qualità dell'aria, onde escludere l'implicazione transfrontaliera della vicenda.

¹⁹ Dalla giurisprudenza, secondo quanto si legge nel considerando 30: «Spetta all'organo giurisdizionale determinare gli elementi pertinenti alla situazione in questione in funzione delle circostanze particolari di ciascun caso, tenendo conto, per esempio, dello specifico atto di partecipazione del pubblico o degli elementi specifici che indicano un possibile abuso, in particolare nel caso in cui siano avviati procedimenti multipli in più di una giurisdizione. Tale determinazione da parte dell'organo giurisdizionale dovrebbe essere effettuata indipendentemente dal mezzo di comunicazione utilizzato».

allargata di molto la circonferenza applicativa della normativa d'indirizzo, che finirebbe per acquisire un maggiore peso.

Rimanendo sul piano della portata applicativa, un procedimento giudiziario deve ritenersi abusivo (in quanto teso a bloccare la partecipazione pubblica) se: (a) la domanda (presentata anche in sede cautelare o in via riconvenzionale) è sproporzionata, eccessiva o irragionevole, tenendo conto specialmente del valore; (b) esistono «procedimenti multipli avviati dall'attore o da suoi associati in relazione a questioni simili»²⁰; (c) vi sono state intimidazioni, molestie o minacce da parte dell'attore o di suoi «rappresentanti» prima o durante il procedimento; (d) si sono utilizzate in malafede tattiche procedurali, «quali il rinvio del procedimento, la scelta opportunistica del foro fraudolenta o pretestuosa o l'interruzione della causa in una fase avanzata del procedimento in malafede» (art. 4 n. 3).

Si schiudono quindi due canali di tutela²¹, uno *ex ante* (se la SLAPP pende presso il giudice di uno Stato membro) e uno *ex post* (se la SLAPP si è intentata presso il giudice di uno Stato extra-Ue).

²⁰ Viene naturale rammentare la giurisprudenza di legittimità sull'abuso da frazionamento del credito, ossia principalmente: Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1514 ss., con note di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, e R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 335 ss., con note di M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, e T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*, e in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2807 ss., con nota di V. FICO, *La tormentata vicenda del frazionamento della tutela giudiziaria del credito, sull'impossibilità per il creditore di una somma di denaro dovuta in virtù di un unico rapporto obbligatorio di dividere il credito mediante la proposizione di plurime domande – contestuali o meno –, denotanti una violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede, e dunque un abuso del processo*; e Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Corr. giur.*, 2017, p. 975 ss., con nota di C. ASPRELLA, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*, e in *Giur. it.*, 2017, p. 1089 ss., con nota di M. BARAFANI, *I fondamenti concettuali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*, nel senso di affermare che più domande relative a crediti distinti sono bensì proponibili separatamente, e però quando le pretese fanno capo a un medesimo rapporto giuridico più grande e sono inscrivibili nello stesso ambito oggettivo del giudicato o sono fondate sullo stesso fatto costitutivo, occorre che l'attore, affinché possa validamente attivare la tutela frazionata, dimostri che esiste un oggettivo interesse in tal senso. Di recente, inoltre, Cass. 8 febbraio 2024, n. 3643 (commentata da B. GRASSO, *Gli effetti della parcellizzazione delle pretese creditorie sul regime delle spese processuali ovvero sull'azionabilità della pretesa creditoria: la parola alle Sezioni Unite*, in *Giust. civ. online*, 27 giugno 2024), ha rimesso alle Sezioni Unite la questione di diritto vertente sulle conseguenze derivanti dall'abusivo frazionamento del credito, che non è chiaro se debbano tradursi nell'improponibilità della domanda o solamente in un regime delle spese penalizzante per chi ha agito in maniera abusiva. In dottrina, *amplius* sull'abuso del processo e il frazionamento del credito, v. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, o.c., p. 181 ss., e C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015, p. 108 ss.

Relativamente alla Direttiva, il riferimento «[al]l'avvio di più procedimenti su questioni simili» (considerando 28), nella sua genericità, non sembra imporre di per sé alcun aggiornamento dei pregressi orientamenti in punto di abuso del processo da frazionamento del credito (nei casi in cui il presunto creditore sia il promotore della SLAPP).

²¹ Si legge nel considerando 18: «Le garanzie previste dalla presente direttiva dovrebbero applicarsi a tutte le persone fisiche o giuridiche che sono attive, direttamente o indirettamente, nella partecipazione pubblica. Dovrebbero proteggere anche qualsiasi persona fisica o giuridica che, a titolo professionale o personale, assiste o fornisce sostegno, beni o servizi a un'altra

3. La tutela *ex ante*

Secondo la volontà della Direttiva, chi è stato “abusivamente” evocato in giudizio deve poter disporre di mezzi processuali a sua difesa immediatamente funzionanti. Essi sono grossomodo quattro.

Il primo consiste nell’incipite sostegno proveniente da associazioni, organizzazioni, sindacati e altri soggetti che «hanno un interesse legittimo a tutelare o promuovere i diritti delle persone attive nella partecipazione pubblica» (pensiamo alla Federazione Nazionale Stampa Italiana, o all’ordine dei giornalisti, o a un comitato che lotta contro la realizzazione dell’alta velocità, per fare qualche esempio), sostegno che è appunto incipite e (proprio perciò) incompatibile con il nostro ordinamento processuale, giacché il suddetto terzo, ai sensi dell’art. 9 dir., avrebbe modo di «fornire informazioni» nel processo (cioè di testimoniare) oppure addirittura di intervenire per supportare il convenuto.

Posta l’inconciliabilità delle due posizioni *ex art.* 246 c.p.c., la clausola di conformità ai criteri stabiliti dal diritto nazionale di cui all’art. 9 dir. dovrebbe essere valorizzata in sede di recepimento, che sul punto potrebbe invero non avvenire segnatamente, perché in effetti se il terzo è depositario di informazioni rilevanti ai fini della cognizione, il giudice istruttore ne può ovviamente ordinare la convocazione come testimone senza che a tal fine occorra allentare *ex lege* i vincoli di rilevanza normalmente vigenti.

Risulta più difficile pensare che lo stesso terzo, per «[far valere] competenze specifiche [utili] alla valutazione giudiziaria», possa «intervenire a favore del convenuto» (considerando 35) in virtù della sua approvazione, come se il terzo fosse una sorta di *amicus curiae* la cui incursione è rimessa al *placet* dell’adiuvato. Se il legislatore italiano recepisce un indirizzo del genere, aprirebbe le porte a uno stravolgimento delle regole sulla partecipazione al processo civile, di cui non si avverte l’esigenza, viepiù se si considera che simili favori per la parte debole del rapporto non sono previsti in diversi settori della tutela processuale, tra cui viene da pensare al processo del lavoro, alla class action consumeristica o alla class action ordinaria (in queste ultime due non essendo peraltro nemmeno ammesso l’intervento del terzo).

persona per fini direttamente collegati alla partecipazione pubblica su questioni di interesse pubblico, come ad esempio gli avvocati, i familiari, i fornitori di Internet, le case editrici o le tipografie, che si trovano ad affrontare procedimenti giudiziari, o la minaccia di tali procedimenti, per il fatto che sostengono, assistono, o prestano beni o servizi alle persone bersaglio di SLAPP». Per cui, anche un avvocato impegnato nella difesa tecnica di una o più persone attive nella partecipazione pubblica potrebbe essere a sua volta vittima di SLAPP. Lo stesso può dirsi per un provider che fornisce un servizio online, che dà magari particolare risalto alla denuncia di un certo accadimento e diviene così bersaglio dell’azione strategica (avente ad oggetto, per es., l’ablazione del contenuto caricato in rete).

L'art. 9 dir. dovrebbe allora essere letto nel senso di imporre allo Stato membro l'una o l'altra forma di supporto per il convenuto, non cumulativamente, e con opzione da prediligere nel nostro caso per la funzione testimoniale, ammessa come sempre e senza impropri specifici adattamenti²².

Altra implementazione imposta nell'ottica di una protezione *ex ante* è nell'art. 10 dir., che sarà forse il più difficile da assimilare.

Ivi si stabilisce che gli Stati membri provvedono affinché il giudice possa esigere, facendo salvo il diritto di accesso alla giustizia, che l'attore paghi una cauzione a copertura delle spese stimate per il processo, tra cui quelle per il pagamento dell'avvocato e dei danni patiti dalla controparte importunata dalla SLAPP.

Come è noto, sull'imposizione di una cauzione per le spese processuali è intervenuta la Corte costituzionale (con sentenza n. 67 del lontano 29 novembre 1960)²³, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 98 c.p.c., il quale prevedeva la possibilità di imporre all'attore, su istanza del convenuto, una cauzione per il rimborso delle spese. Pertanto, pure sul punto, a parere di chi scrive, è bene che il *conditor* eviti di adoperarsi, dal momento che la disposizione dell'art. 9 dir., nel fare salvo il diritto di accesso alla giustizia²⁴, potrebbe offrire un argomento utile al mancato recepimento²⁵.

Una terza protezione che può attivare il convenuto molestato dall'azione giudiziaria è nella richiesta di rigetto anticipato della domanda manifestamente infondata (art. 11), con l'onere di provare la non manifesta infondatezza ricadente sull'attore che ha esercitato l'azione "bavaglio".

²² Anche il considerando 35 lascia pensare che non occorra per forza uno specifico recepimento sul punto: «[...] Le condizioni alle quali le ONG potrebbero sostenere il convenuto e i requisiti procedurali per tale sostegno, segnatamente i termini, ove opportuno, dovrebbero essere disciplinati dal diritto nazionale. Ciò dovrebbe lasciare impregiudicati i diritti di rappresentanza e di intervento esistenti quali garantiti da altre norme dell'Unione o nazionali. Gli Stati membri che non dispongono di criteri per il «legittimo interesse» potrebbero accettare che le entità in generale possano sostenere il convenuto conformemente alla presente direttiva».

²³ Pubblicata in *Giur. cost.*, 1960, p. 1195 ss., con nota di S. SATTÀ, *Incostituzionalità della cautio pro expensis*, in *Giust. civ.*, 1960, III, p. 209 ss., con nota di L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Illegittimità costituzionale della «cautio pro expensis»*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1873 s., e in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 273 ss., con nota di A. PIZZORUSSO, *Eguaglianza giuridica, diritto di azione e cauzione per le spese*.

²⁴ Così pure il considerando 31, che richiama l'art. 47 della Carta di Nizza.

²⁵ Commentando la bozza della Direttiva anti-SLAPP, B. HESS, *Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution?*, in *MPILux Research Paper Series*, 2022 (3), p. 25, affermava d'altronde che un punto debole del testo stava nell'eccessiva genericità delle disposizioni di indirizzo, di cui gli Stati avrebbero potuto profittare in sede d'implementazione, ritenendo già predisposte e non bisognose di ritocchi le regole processuali domestiche. È peraltro da ricordare al riguardo che il considerando 55 contempla la possibilità per l'Unione europea di attivarsi in virtù del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 Tratt. UE, qualora gli obiettivi comuni della Direttiva non possano essere conseguiti in misura sufficiente da parte degli Stati membri per via del diritto processuale civile nazionale domestico e delle differenze che separano un ordinamento dall'altro.

Si tratta di una classica forma di cognizione sommaria non cautelare in quanto non suffragata da condizioni di *periculum in mora*, che sembra coincidere (onere della prova a parte, distribuito con disposizioni *self-executing*) con l'ordinanza definitiva di rigetto introdotta con l'art. 183-*quater* c.p.c. dalla riforma di cui al d.lgs. 149/2022²⁶, anche nel punto in cui la Direttiva prescrive agli Stati membri di garantire l'impugnazione avverso tale provvedimento di rigetto anticipato (art. 11).

Una quarta e ultima protezione per il convenuto si rinviene nel regime delle spese, dei risarcimenti e delle sanzioni.

Secondo la Direttiva gli Stati membri devono infatti provvedere affinché l'attore in un giudizio "abusivo" possa essere condannato a pagare tutte le spese processuali, incluse quelle di «rappresentanza legale» (leggasi rappresentanza tecnica) sostenute dal convenuto (art. 14), e inoltre affinché l'attore possa essere condannato a pagare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, tra cui il risarcimento dei danni o la pubblicazione del provvedimento (art. 15), pur se la domanda dell'attore è stata successivamente modificata o ritirata (art. 8). Forme di deterrenza (tale essendo la funzione di queste condanne in parte rubricate sotto il titolo di "sanzione") già tutte contemplate negli artt. 96 e 120 c.p.c., norme che – offertasi l'occasione – si potrebbe pensare di interpretare alla luce della Direttiva, che dunque anche sul punto potrebbe non esigere da parte italiana un apposito recepimento.

4. La tutela *ex post*

Una volta emessa la pronuncia all'estero, ossia in una giurisdizione di uno Stato diverso dallo Stato membro dove si lamenta *a posteriori* la lesione del diritto alla partecipazione pubblica, a proteggere il danneggiato dalla SLAPP sono gli artt. 16 e 17.

Il primo prevede che, se la sentenza è stata emessa in un Paese terzo (rispetto all'Ue), lo Stato membro richiesto di delibare la pronuncia deve negarne il riconoscimento o l'esecuzione se il

²⁶ In tema, vedi G.P. CALIFANO, *Le nuove ordinanze "decisorie" di cui agli artt. 183-ter e quater, c.p.c.*, in questa Rivista, 2023, p. 275 s., e M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in questa Rivista, 2023, p. 258 s.; da ultimo, F. SAVINO, *Un nuovo modello definitorio: le ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto della domanda. Tra tanti interrogativi e un possibile argomento per l'estensione del reclamo quale rimedio contro i provvedimenti sommari non cautelari*, in questa Rivista, 2024, p. 573 s., il quale, pur scettico sull'utilità dell'innesto, richiama la Relazione illustrativa al d.lgs. 149/2022 nella parte in cui motiva la funzione dell'ordinanza di rigetto in un'ottica di eliminazione della pendenza dei giudizi abusivi siccome caratterizzati da domande pretestuose e strumentali. Per M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 410, data la apparente equivalenza della domanda manifestamente infondata alla domanda abusiva, non deve escludersi che il rigetto mediante tale provvedimento definitorio venga chiesto dall'attore, che eviterebbe così di incorrere nella condanna ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 96 c.p.c. Infine, va riportata l'opinione di KOHLER, *Private International Law Aspects*, cit., p. 826, secondo il quale, in generale, i giudici nazionali potrebbero avere difficoltà nell'assimilare il concetto della manifesta infondatezza della domanda con riferimento ai casi di SLAPP.

giudizio svoltosi altrove «è considerato manifestamente infondato o abusivo» ai sensi del diritto dello Stato membro. Sicché, sembrerebbe necessario che il legislatore italiano integri i motivi dell'art. 64 l. 218/1995 con la predisposizione di uno *ad hoc*, da collocare per ragioni di specialità della previsione in una sede diversa dall'art. 64 legge d.i.p., quale potrebbe essere la stessa legge di recepimento della Direttiva.

L'altra tutela che può attivare il danneggiato dalla SLAPP consiste nel richiedere un risarcimento del danno (incluso le spese sopportate) nei confronti dell'attore nel processo pregiudiziale abusivo domiciliato al di fuori dell'Unione. Se il processo pregiudiziale abusivo è ancora pendente, l'art. 17 dir. stabilisce poi che gli Stati membri possono prevedere la sospensione del processo vertente sulla richiesta di risarcimento.

Si legge nel considerando 44 che il «criterio speciale di giurisdizione intende fungere da deterrente contro SLAPP avviati in paesi terzi nei confronti di persone domiciliate nell'Unione e la decisione pronunciata in tali procedimenti dovrebbe poter essere applicata, ad esempio, nel caso in cui un attore domiciliato al di fuori dell'Unione possieda beni nell'Unione europea». Inoltre, le disposizioni della Direttiva in punto di giurisdizione «non dovrebbero riguardare né il diritto applicabile né il diritto sostanziale in materia di risarcimento dei danni in quanto tali». Quest'ultimo rappresenta uno degli aspetti decisivi per la configurazione di un'autonoma tutela risarcitoria da azione giudiziaria abusiva: a differenza di altri testi normativi più o meno recentemente licenziati in sede euro-unitaria (e il pensiero corre all'art. 82 Reg. UE 679/2016 o all'art. 54 Reg. UE 2065/2022), si è in sostanza deciso di non attribuire al presunto danneggiato da SLAPP uno specifico diritto al risarcimento del danno, lasciato nelle incerte mani del diritto nazionale.

Che si debba applicare la *lex fori* è indubbio, perché, al netto dell'assenza di appositi criteri di collegamento per tali nuove pretese risarcitorie, se pure si volesse (per quanto concerne l'ordinamento italiano) applicare l'art. 62 legge d.i.p., l'alternativa del *locus commissi delicti* rispetto al *locus damni* porterebbe il giudice domestico a valutare la manifesta infondatezza o l'abusività del procedimento operando da una prospettiva che andrebbe a sovrapporsi alla valutazione del giudice straniero, il quale ha magari in virtù della stessa legge ritenuto il procedimento del tutto legittimo e fondato. Peraltro, si prevede che mediante l'azione risarcitoria il danneggiato da SLAPP possa ottenere sotto forma di risarcimento il pagamento delle spese processuali non riconosciutegli all'estero, ed è chiaro quindi che, opinando nel senso dell'applicazione della legge del luogo dell'evento, il giudice del foro europeo adito a tal

proposito si troverebbe impossibilitato ad accogliere la domanda ove l'ordinamento straniero non contemplasse il principio della soccombenza o della responsabilità processuale²⁷.

Se invece la SLAPP è stata intrapresa in un Paese membro dell'Unione, è esclusa la possibilità di pretendere presso il *forum actoris* un apposito risarcimento (il principio mosaico è perciò messo al sicuro)²⁸, dal momento che, com'è scritto nel considerando 43, i procedimenti nei Paesi terzi sono viepiù complessi e costosi, e dunque meritevoli di altra attenzione. Attenzione che però, in fin dei conti, si è limitata al riconoscimento della giurisdizione interna²⁹, che per eterogenesi dei fini rischia di tradursi a sua volta in un atto emulativo, *rectius* in un'azione ritorsiva, specie se il convenuto straniero non dovesse essere condannato, o essere

²⁷ Si pensi alla c.d. *American Rule*, che da secoli negli Stati Uniti esclude la ripetibilità delle spese processuali (fatte salve comunque diverse eccezioni, diventate via via sempre più numerose). In arg., LUPANO, *Responsabilità per le spese*, o.c., p. 104 ss.

²⁸ Principio risalente alla sentenza CGUE del 7 marzo 1995, in causa 68/93, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 331 ss., con nota di A. SARAVALLE, «Forum damni» o «fora damni»? in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1995, p. 823 ss., con nota di M.B. DELI, *Giurisdizione competente ed illeciti transfrontalieri commessi a mezzo stampa*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, 1995, p. 309 ss., con nota di A. GRATANI, *Diffamazione a mezzo stampa con effetti in diversi Stati: individuazione del giudice competente*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 49 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Giurisdizione e illecito aquiliano*, e in *Giur. it.*, 1997, I, p. 5 ss., con nota di M. DE CRISTOFARO, *La Corte di Giustizia tra forum shopping e forum non conveniens per le azioni risarcitorie da illecito*; confermato con riferimento alle lesioni online dei diritti della personalità dalla sentenza del 25 ottobre 2011, in cause riunite 509/09 e 161/10, in *Corr. giur.*, 2012, p. 757 ss., con nota di F. ROLFI, *Dalla competenza alla giurisdizione: le "mobili frontiere" di internet*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2012, p. 234 ss., con nota di M. PASTORE, *La lesione dei diritti della personalità online: la prospettiva della Corte di giustizia*, e in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 796 ss., con nota di M. WINKLER, *Giurisdizione e diritto applicabile agli illeciti via web: nuovi importanti chiarimenti della Corte di giustizia*; nonché con riferimento alle richieste di rimozione o rettifica dei contenuti dannosi pubblicati in rete dalla sentenza del 17 ottobre 2017, in causa 194/16, e dalla sentenza del 21 dicembre 2021, in causa 251/20, in *Dir. Internet*, 2022, p. 483 ss., con nota di M. STELLA, *Due nuovi lemmi nel decalogo della giurisdizione su illeciti via internet: denigrazione, vilipendio e limiti del forum delicti*. Nel senso che l'attuale regime di riparto della giurisdizione ex art. 7 n. 2 Reg. UE 1215/2012 possa rivelarsi propizio alle SLAPPs, KOHLER, *Private International Law Aspects*, cit., p. 822 ss.

A proposito, nella citata Relazione del Parlamento europeo dell'11 novembre 2021, al punto 22 si legge infatti: «[il Parlamento europeo] chiede pertanto che i regolamenti Bruxelles I [*bis*, n.d.r.] e Roma II siano modificati con urgenza per evitare il «turismo della diffamazione» o il «forum shopping», stabilendo che il foro competente e la legge applicabile alle cause penali o cause civili in materia di diffamazione, danno di immagine e protezione della propria reputazione, sia, in linea di principio, quella del luogo in cui il convenuto ha la propria residenza abituale, tra cui l'introduzione di una norma uniforme e prevedibile applicabile in materia di diffamazione; sollecita con urgenza la Commissione a presentare proposte di una legislazione vincolante a livello dell'Unione su garanzie comuni ed efficaci per le vittime di SLAPP in tutta l'Unione, anche mediante una direttiva avente lo scopo di istituire norme minime per la protezione contro le SLAPP [...]». Cfr. inoltre il considerando 51 della Direttiva *de qua*, dove è scritto che «[l]e norme sulla competenza giurisdizionale e sul diritto applicabile nei casi di cui ai regolamenti (UE) n. 1215/2012 e (CE) n. 864/2007 potrebbero essere pertinenti nei casi SLAPP [e] [p]ertanto, è importante che qualsiasi futuro riesame di tali regolamenti valuti anche gli aspetti specifici inerenti alle SLAPP delle norme sulla competenza giurisdizionale e sul diritto applicabile».

²⁹ KOHLER, *Private International Law Aspects*, cit., p. 819, ravvisa al riguardo l'esigenza di tutelare il soggetto danneggiato dalla SLAPP quale parte debole.

condannato a risarcire un valore infimo, a fronte del disagio di doversi difendere presso un foro extra-nazionale.

Come dire, al fastidio recato dall'azione giudiziaria si ricambia con lo stesso fastidio. Moderna *lex talionis*?

5. Alcune considerazioni finali

Pensando al modo in cui fare propria la normativa d'indirizzo, il recepimento della Direttiva anti-SLAPP sarà un banco di prova per il *conditor* italiano³⁰, chiamato a valutare bene come (e dove) collocare l'arpione.

Centrali mi sembrano gli artt. 14 e 17 dir. Il primo perché fa riferimento al diritto a ottenere la rifusione delle spese sopportate a causa della SLAPP promossa presso il giudice italiano, e al riguardo i recenti falliti tentativi di riforma dell'art. 96 c.p.c. in un'ottica (sostanzialmente) anti-SLAPP lasciano presagire un più convinto sforzo del legislatore in tale direzione (sforzo che potrebbe limitarsi al recepimento della Direttiva, oppure potrebbe portare a un'affermazione della responsabilità processuale da azione strategica contro la partecipazione pubblica a prescindere dalle implicazioni transfrontaliere, come appunto si era inteso fare qualche anno fa).

Rispetto all'art. 17 dir., benché in casi specifici si sia affermata la lettura secondo cui la responsabilità ex art. 96 c.p.c. può essere oggetto di accertamento in un autonomo processo rispetto al giudizio *a quo*³¹, l'auspicio è che il legislatore italiano (pur formalmente non

³⁰ E non solo. La Direttiva, secondo KOHLER, *Private International Law Aspects*, cit., p. 815 nt. 10, rappresenta in generale una novità per l'ordinamento giuridico euro-unitario e per gli Stati membri, poiché fondata sull'art. 81, paragrafo 2, lett. f), del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea («eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri»), base legale che finora non sarebbe mai stata impiegata dal *conditor* europeo.

³¹ Come quando la proposizione dell'istanza per l'ottenimento della condanna da responsabilità aggravata sia rimasta preclusa per via dell'evoluzione propria del processo cui si riferisce o comunque per ragioni non dipendenti dall'inerzia della parte (v., *ex plurimis*, Cass. 18 febbraio 2000, n. 1861, Cass. 6 agosto 2010, n. 18344, Cass. 20 maggio 2016, n. 10518, Cass. 21 settembre 2017, n. 21944, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1951 ss., con nota di P. PELLEGRINELLI, *Dell'autonomia funzionale e concettuale dell'istituto della responsabilità processuale aggravata*, Cass. 31 ottobre 2017, n. 25862, Cass. 8 novembre 2018, n. 28527, Cass. 13 settembre 2022, n. 26920, e Trib. Verona, 23 gennaio 2015, in *Corr. giur.*, 2016, p. 266 ss., con nota di S. CORONGIU – G.C. SALVATORI, *Giudizio autonomo per l'azione di risarcimento danni da imprudente esecuzione*). Di regola, tuttavia, la competenza a decidere su siffatte pretese risarcitorie spetta solo al giudice del processo nel quale è maturata la responsabilità, perché storicamente, sebbene talora con qualche eccezione, così hanno ritenuto la giurisprudenza (anche per ragioni di connessione necessaria, e per evitare quindi contrasti tra giudicati come conseguenza del secondo giudizio vertente sui presupposti della responsabilità nel primo processo, secondo quanto affermato da Cass. 15 dicembre 1990, n. 11936, da Cass. 26 novembre 1992, n. 12642, e da Cass. 4 giugno 2007, n. 12952; oppure ancora per non disperdere risorse processuali, oltre che soprattutto per evitare “inestricabili intrecci tra i due giudizi” ed “effetti paradossali”, come affermato da Cass. 8 novembre 2018, n. 28527, cit., e in ultimo da Cass., Sez. Un., 21 settembre 2021, n. 25478, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 735 ss., con nota di C. MARINO, *Caducazione del titolo esecutivo e giudizio di opposizione all'esecuzione*, e in *Riv. esec. forz.*, 2021, p.

sollecitato) arrivi a riconoscere espressamente la risarcibilità del danno da SLAPP tentata in uno Stato extra-Ue, se non altro per evitare che l'azione presso il foro domestico (munito di giurisdizione quando l'attore danneggiato ha domicilio in Italia) si converta in un abuso legittimato da una *potestas decidendi* apparentemente fine a sé stessa (cioè non in grado di giungere a una condanna del danneggiante straniero, siccome dalla prospettiva dell'art. 17 dir., l'art. 96 c.p.c. dovrebbe essere forzato al punto di configurare una responsabilità processuale da azione promossa – magari con relativo successo – all'estero)³².

Per il resto, il pur gracile testo della Direttiva rappresenta un significativo ed evidente tentativo di specializzare la disciplina processuale degli Stati membri in ragione del contenzioso, di non molto successivo all'autorevole e notissimo precedente di cui alle sentenze sul giudicato e la tutela consumeristica³³, segno di come la iper-settorializzazione (che certo non fa bene

918 ss., con nota di M. MARCHESE, *La sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo giudiziale: la soluzione delle Sezioni Unite*) e la dottrina (nel senso di ritenere non possibile la proposizione di un'autonoma azione da responsabilità processuale maturata in un processo antecedente, V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, I, 3° ed., Napoli, 1954, p. 271, C. CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 412 s., A. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile*, Milano, 1962, p. 302 s., LUPANO, *Responsabilità per le spese*, o.c., pp. 33 s. e 163 ss., e PELLEGRINELLI, *Dell'autonomia funzionale*, cit., p. 1960; *contra*, E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, 3° ed., Milano, 1980, p. 212, G. BONGIORNO, voce *Responsabilità aggravata*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 5, G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, p. 392 ss., CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, o.c., p. 626 ss., e R. ROSSI, *Responsabilità ex art. 96 c.p.c. per danni da illecita esecuzione e giudice competente*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 972 ss.).

³² Cosa che probabilmente non sarebbe possibile fare in ipotesi di azione strategica promossa presso lo stesso giudice italiano (per ragioni analoghe a quelle esposte nella citata Cass. 8 novembre 2018, n. 28527), anche se va detto che un'apertura alla proposizione in via autonoma di una domanda di risarcimento ex art. 96 c.p.c. in presenza di azioni strategiche sembra venire da Cass. 19 luglio 2018, n. 19179, laddove vi siano più azioni vertenti su uno stesso fatto o più azioni contro la medesima persona e questi molteplici processi siano interpretabili congiuntamente «come componenti di un unico disegno emulativo» in grado di far emergere una fattispecie autonoma di danno da abuso del processo. In tema di rapporto tra azione autonoma di condanna per responsabilità processuale nel giudizio *a quo* e abuso del processo, mette in guardia dal rischio che l'azione autonoma possa «costitui[re] a sua volta, in una sorta di eterogenesi dei fini, un abuso del diritto di azione, un distorto impiego dello strumento di tutela ad opera del litigante danneggiato», ROSSI, *Responsabilità ex art. 96 c.p.c.*, cit., p. 980.

³³ CGUE, 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, in *Giur. it.*, 2022, p. 2113 ss., con note di S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, e M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, e in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 291 ss., con nota di A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*; seguita poi da Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Giur. it.*, 2023, p. 1053 ss., con note di C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, ed E. D'ALESSANDRO, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, e in *Foro it.*, 2023, I, c. 1452 ss., con note di P. FARINA, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, R. PARDOLESI - B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurounitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, e S. PAGLIANTINI, «Ce n'est qu'un début»: spigolature civilistiche sul decalogo europeista di sez. un. 9479/23.

all'unità del sistema processuale), stia prendendo sempre più piede nell'ambito del processo civile³⁴.

Pasquale Mazza
Dottore di ricerca

³⁴ Da segnalare in chiusura è l'art. 19 della Direttiva, che impone agli Stati membri la pubblicazione (in formato elettronico facilmente accessibile) delle sentenze definitive d'appello o di ultima istanza rientranti nell'ambito di applicazione della Direttiva. Si tratta di una forma di *open data* (fenomeno di cui si è ampiamente discusso presso l'Università di Napoli Federico II, il giorno 12 maggio 2023; v. P. DEUMIER, *L'effetto dell'open data sulla giurisprudenza dei giudici di merito*, in *En faveur d'un proces civil artificiellement intelligent. Une approche comparative: Atti del Convegno di Napoli, 12 maggio 2023*, a cura di V. Capasso, Napoli, 2024, p. 63 ss., e V. CAPASSO, *Intelligenza artificiale e «quantificazioni giurisprudenziali»*, *ivi*, p. 81 ss.), la cui finalità dichiarata risiede nel «sensibilizzare» e fornire informazioni circa le SLAPPs agli organi giurisdizionali, ai professionisti del settore legale e all'opinione pubblica in generale (considerando 47).



MAURA LOSPALLUTI

Proroga tacita e domanda riconvenzionale nel regolamento Bruxelles I *bis*

La giurisprudenza italiana si è più volte interrogata sul problema di sapere se la proposizione di una domanda riconvenzionale, non subordinata al rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione, comporti una proroga tacita della competenza giurisdizionale. La questione è stata da ultimo affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nell'ordinanza 12 aprile 2024, n. 9971. Secondo la Corte, la formulazione in termini inequivoci dell'eccezione è sufficiente a escludere il prodursi della proroga anche in presenza di una riconvenzionale non subordinata al rigetto di detta eccezione. Lo scritto esamina la questione nella prospettiva dell'art. 26 del regolamento Bruxelles I *bis*, laddove la Corte, discutibilmente, ha fatto riferimento nella pronuncia agli artt. 4 e 11 della l. n. 218/1995. Nell'articolo vengono richiamate la lettura che ascrive alla proroga tacita un carattere oggettivo e la tesi che vi scorge invece l'effetto di una volontà del convenuto, e si illustrano le ragioni che inducono a preferire il primo orientamento. Lo scritto ripercorre su questa base gli argomenti spesi dalla Suprema Corte a sostegno delle riferite conclusioni.

Does the filing of a counterclaim, by a defendant who challenged at the outset the jurisdiction of the seised court, entail a tacit prorogation of jurisdiction if the defendant fails to specify that the counterclaim merely constitutes a subsidiary defence, i.e., that one that the court should consider only if it dismisses the defendant's jurisdictional challenge? The question was recently addressed by the Italian Court of Cassation by an order of 12 April 2024 (No. 9971). The Court held that, by contesting the jurisdiction of the seised court in unequivocal terms, the defendant effectively prevents tacit prorogation from occurring, no matter whether he failed to spell out the subsidiary character of the counterclaim. The article analyses the issue from the angle of Art. 26 of the Brussels I bis Regulation, whereas, in its decision, the Supreme Court relied, unconvincingly, on Articles 4 and 11 of the Italian Statute on Private International Law. The paper presents two opposing views on the nature of tacit prorogation, that is, the view whereby prorogation operates objectively, and the view that assimilates tacit prorogation to an expression of will by the defendant, and submits the former is more persuasive. Against this background, the article discusses the reasons put forward by the Court to reach the above conclusions.

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'ordinanza n. 9971 del 12 aprile 2024 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione – 2.1. I fatti e i precedenti gradi di giudizio – 2.2. La decisione della Corte di cassazione – 2.3. Le norme applicabili alla fattispecie – 3. Presupposti e finalità della proroga tacita di giurisdizione – 3.1. Portata della nozione di comparizione – 3.2. Tempi e modi della contestazione – 4. La natura della proroga tacita di giurisdizione – 5. Rilievi finali alla luce della pronuncia in commento

1. Introduzione

È sorto in più occasioni, in giurisprudenza, il problema di sapere se la proposizione di una domanda riconvenzionale, non subordinata al mancato accoglimento della eccezione di difetto di giurisdizione, integri un'accettazione tacita della competenza giurisdizionale del giudice adito. La risposta dipende dalle norme che disciplinano, nella specie, la *quaestio iurisdictionis*. Oggetto di analisi in questo scritto sono le norme del regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, o regolamento Bruxelles I *bis*¹, l'attuale incarnazione del regime uniforme introdotto con la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968², poi sostituita dal regolamento (CE) n. 44/2001 (Bruxelles I)³, a sua volta "rifiuto" nel testo attuale. Ai sensi dell'art. 26 del regolamento Bruxelles I *bis*, il giudice di uno Stato membro dell'Unione europea è competente, al di là dei casi in cui la sua competenza si fonda su altri titoli previsti dal regolamento, per il fatto stesso della comparizione del convenuto, a meno che la comparizione avvenga «per eccepire l'incompetenza» e salva la competenza esclusiva eventualmente spettante ai giudici di altri Stati membri dell'Unione ai sensi dell'art. 24 del medesimo regolamento.

Il problema del valore da assegnare, ai fini della proroga tacita, alla domanda riconvenzionale proposta contestualmente a un'eccezione di carenza di giurisdizione è stato affrontato da ultimo dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nell'ordinanza n. 9971 del 12 aprile 2024⁴. La Corte ha affermato che la formulazione in termini chiari dell'eccezione è sufficiente a escludere il prodursi della proroga tacita anche a fronte della proposizione di una riconvenzionale non espressamente subordinata al rigetto dell'eccezione.

Dopo aver dato conto delle ragioni sulla base delle quali la Cassazione ha raggiunto la conclusione appena riferita, ci si soffermerà sui presupposti applicativi dell'art. 26 del regolamento Bruxelles I *bis* e sui suoi rapporti con le norme interne. Si affronterà quindi il tema della natura della proroga tacita nel regime di Bruxelles I, alla luce degli orientamenti che vi vedono una speciale manifestazione di volontà del convenuto e di quelli che ne accreditano, invece, un fondamento essenzialmente oggettivo. Su queste premesse si indicheranno le ragioni che inducono a preferire il secondo orientamento. Ciò permetterà infine di concludere

¹ G.U.U.E., L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss.

² G.U.C.E., L 299 del 31 dicembre 1972, p. 32 ss.

³ G.U.U.E., L 307 del 24 novembre 2001, p. 28 ss. Il regolamento n. 44/2001 si applica, a norma dell'art. 66, alle azioni proposte dopo il 16 gennaio 2001, data della sua entrata in vigore. Nel caso in esame, l'atto di citazione veniva introdotto in data 12 giugno 2008, il che è sufficiente a fondare l'applicabilità temporale del regolamento alla fattispecie. Il regolamento Bruxelles I *bis*, per parte sua, si applica ai procedimenti instaurati dopo il 10 gennaio 2015.

⁴ Sez. Un., 12 aprile 2024, n. 9971.

che, per escludere il verificarsi della proroga tacita, è sufficiente che il convenuto contesti in termini non equivoci la competenza giurisdizionale del giudice adito, e non consti un'esplicita rinuncia all'eccezione.

2. L'ordinanza n. 9971 del 12 aprile 2024 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione

2.1. I fatti e i precedenti gradi di giudizio

Una società egiziana e una società italiana concludevano fra loro un contratto di compravendita di beni mobili. La società egiziana ometteva di versare il saldo del prezzo, e veniva per questo convenuta in giudizio dalla società italiana.

Costituendosi in giudizio, la società egiziana eccepiva la carenza di giurisdizione del giudice italiano, proponendo contestualmente una domanda riconvenzionale con cui, lamentando i vizi dei beni venduti, chiedeva la condanna della società italiana al risarcimento del danno. Il tribunale, ritenendosi munito di competenza giurisdizionale, rigettava le pretese della convenuta e dichiarava fondata la domanda dell'attore, condannando la società egiziana a versare il saldo del prezzo.

In appello, la società egiziana ribadiva l'eccezione di difetto di giurisdizione e proponeva due domande riconvenzionali (di riduzione del prezzo e di risarcimento del danno), omettendo, tuttavia, di subordinarle in maniera esplicita al mancato accoglimento dell'eccezione.

La Corte territoriale rigettava allora il gravame e affermava la sussistenza della giurisdizione italiana, ritenendo che la convenuta avesse tacitamente accettato la giurisdizione ai sensi dell'art. 11 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato⁵, per aver proposto delle domande riconvenzionali senza espressamente subordinarle al rigetto dell'eccezione relativa alla giurisdizione. L'art. 11 della legge n. 218/1995 dispone che la carenza di giurisdizione del giudice italiano può essere sollevata, in ogni stato e grado del processo, soltanto dal convenuto che si sia costituito in giudizio e non abbia «espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana». L'art. 4 della stessa legge precisa che la giurisdizione è da intendersi tacitamente accettata qualora il convenuto «compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo».

La società egiziana adiva dunque i giudici di legittimità, facendo valere, tra gli altri motivi, la violazione dell'art. 11 della legge n. 218/1995.

⁵ D'ora in avanti si discorrerà della presente legge come l. 218/1995 o legge di riforma.

2.2. La decisione della Corte di Cassazione

Pronunciandosi sul ricorso, il Supremo Collegio ha affermato che la Corte territoriale ha errato nel ritenere soddisfatti i presupposti della proroga tacita. I giudici d'appello, si legge nel provvedimento della Cassazione, non si sono avveduti della «chiara formulazione dell'eccezione» di difetto di giurisdizione da parte della convenuta, e non hanno considerato che la stessa convenuta non aveva affatto inteso rinunciare a tale eccezione, neppure tacitamente, come attestato «dal tenore e dall'ampiezza delle difese» svolte a sostegno della eccezione stessa, «sempre rimasta ferma».

La Corte si è richiamata, sul punto, a tre suoi precedenti. Nei primi due, rispettivamente del 1997 e del 2006⁶, i giudici di legittimità avevano affermato che la proposizione di una domanda riconvenzionale non comporta accettazione tacita della giurisdizione del giudice italiano ove sia «espressamente» subordinata al mancato accoglimento dell'eccezione di difetto di giurisdizione di detto giudice. Nel terzo, del 2020⁷, la Cassazione, pur ribadendo il principio per cui non si ha proroga se la domanda riconvenzionale è stata subordinata al rigetto dell'eccezione, ha chiarito che non è comunque richiesta, a tal fine, «l'adozione di particolari formule ed espressioni dedicate».

Riferendosi al caso di specie, la Corte ha sottolineato che la società egiziana, costituendosi in giudizio in primo grado, aveva, per un verso, eccepito «in via preliminare e pregiudiziale il difetto di giurisdizione dell'autorità nazionale», e aveva poi chiesto, per altro verso, che, nel merito, «l'attrice fosse condannata al risarcimento dei danni». La Corte ha negato che potesse scorgersi nelle parole della società egiziana un'accettazione tacita della giurisdizione, in quanto «detta società [aveva] inequivocabilmente esplicitato la propria volontà» in ordine alla giurisdizione, di fatto valorizzando il fatto in sé della proposizione dell'eccezione, indipendentemente dalla proposizione della domanda riconvenzionale e dalle modalità adoperate nel formularla.

2.3. Le norme applicabili alla fattispecie

Prima di analizzare il ragionamento dei giudici di legittimità, conviene spendere qualche parola sulle norme applicabili al caso di specie. Il richiamo all'art. 11 della legge n. 218/1995 tanto da parte della Corte d'appello quanto da parte della Cassazione non appare, infatti, condivisibile. Pare a chi scrive che la fattispecie fosse soggetta, semmai, alla normativa europea sulla competenza giurisdizionale. In modo specifico, avuto riguardo alla data di instaurazione del procedimento, il caso avrebbe dovuto essere deciso ai sensi del citato regolamento n. 44/2001

⁶ Sez. Un., 23 dicembre 1997, n. 13015; Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7035.

⁷ Sez. Un., 21 dicembre 2020, n. 29176.

del 22 dicembre del 2000, predecessore del regolamento Bruxelles I *bis*. Il regolamento Bruxelles I tratta della proroga tacita all'art. 24. La disposizione è identica a quella che si legge nell'art. 26 del regolamento Bruxelles I *bis*, ricordata sopra. Per ragioni di chiarezza espositiva, si farà riferimento, d'ora in poi, al solo regolamento Bruxelles I *bis*, sul presupposto che le considerazioni riferite a quest'ultimo sono estensibili, in linea di principio, anche al suo predecessore⁸.

Non vi è unanimità di vedute in dottrina e in giurisprudenza sulle condizioni di applicabilità della normativa europea in tema di proroga tacita quando si tratti, come nel caso in esame, di procedimenti promossi nei confronti di convenuti domiciliati in uno Stato estraneo all'Unione europea (nei confronti dei convenuti «europei», l'applicabilità delle norme interne è esclusa in via generale ai sensi dell'art. 5, par. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*⁹).

Alcuni autori negano che la disciplina europea della proroga tacita operi nei confronti dei convenuti domiciliati in Stati terzi¹⁰. Si richiamano a questo fine all'art. 6 del regolamento Bruxelles I *bis*¹¹. Quest'ultima disposizione stabilisce che, nei casi in cui il convenuto non sia domiciliato in uno Stato membro, la disciplina della competenza giurisdizionale si ricava dalle norme interne dello Stato membro del foro. Le norme uniformi dettate dal regolamento operano in questo caso, come chiarisce lo stesso art. 6, in tre ipotesi: quando la domanda ricada nella competenza esclusiva dei giudici di uno Stato membro secondo l'art. 24 del regolamento Bruxelles I *bis*¹², quando i giudici di uno Stato membro siano competenti in virtù di un accordo di proroga della competenza ai sensi dell'art. 25, e quando il caso rientri fra quelli soggetti alle disposizioni del regolamento riguardanti le controversie in materia di rapporti individuali di lavoro e di contratti conclusi dai consumatori. Fra le eccezioni ora riferite non compare, testualmente, il caso della proroga tacita.

⁸ Invero, è la stessa Corte di Giustizia a riferirsi frequentemente alla giurisprudenza elaborata in relazione al regolamento Bruxelles I per interpretare il regolamento Bruxelles I *bis*. V., da ultimo, Corte di Giustizia, 28 febbraio 2019, causa C-579/19, *Gradbenistvo Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, punto 45, ove si è affermato che poiché «il regolamento Bruxelles I *bis* abroga e sostituisce il regolamento Bruxelles I, l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia in merito alle disposizioni di quest'ultimo regolamento vale anche per il nuovo regolamento laddove le loro disposizioni possano essere considerate equivalenti».

⁹ Corrispondente all'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I.

¹⁰ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, 4a ed., Oxford, 2024, p. 111 s.; H. GAUDEMET-TALLON, M.E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 7a ed., Paris, 2024, p. 261 ss; T. HARTLEY, *Civil jurisdiction and judgements in Europe: The Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Choice of Court Convention*, 2a ed., Oxford, 2023, p. 282.

¹¹ Corrispondente all'art. 5 del regolamento Bruxelles I.

¹² Corrispondente all'art. 22 del regolamento Bruxelles I.

La tesi opposta è sostenuta da altri autori¹³ sulla base di un argomento letterale combinato con un dato sistematico. La lettera dell'art. 26, osservano questi autori, non precisa se la sua applicabilità dipenda dalla circostanza che il convenuto sia domiciliato nell'Unione o fuori. Altre disposizioni del regolamento, invece, prendono espressamente posizione sul punto, in un senso o nell'altro: è questo il caso, ad esempio, dell'art. 7 e dell'art. 25 del regolamento Bruxelles I bis¹⁴. L'assenza di indicazioni nell'art. 26, visto quanto si rinviene in altre disposizioni, porta a credere che non vi siano impedimenti a che la norma sulla proroga tacita si applichi alle domande proposte nei riguardi di convenuti domiciliati al di fuori dell'Unione. È parere di chi scrive che la tesi riferita da ultimo sia la più convincente.

Come si avrà modo di dire più distesamente in seguito¹⁵, l'art. 26, nel considerare la comparizione del convenuto condizione sufficiente a fondare la giurisdizione, obbedisce a esigenze di efficienza ed economia processuale, garantendo una risoluzione celere e certa della questione di giurisdizione. Trattasi di esigenze comunemente sottese al regime uniforme, e funzionali, più in generale, al perseguimento dei valori che ispirano lo spazio integrato. Qualora si escluda l'applicazione dell'art. 26 nei casi in cui il convenuto risulti domiciliato in uno Stato terzo, sarebbero le norme dello Stato membro del giudice adito a venire in gioco per regolare il medesimo meccanismo. Tali norme, se richiamate ogniqualvolta si faccia questione di un convenuto domiciliato in uno Stato terzo, potrebbero porre in questione il soddisfacimento di quelle esigenze. Da un lato, perché la disciplina nazionale potrebbe non sempre rispondere a uno scrupolo di celerità nel suo operare in concreto. Dall'altro, perché l'esito della definizione della *quaestio iurisdictionis* finirebbe per mutare a seconda dell'ordinamento nazionale preso, di volta in volta, in considerazione, determinando una situazione di incertezza. Si ritiene, dunque, che, nell'ottica di salvaguardare quelle esigenze,

¹³ F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, 4a ed. Padova, 2015, p. 213; A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Art. 26", in *Brussels I bis Regulation – Commentary*, a cura di U. Magnus, P. Mankowski, 2a ed., München, 2023, p. 676; P. KAYE, *Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgements: The Application in England and Wales of the Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and the enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters under the Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982*, Abingdon, 1987, p. 1125; G.A.L. DROZ, *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le nouveau régime de la compétence judiciaire et des effets des jugements*, Paris, 1973, p. 38; P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968: compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, 1985, p. 111; R. GEIMER, "Artikel 26", in *Europäisches Zivilverfahrensrecht Kommentar*, a cura di R. Geimer, R.A. Schütze, München, 4a ed., 2016, p. 512; A. STAUDINGER, "Artikel 26", in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionrecht EuZPR/EuIPR Kommentar*, a cura di T. Rauscher, I, München, 4a ed., 2016, p. 824.

¹⁴ Corrispondenti, rispettivamente, agli artt. 5 e 23 del regolamento Bruxelles I. Più precisamente, l'art. 7 chiarisce che solo «una persona domiciliata in uno Stato membro» può essere convenuta in uno dei fori speciali previsti dalla norma. L'art. 25, invece, ammette che le parti possano accordarsi sulla competenza di un'autorità giurisdizionale «indipendentemente dal loro domicilio».

¹⁵ *Infra*, par. 3.

che sono alla base del sistema europeo della competenza giurisdizionale¹⁶, l'applicabilità dell'art. 26 non possa che estendersi anche a convenuti domiciliati in Stati terzi.

Del resto, la stessa Corte di Giustizia sembra essere dello stesso avviso, laddove, in un *obiter dictum*, ha affermato che «conformemente all'art. 18 della convenzione, la comparizione volontaria del convenuto fonda la competenza del giudice di uno Stato contraente... *senza che rilevi il luogo del domicilio del convenuto*»¹⁷.

Alla luce di queste considerazioni, sarà pertanto sull'art. 26 che si concentrerà l'attenzione in questo scritto, salvo dar conto, più sotto, delle ragioni che inducono a credere che le conclusioni sostenute in relazione al regolamento Bruxelles I *bis* valgano, comunque, anche nel quadro degli artt. 4 e 11 della l. 218/1995¹⁸.

3. Presupposti e finalità della proroga tacita di giurisdizione

L'art. 26, par. 1, del regolamento Bruxelles I *bis* stabilisce, come si è ricordato, che l'autorità giurisdizionale dinanzi alla quale il convenuto è comparso è competente, salvo che tale comparizione sia avvenuta per eccepire l'incompetenza e salva la giurisdizione esclusiva eventualmente spettante ad altri giudici in forza dell'art. 24 dello stesso regolamento.

Perché si abbia proroga tacita debbono dunque concorrere tre condizioni: *i)* il convenuto deve essere comparso; *ii)* non deve aver sollevato l'eccezione di giurisdizione; e *iii)* non deve trattarsi di un caso in cui sussiste in capo ai giudici di un diverso Stato membro dell'Unione europea una competenza esclusiva ai sensi dell'art. 24.

È irrilevante che le altre disposizioni del regolamento (o, al limite, le norme interne operanti in forza dell'art. 6 di quest'ultimo) attribuiscono la competenza a giudici diversi da quello adito¹⁹: agli effetti dell'art. 26, la comparizione del convenuto, se ricorrono le condizioni indicate, è di per sé sufficiente a fondare la giurisdizione.

La norma persegue, come accennato, esigenze di economia processuale e buona amministrazione della giustizia, peraltro sottese ad altre disposizioni del regolamento²⁰.

¹⁶ Così, P. FRANZINA, *Il coordinamento tra lex fori e norme uniformi nell'accertamento del titolo di giurisdizione secondo il Regolamento (CE) n. 44/2001*, Riv. dir. int., 2004, p. 352 s.

¹⁷ Corte di Giustizia, 13 luglio 2000, causa C-412/1998, *Group Josi Reinsurance Company*, ECLI:EU:C:2000:399, punto 44, enfasi aggiunta.

¹⁸ *Infra*, par. 5.

¹⁹ Così, Corte di Giustizia, 20 maggio 2010, causa C-111/09, *CPP Vienna Insurance Group*, ECLI:EU:C:2010:290, punto 21; Corte di Giustizia, 27 febbraio 2014, causa C-1/13, *Cartier Parfums – Lunettes*, ECLI:EU:C:2014:109, punto 34.

²⁰ A titolo esemplificativo, v. quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza dell'8 dicembre 1987, causa C-144/86, punto 8, laddove afferma che «nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia nella comunità» la funzione spettante agli articoli 21 e 22 della Convenzione, in materia di litispendenza e connessione (attuali articoli 29 e 30 del regolamento Bruxelles I *bis*), sarebbe quella di evitare procedimenti paralleli pendenti dinanzi ai giudici di diversi Stati

Favorisce una risoluzione celere della questione di giurisdizione, evitando che la legittimazione del giudice a decidere la lite possa venire in discussione in uno stadio avanzato del procedimento, e scoraggia il ricorso a tattiche dilatorie²¹.

3.1. Portata della nozione di comparizione

La norma non specifica in che cosa consista la comparizione del convenuto. Secondo la relazione esplicativa della citata convenzione di Bruxelles del 1968²², l'espressione va intesa alla luce del significato attribuitole dalle norme di procedura civile del foro.

La dottrina, dal canto suo, ha individuato, nelle sue linee essenziali, un significato del termine comune a tutti gli Stati membri: secondo questa lettura, la comparizione coinciderebbe con il compimento di quell'atto o di quell'attività che consentono al convenuto di esercitare le prerogative che gli sono proprie in quanto parte processuale²³. Nell'ordinamento italiano, si tratta di avere riguardo, a questo fine, alla costituzione del convenuto in giudizio²⁴.

Nel processo di cognizione possono darsi le seguenti ipotesi. Qualora il convenuto compaia nel processo di primo grado, la costituzione si perfeziona con il deposito della comparsa di risposta di cui agli artt. 167 e 281 *undecies*, co. 3 c.p.c., a seconda che il giudizio sia stato instaurato, rispettivamente, nelle forme del rito ordinario o del rito semplificato. Qualora, invece, compaia nei gradi di giudizio successivi al primo, questa si perfeziona con il deposito dell'atto di costituzione in appello o in cassazione.

3.2. Tempi e modi della contestazione

Perché la comparizione sia sufficiente a fondare la giurisdizione, il convenuto deve aver ommesso di sollevare l'eccezione di incompetenza. La norma, però, nulla dice quanto al termine e alle modalità dell'eccezione. Vengono in rilievo a questo effetto le norme processuali dello Stato in cui si svolge il giudizio, salvo il rispetto dell'effetto utile delle norme uniformi²⁵.

contraenti, e il rischio di decisioni contrastanti. Più in generale, sull'impiego di tali formule da parte della Corte di Giustizia, v. P. FRANZINA, *op. cit.*, 2004, p. 355.

²¹ M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional: Litigación internacional*, Madrid, 2000, p. 227.

²² Relazione esplicativa alla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, elaborata da P. Jenard, G.U.C.E., C 59 del 5 marzo 1979, p. 38.

²³ L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles: Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. 706.

²⁴ In questo senso, L. MARI, *op. cit.*, p. 707; G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Il processo civile e lo straniero. Lineamenti di diritto processuale civile internazionale*, 2a ed., Milano, 1996, p. 113.

²⁵ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *op. cit.*, p. 668 ss.; F. SALERNO, *op. cit.*, p. 246.

Nella sentenza *Elefanten Schuh*²⁶, resa in relazione alla convenzione di Bruxelles, la Corte ha affrontato, a questo riguardo, due questioni. In primo luogo, ha affrontato il problema di sapere se, agli effetti dell'art. 18 della convenzione, predecessore dell'art. 26 del Regolamento Bruxelles I *bis*, il convenuto potesse, contestualmente all'eccezione di giurisdizione, proporre delle difese relative al merito delle pretese attoree. Il dubbio traeva origine da una divergenza ravvisabile nelle versioni linguistiche della disposizione. In quella italiana, ad esempio, si leggeva che non si sarebbe fatto luogo alla proroga qualora la comparizione fosse avvenuta «solo» per eccepire l'incompetenza. Tale restrizione non figurava, invece, nella versione francese e in quella tedesca. Di qui la difficoltà di comprendere se, per negare la competenza del giudice adito, il convenuto avrebbe dovuto limitarsi a eccepire la giurisdizione, o avrebbe avuto facoltà di svolgere, assieme, ulteriori difese.

La Corte ha accolto quest'ultima soluzione, ritenendola più conforme agli scopi della Convenzione²⁷. L'interpretazione opposta sarebbe stata «incompatibile con la tutela dei diritti della difesa nel procedimento di origine»²⁸, giacché, qualora l'eccezione di incompetenza non fosse stata accolta, il convenuto si sarebbe visto precludere la possibilità di difendersi nel merito²⁹. La stessa soluzione è stata riaffermata nelle sentenze *Rohr* e *Gerling Konzern Spezial*³⁰. A fronte di convenuti che, assieme all'eccezione, avevano svolto subordinatamente ulteriori difese, ha ribadito la possibilità per questi ultimi «non solo di eccepire l'incompetenza, ma anche di presentare congiuntamente, in via subordinata, difese nel merito, senza tuttavia perdere il diritto di sollevare la contestazione»³¹.

Tornando al caso *Elefanten Schuh*, il secondo quesito sottoposto alla Corte di Giustizia verteva sul momento della formulazione dell'eccezione di carenza di giurisdizione: ci si chiedeva se l'eccezione avesse rilievo solo se sollevata *in limine litis* o se impedisse la proroga tacita anche se svolta, conformemente alle norme processuali del foro, in un momento successivo del giudizio.

Visti i diversi significati attribuiti a quest'espressione negli ordinamenti degli Stati membri, la Corte ha ritenuto di proporre un'indicazione autonoma, affrancata dal particolarismo dei diritti nazionali. Ha chiarito che, coerentemente allo scopo perseguito dall'art. 18, quel che rileva per negare la competenza è che l'eccezione, quand'anche successiva a una difesa nel merito, non

²⁶ Corte di Giustizia, 24 giugno 1981, causa C-150/80, *Elefanten Schuh*, ECLI:EU:C:1981:148.

²⁷ Sent. *Elefanten Schuh*, punto 14.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Corte di Giustizia, 22 ottobre 1981, causa C-27/1981, *Rohr*, ECLI:EU:C:1981:243; Corte di Giustizia, 14 luglio 1983, causa C-201/82, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherungs-AG*, ECLI:EU:C:1983:217.

³¹ Sent. *Rohr*, punto 8; sent. *Gerling Konzern Spezial*, punto 21.

sia «posteriore all'atto considerato, dal diritto processuale nazionale, come *la prima difesa rivolta al giudice adito*»³².

È alla luce delle indicazioni che precedono che va stabilito cosa debba intendersi per «prima difesa» secondo il diritto processuale civile italiano. Conviene distinguere due ipotesi.

Qualora il convenuto si costituisca nel giudizio di primo grado, la «prima difesa» consisterà nella comparsa di risposta di cui agli artt. 167 e 281 *undecies*, co. 3 c.p.c., a seconda che il giudizio sia stato introdotto nelle forme, rispettivamente, del procedimento ordinario o di quello semplificato.

Giova peraltro precisare, a questo riguardo, che l'eccezione di giurisdizione non rientra tra quelle rilevabili d'ufficio dal giudice, salvo alcune ipotesi determinate dal regolamento stesso³³. Il convenuto che non voglia provocare con la sua condotta una proroga tacita della giurisdizione avrà dunque l'onere di sollevare l'eccezione «tempestivamente» nella comparsa, depositandola nei settanta giorni precedenti alla prima udienza di comparizione, con riguardo al rito ordinario; nei dieci giorni antecedenti a questa, con riguardo al rito semplificato.

Qualora, invece, si costituisca per la prima volta nei successivi gradi del giudizio, dovrà intendersi per «prima difesa» l'atto di costituzione in appello o in cassazione. Il convenuto potrà dunque impugnare, in quella sede, la statuizione sulla giurisdizione (che sia implicita o esplicita), salvo che sulla stessa non si sia formato un giudicato interno³⁴.

4. La natura della proroga tacita della giurisdizione

Non vi è uniformità di vedute in dottrina circa la natura della proroga tacita. Molti autori ne predicano un fondamento volontaristico. La proroga integrerebbe una «accettazione» vera e propria della giurisdizione, giacché il convenuto nel comparire senza sollevare l'eccezione di incompetenza, manifesterebbe tacitamente il suo consenso a che la controversia ricada nella giurisdizione del giudice investito della domanda dell'attore³⁵.

³² *Elefanten Schuh*, punto 16, enfasi aggiunta.

³³ Più precisamente, il giudice può rilevare officiosamente il difetto di giurisdizione solo nelle ipotesi previste dagli articoli 27 e 28 del regolamento Bruxelles I *bis*. Rispettivamente, nel caso in cui sia stato investito di una controversia per la quale è prevista una competenza esclusiva *ex art.* 24, e nel caso di mancata comparizione del convenuto.

³⁴ Sulla formazione del giudicato interno in relazione alla questione di giurisdizione, v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 7a ed., Napoli, 2023, p. 116 s.; G. ARIETA, F. DE SANTIS, L. MONTESANO, *Corso di diritto processuale civile*, 8a ed., Milano, 2024, p. 91 s.

³⁵ V., in questo senso, H. GAUDEMET-TALLON, M.E. ANCEL, *op. cit.*, p. 259, ad avviso delle quali la proroga si perfezionerebbe in virtù di un «contrat tacite entre les deux parties»; in senso conforme, A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *op. cit.*, p. 667; P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 110. Parte della dottrina italiana si professa dello stesso avviso: v., al riguardo, F. SALERNO, *op. cit.*, p. 214, il quale discorre dell'atteggiamento del convenuto in termini di vera e propria «acquiescenza» al titolo di giurisdizione eventualmente prospettato dall'attore. Di interesse è anche l'opinione di J. A. PONTIER, E. BURG, *EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters According to the*

A questa impostazione ha tradizionalmente aderito, apparentemente, la giurisprudenza italiana. Per verificare la sussistenza del consenso del convenuto, i giudici hanno spesso ritenuto di dover ricostruire la volontà di quest'ultimo analizzando l'ordine delle difese proposte nell'atto di costituzione e il loro tenore testuale. Così, pur ammettendosi la possibilità per il convenuto di svolgere ulteriori difese in aggiunta all'eccezione di incompetenza, si è comunemente affermato in giurisprudenza che l'eccezione dev'essere formulata in via preliminare a qualsiasi altra conclusione, pena, appunto, l'accettazione tacita della giurisdizione italiana³⁶. L'affermazione è stata spesso accompagnata a un richiamo alle citate sentenze *Rohr* e *Gerling Konzern Spezial*³⁷, dove la Corte di Giustizia ha indicato come necessario, e sufficiente, che le difese del convenuto, con riguardo al merito, fossero indicate come subordinate al rigetto dell'eccezione di giurisdizione.

Alcuni autori hanno peraltro manifestato perplessità rispetto a questo orientamento³⁸. Hanno fatto notare che la lettera della norma non sembra attribuire rilevanza alla volontà del convenuto, considerando sufficiente il riscontro di due dati oggettivi: la comparizione e la non contestazione³⁹. Per un autore, il «fatto puro e semplice» della comparizione opererebbe come «vero e proprio criterio di competenza»⁴⁰, così come il fatto puro e semplice della contestazione sarebbe di per sé bastevole a negarlo, indipendentemente dalla proposizione di ulteriori difese e dalle modalità adoperate nel formularle (e cioè, se in via subordinata o meno al mancato accoglimento della contestazione).

Pare a chi scrive che questa ricostruzione in chiave oggettiva della natura della proroga sia da preferire alla tesi volontaristica. Oltre ad essere fedele al dettato dell'art. 26, è anche quella più funzionale al conseguimento degli scopi che il regime uniforme si propone di realizzare in questo campo. Come già si è avuto modo di accennare, l'art. 26, nel considerare la

Case Law of the European Court of Justice, The Hague, 2004, p. 153, per le quali l'art. 18 della convenzione di Bruxelles (predecessore dell'art. 26 del regolamento Bruxelles I bis, come detto) costituirebbe una «(authentic) expression of the principle of 'party autonomy'».

³⁶ A conferma di questo orientamento v. la ricognizione di pronunce giurisprudenziali operata da L. MARI, *op. cit.*, p. 712. Il medesimo orientamento è alla base, peraltro, anche della giurisprudenza formatasi in relazione al regime di diritto comune. V., al riguardo, G. BALENA, *I nuovi limiti della giurisdizione italiana (secondo la legge 31 maggio 1995 n. 218)*, in *Foro it.*, 1996, vol. IV p. 237. Rispondono, infatti, a questa logica anche le già citate ordinanze Sez. Un., 23 dicembre 1997, n. 13015, Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7035, ove si è escluso il sorgere della competenza del giudice adito, sulla base del fatto che le difese nel merito e le domande riconvenzionali svolte assieme all'eccezione di giurisdizione erano state formulate subordinatamente al suo mancato accoglimento. V., a questo proposito, *infra* par. 5.

³⁷ *Supra*, nota 30.

³⁸ V., in particolare, L. MARI, *op. cit.*, p. 691.

³⁹ In questo senso, L. MARI, *op. cit.*, p. 691 s.; C. CONSOLO, *Preclusione delle eccezioni in senso stretto, c.d. accettazione tacita e difetto di giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 187; T. HARTLEY, *op. cit.*, p. 281; in senso conforme, si esprime anche parte consistente della dottrina tedesca. V., al riguardo, R. GEIMER, *op. cit.*, p. 508; A. STAUDINGER, *op. cit.*, p. 825.

⁴⁰ L. MARI, *op. cit.*, p. 692.

comparizione pura e semplice del convenuto come presupposto sufficiente a fondare la competenza giurisdizionale, favorisce una celere risoluzione della questione di giurisdizione, coerentemente ad esigenze di economia processuale e buona amministrazione della giustizia⁴¹. Un accertamento della volontà del convenuto, affidata all'analisi del tenore letterale delle difese nell'atto di parte e dell'ordine con cui vi vengono formulate, farebbe dipendere l'esito ora indicato da verifiche più articolate, e dal riscontro di dati suscettibili di contestazioni fra le parti. L'attitudine della proroga tacita a fungere da titolo di giurisdizione di pronta e agevole spendita ne uscirebbe offuscata.

La tesi oggettiva appare, del resto, pienamente coerente alle indicazioni proposte dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Elefanten Schuh*⁴². Per escludere l'effetto attributivo della comparizione, la Corte ha affermato che l'eccezione, quand'anche «non preceda qualsiasi difesa nel merito», dev'essere svolta «nella prima difesa rivolta al giudice adito»⁴³. La Corte, in tal senso, non sembra attribuire rilievo al carattere preliminare della contestazione. Non sembra interessarsi, in altre parole, della collocazione dell'eccezione all'interno dell'atto di parte (e cioè se formulata prima o dopo le altre difese), né del tenore letterale delle stesse (e cioè della specificazione o meno di un vincolo di subordinazione rispetto alla contestazione). Il dato decisivo pare essere, anche per la Corte, il fatto oggettivo della contestazione⁴⁴, con la precisazione che questa deve esprimersi nel primo atto difensivo, sempre in ossequio allo scrupolo di efficienza ed economia processuale che sottende, in generale, la disciplina uniforme.

La circostanza che nelle sentenze *Rohr* e *Gerling Konzern Spezial*⁴⁵ la Corte di Giustizia si sia riferita al carattere subordinato delle difese proposte assieme alla contestazione, non pare mutare la portata di questi argomenti. In quell'occasione, la Corte ha escluso il perfezionarsi della proroga tacita in presenza di difese che la parte stessa aveva formulato subordinatamente all'eccezione di giurisdizione. Nell'affermare la possibilità per il convenuto di eccepire l'incompetenza e «presentare congiuntamente, in via subordinata, difese nel merito», la Corte sembra dunque aver adattato le affermazioni fatte nella sentenza *Elefanten Schuh* alle circostanze del caso di specie, mentre non sembra aver inteso la subordinazione quale condizione da verificarsi agli effetti della proroga tacita⁴⁶.

⁴¹ *Supra*, par. 3.

⁴² *Supra*, nota 26.

⁴³ Sent. *Elefanten Schuh*, punto 16.

⁴⁴ In questo senso, v. L. MARI, *op. cit.*, p. 712; C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 187; G. BALENA, *op. cit.*, p. 237.

⁴⁵ *Supra*, nota 30.

⁴⁶ Per questa considerazione v. L. MARI, *op. cit.*, p. 712. *Contra*, H. GAUDEMET-TALLON, M.E. ANCEL, *op. cit.*, p. 266, le quali ritengono che la sentenza *Rohr* abbia «precisato» il tenore delle conclusioni raggiunte nella sentenza *Elefanten Schuh*.

Tali constatazioni sembrano trovare conforto, da ultimo, nella sentenza *Bayerische Motoren Werke*⁴⁷. La Corte di Giustizia ha negato il perfezionarsi della proroga tacita nel caso di un convenuto che, nell'atto difensivo, aveva sollevato l'eccezione di giurisdizione in via subordinata alle altre eccezioni di rito⁴⁸. Ancora una volta, il fatto che questi avesse «contestato espressamente e senza la minima ambiguità la competenza del giudice in tale atto difensivo»⁴⁹, manifestando, dunque, sin dalla prima difesa la sua posizione rispetto alla questione di giurisdizione, è stato considerato in sé sufficiente a escludere una presunta accettazione della stessa, indipendentemente dalla circostanza che la relativa contestazione fosse stata proposta in via subordinata.

La plausibilità dell'impostazione qui sostenuta potrebbe, in realtà, essere messa in discussione alla luce del modo di essere delle norme processuali del foro con le quali le regole europee sulla proroga sono destinate, per così dire, ad entrare in contatto.

Si è già avuto modo di rilevare la strutturale incompletezza della disciplina del regolamento Bruxelles I *bis*⁵⁰. Il regime europeo si limita a disciplinare la competenza giurisdizionale delle autorità degli Stati membri (e la circolazione delle relative decisioni nello spazio giudiziario europeo), senza occuparsi, al di là di qualche specifica disposizione, del trattamento processuale della questione relativa alla giurisdizione (e delle questioni riguardanti il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni). Operano per questi aspetti le norme processuali del foro. Nel caso della proroga tacita, ciò significa che spetta al diritto processuale civile dello Stato del giudice adito definire, in generale, i modi della comparizione del convenuto e della contestazione della competenza giurisdizionale. Con riguardo all'ordinamento italiano, vengono in gioco le norme che, nel processo di cognizione, regolano la costituzione in giudizio del convenuto, con riferimento particolare alla comparsa di risposta di cui agli artt. 167 e 281 *undecies*, co. 3 c.p.c., qualora la costituzione avvenga in primo grado, e alla comparsa di costituzione in appello o in cassazione, qualora si compia in gradi di giudizio successivi al primo.

Ebbene, nell'ordinamento processuale civile italiano, questi atti non rappresentano che alcune delle innumerevoli manifestazioni di volontà delle parti nel processo civile, quale diretto portato del principio dispositivo da cui è retto⁵¹. È attraverso questi atti che il convenuto, «se vuole», prende parte al processo a seguito della costituzione; ed è sempre a mezzo di questi

⁴⁷ Corte di Giustizia, 13 luglio 2017, causa C-433/16, *Bayerische Motoren Werke*, ECLI:EU:C:2017:550.

⁴⁸ Sent. *Bayerische Motoren Werke*, punto 35.

⁴⁹ Sent. *Bayerische Motoren Werke*, punto 34.

⁵⁰ *Supra*, par. 3.1 e 3.2.

⁵¹ In questo senso, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, Milano, 1966, p. 45.

atti che il convenuto, «se vuole»⁵², prende posizione sui fatti prospettati dall'attore, attraverso una manifestazione di volontà positiva (come la contestazione) o negativa (come la non contestazione o la non impugnazione)⁵³.

Quel che si deduce, allora, è che la comparizione del convenuto, così come la mancata contestazione, per quanto concepite nel regolamento Bruxelles I *bis* come «fatti puri e semplici», indipendenti da una ricostruzione della volontà della parte, si spiegano attraverso atti dispositivi del processo, che di quella volontà sono manifestazione. Con la conseguenza che il fondamento «oggettivo» della proroga, predicato dall'art. 26, parrebbe subire delle «contaminazioni» di tipo volontaristico, se osservato attraverso la lente dell'ordinamento giuridico nel quale la norma riceve applicazione.

Vale la pena chiedersi se ciò giustifichi un'indagine delle intenzioni del convenuto, a discapito della formulazione «secca e severa»⁵⁴ del testo dell'art. 26.

La risposta sembrerebbe dover essere negativa. Occorre infatti rammentare che, laddove la disciplina europea risulti incompleta, il rinvio al diritto nazionale del foro non può comunque essere tale da pregiudicare l'effetto utile di quella disciplina, vale a dire l'attitudine delle relative norme di conseguire gli obiettivi pratici a cui sono preordinate. In sostanza, le norme interne, quando assolvono una funzione di supporto alle regole europee, vanno interpretate e applicate avendo cura di salvaguardare gli effetti che la disciplina dell'Unione si propone di realizzare⁵⁵.

Ora, se il valore servito dall'art. 26 è la celere definizione della questione di giurisdizione, e tale valore è perseguito a mezzo di una ricostruzione oggettiva del fondamento della proroga, sarà a detta ricostruzione che il giudice nazionale dovrà conformare la fisionomia delle norme interne, astraendole, se del caso, dai principi che, nell'ordinamento processuale civile del foro, restituiscono loro un connotato negoziale.

5. Rilievi finali alla luce della pronuncia in commento

Le considerazioni che precedono avvalorano la tesi della natura oggettiva della proroga tacita nel regolamento Bruxelles I *bis*, in linea con la lettera e le finalità dell'art. 26. Per negare la competenza del giudice adito, basta dunque il «mero fatto» dell'eccezione, senza che si debba, né si possa, procedere a un'indagine sulla volontà del convenuto, avuto riguardo all'ordine delle difese da lui proposte e del loro tenore testuale.

⁵² Accentuano la rilevanza dell'elemento volontaristico nell'ambito dell'attività difensiva del convenuto A. CARATTA, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, 28a ed., Torino, 2024, p. 106.

⁵³ Discorre della sussistenza di manifestazioni di volontà positive e negative S. SATTA, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁴ L'espressione è di C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁵ Così, P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 352.

All'orientamento ora riferito sembra aderire anche la Corte di cassazione nell'ordinanza in commento. Partendo dal presupposto che la società egiziana, nel sollevare l'eccezione di incompetenza, «aveva inequivocabilmente esplicitato la propria volontà» rispetto alla competenza giurisdizionale, la Corte ha negato che la contestuale proposizione della domanda riconvenzionale integrasse un'accettazione tacita della giurisdizione italiana, benché la convenuta non si fosse avveduta di subordinarla al mancato accoglimento dell'eccezione. Di fatto, le Sezioni unite hanno reputato decisivo il fatto puro e semplice della contestazione.

La circostanza che il Supremo Collegio si sia richiamato alla disciplina dettata dalla l. 218/1995, e non al regolamento Bruxelles I *bis*, non muta la portata delle conclusioni proposte. Molte delle soluzioni adottate nel regime di Bruxelles I sono transitate, almeno nella sostanza, nella legge italiana di diritto internazionale privato⁵⁶. L'affermazione sembra poter estesa al meccanismo della proroga tacita. Lo attesta l'art. 4 della legge, la cui formulazione, dove si parla di accettazione della giurisdizione, ricalca quella dell'art. 18 della convenzione di Bruxelles⁵⁷, predecessore dell'art. 26 del regolamento Bruxelles I *bis*. Sembra dunque corretto ritenere che la soluzione cui è giunta la Cassazione nella pronuncia in commento valga tanto nel contesto della legge di riforma quanto nell'ambito del regolamento Bruxelles I *bis*.

L'ordinanza in esame, intesa in questi termini, segnala una discontinuità rispetto ai precedenti orientamenti giurisprudenziali in materia, ove, come ricordato, si è tradizionalmente valorizzata la volontà del convenuto di «accettare» la giurisdizione, ricercandone elementi di riscontro nell'atto difensivo.

Un segnale di questa rimeditazione poteva, peraltro, scorgersi già nella ricordata pronuncia della Cassazione del 2020, richiamata, come visto, nell'ordinanza in commento⁵⁸. In quell'occasione la Corte di cassazione, pur esigendo che la domanda riconvenzionale risultasse subordinata all'eccezione, non ha richiesto, a tal fine, «l'adozione di particolari formule ed espressioni dedicate», laddove, nei precedenti del 1997⁵⁹ e del 2006⁶⁰, aveva più severamente precisato la necessità che il vincolo di subordinazione risultasse in via espressa.

Maura Lospalluti
Dottoressa in Giurisprudenza

⁵⁶ N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 96.

⁵⁷ Nel senso della continuità dei due strumenti normativi v., per tutti, C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 189, il quale ritiene che l'art. 18 della convenzione di Bruxelles costituisca la «matrice» dell'art. 4 della l. 218/1995.

⁵⁸ Sez. Un., 21 dicembre 2020, n. 29176.

⁵⁹ Sez. Un., 23 dicembre 1997, n. 13015.

⁶⁰ Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7035.



ENRICO FANESI

La trattazione e decisione delle domande connesse e riconvenzionali nelle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti nel nuovo art. 441 *bis* c.p.c.

L'articolo, muovendo dalle novità introdotte dalla riforma Cartabia in tema di controversie relative ai licenziamenti, esamina i profili afferenti alla trattazione e decisione con carattere prioritario delle cause aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti nelle quali è proposta domanda di reintegrazione nel posto di lavoro.

Lo studio si concentra, in particolare, sull'opportunità di garantire la trattazione congiunta della domanda principale di reintegrazione e di quelle connesse per pregiudizialità-dipendenza.

The essay aims to examine the new rules of dismissal procedure, introduced by the "Cartabia Reform", when worker claims the unlawful dismissal and reinstatement as an employee, which must be treated with priority over other issues.

Particular attention is given to the opportunity to decide together the question on reinstatement in the workplace and those connected for prejudicial-dependence.

Sommario: 1. Premessa; 2. La sorte delle domande diverse fondate su fatti costitutivi identici alla principale nel rito Fornero; 3. La trattazione e decisione delle domande connesse e di quelle riconvenzionali alla principale di reintegrazione nel nuovo art. 441 *bis* c.p.c.; 4. *Segue*: le domande connesse per pregiudizialità-dipendenza; 5. Rilievi conclusivi e prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa

Il nuovo art. 441 *bis* c.p.c., introdotto dal d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, perseguendo l'obiettivo di uniformare e coordinare la materia, assoggetta alla disciplina generale del rito del lavoro, assicurandone la trattazione e decisione con carattere prioritario, le cause aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti in cui sia stata proposta domanda di reintegrazione

nel posto di lavoro¹, sancendo il definitivo superamento del rito speciale accelerato, c.d. rito Fornero², introdotto dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, all'art. 1, commi 47° ss.

A ben vedere, già il d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23, recante «Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti», aveva previsto che le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di lavoratori assunti a tempo indeterminato dopo la data di entrata in vigore del decreto sarebbero state disciplinate dalla normativa ordinaria per le controversie di lavoro, mentre il cd. rito Fornero avrebbe continuato a regolare quelle relative all'impugnativa dei licenziamenti dei lavoratori in regime di tutele c.d. forti³ assunti prima del 7 marzo 2015.

Permaneva, dunque, la problematica della diversità dei riti applicabili in senso diacronico, già superata, viceversa, in materia di pubblico impiego⁴, dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 75 (c.d.

¹ In dottrina sulle novità in tema di controversie relative ai licenziamenti v. D. DALFINO, *Le controversie in materia di licenziamenti*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano, 2023, p. 469 ss.; A. D. DE SANTIS, *Il processo del lavoro e l'impugnazione del licenziamento*, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, in *Foro it.-Gli speciali*, 4/2022, Perugia, 2023, p. 277 ss.; Id., *I riflessi della riforma del processo civile del 2022 sul modello del processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 2023, p. 705 ss.; R. BOLOGNESI, *Controversie relative ai licenziamenti*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, p. 1101 ss.; A. MENGALI, *Controversie relative ai licenziamenti*, in *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. Cecchella, Bologna, 2023, p. 205 ss.; B. POLISENO, *I giudizi di impugnazione dei licenziamenti dopo la riforma Cartabia*, in *Giust. proc. civ.*, 2023, p. 1111 ss.; M. BOVE, *Modifiche processuali per le liti di lavoro nella riforma Cartabia*, in *DPCeOnline*, 2024, p. 465 ss.

² In merito all'ampia letteratura sviluppata sul rito Fornero v., senza pretese di completezza: G. BENASSI, *La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 749 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 351 ss.; Id., *Successivo o anche preventivo controllo di validità di un licenziamento?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 405 ss.; Id., *La conversione del rito Fornero in rito laburistico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, p. 607 ss.; Id., *Erronea scelta del rito nell'impugnazione del licenziamento: conseguenze e rimedi*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1382 ss.; R. CAPONI, *Rito processuale veloce per le controversie in tema di licenziamento*, in *Judicium online*; L. CAVALLARO, *Il processo del lavoro al tempo dei tecnici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 287 ss.; C. CONSOLO e D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, 729 ss.; D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Giust. proc. civ.*, p. 759 ss.; Id., *L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. "rito Fornero": questioni interpretative*, in *Foro it.*, 2013, V, p. 6 ss.; M. DE CRISTOFARO, G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanzialmente dimidiata*, in *Judicium online*; F.P. LUISO, *Il processo speciale per l'impugnazione del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 123 ss.; Id., *La disciplina processuale speciale della legge 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in *Judicium online*; F.P. LUISO, R. TISCINI e A. VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013; C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 349 ss.; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012, n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 339 ss.

³ V. F. P. LUISO, *Il procedimento di impugnazione dei licenziamenti in regime di tutela reale: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in *La nuova disciplina*, cit., p. 59.

⁴ Su cui v. Cass. 9 giugno 2016, n. 11868, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2363 ss., con nota di A. M. PERRINO; Trib. Roma, 30 settembre 2015, in *Lav. giur.*, 2016, p. 70 ss., con nota di M. A. GARZIA.

riforma Madia), che aveva escluso nelle ipotesi *de quibus* l'applicabilità dell'art. 18 St. lav. e, conseguentemente, del rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti⁵.

Nell'ottica di porre rimedio all'incertezza sul rito applicabile, il disegno di legge 1662/S/XVIII recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie»⁶ aveva esplicitato l'intento legislativo di unificare i procedimenti di impugnativa dei licenziamenti⁷. Successivamente, la legge delega per la riforma del processo civile n. 206 del 26 novembre 2021, all'art. 1, comma 11°, riprendendo le indicazioni del suddetto d.d.l., aveva demandato al legislatore delegato il compito di «unificare e coordinare la disciplina dei procedimenti di impugnazione dei licenziamenti, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, adottando le opportune norme transitorie, prevedendo che: a) la trattazione delle cause di licenziamento in cui sia proposta domanda di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro abbia carattere prioritario»⁸.

L'unificazione del sistema processuale delle impugnative dei licenziamenti, con conseguente abrogazione del rito Fornero anche in ambito privatistico⁹ (eccezion fatta per i procedimenti instaurati sino al 28 febbraio 2023)¹⁰ e l'abbandono del regime di coesistenza dei due diversi procedimenti¹¹ si è dunque compiuta con il d. lgs. n. 149/2022¹².

⁵ A. D. DE SANTIS, *Le controversie*, cit., p. 210; A. MENGALI, *La tutela contro i licenziamenti nel pubblico impiego. Profili sostanziali e processuali*, in *Judicium online*.

⁶ Il riferimento è all'art. 7 del d. l. 1662/S/XVIII, che disponeva: «Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il decreto legislativo che provvede all'unificazione dei procedimenti di impugnazione dei licenziamenti, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, è adottato nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) stabilire l'applicabilità della disciplina vigente a tutte le impugnazioni successive alla data di entrata in vigore del decreto legislativo medesimo, con conseguente superamento dell'applicazione della disciplina di cui all'articolo 1, commi da 47 a 66, della legge 28 giugno 2012, n. 92; b) stabilire altresì il carattere prioritario della trattazione delle cause di licenziamento e dettare l'opportuna disciplina transitoria».

⁷ Cfr. sul punto, A. D. DE SANTIS, *Cronaca di una morte annunciata. Il "lungo addio" del rito Fornero*, in *Lav. Dir. Eu.*, 3/2021, § 1.

⁸ Sul punto v. A. D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti: art. 1, comma 11*, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. Costantino, Bari, 2022, p. 209 ss.

⁹ Il d. lgs. n. 149/2022, all'art. 37, lett. e), sancisce espressamente l'abrogazione dell'art. 1, commi da 47 a 69, l. 28 giugno 2012, n. 92.

¹⁰ Il rito Fornero continuerà a trovare applicazione unicamente per i procedimenti instaurati sino al 28 febbraio 2023, secondo quanto disposto dalla disciplina transitoria di cui all'art. 35, d. lgs. n. 149/2022 (come modificato dall'art. 1 comma 380, l. n. 197/2022).

¹¹ Per riferimenti sul periodo di coesistenza dei due riti v. A. MENGALI, *Riflessioni sull'opportunità di un rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *Judicium online*, § 1, che osserva come il rito Fornero sia un rito «a scomparsa»; P. SANDULLI, *Il procedimento ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori alla luce della legge n. 92/2012 e delle normative sul Jobs act*, in P. Sandulli e A. M. Socci, *Il processo del lavoro*, Milano, 2016, p. 645 ss.

¹² Cfr. A. D. DE SANTIS, *I riflessi*, p. 708 s.

Nonostante la segnalata discontinuità rispetto alla l. n. 92/2012, l'intervento riformatore mantiene inalterato l'obiettivo di fondo della precedente legislazione, corrispondente ad una più celere definizione, mediante l'introduzione di un c.d. *fast track*, delle controversie relative a talune ipotesi di licenziamento, nelle quali è maggiormente avvertito il bisogno di tutela della posizione del prestatore di lavoro e la garanzia della continuità dell'impresa.

Il presente scritto intende approfondire, in particolare, la questione relativa alla possibilità che le eventuali domande connesse e riconvenzionali proposte nel procedimento di impugnativa siano trattate congiuntamente con la domanda principale di reintegra nel posto di lavoro.

La problematica si era già posta in sede di applicazione delle disposizioni del rito speciale c.d. Fornero, dal quale, pertanto, è opportuno prendere le mosse.

2. La sorte delle domande diverse fondate su fatti costitutivi identici alla principale nel rito Fornero

Come è noto, il rito speciale introdotto dalla l. n. 92/2012 consentiva il cumulo delle domande diverse da quella principale, avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento, unicamente se fondata su identici fatti costitutivi¹³.

La previsione era stata unanimemente criticata dalla dottrina, che evidenziava come fosse difficilmente concepibile una domanda, «diversa» rispetto a quelle testualmente ricondotte al rito, ma fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale¹⁴.

Si erano così ipotizzate alcune letture correttive, tradottesi in due distinti orientamenti, entrambi di portata più liberale rispetto alla lettera della norma.

Una prima impostazione aveva proposto di intendere la nozione come espressiva di una identità (soltanto) parziale dei fatti costitutivi, tale da ricomprendere, oltre a fatti costitutivi

¹³ Cfr. l'art. 1, comma 48°, l. n. 92/2012, il quale prevedeva che nel ricorso introduttivo della fase sommaria del procedimento di impugnativa del licenziamento non potessero proporsi domande diverse da quelle di cui al comma 47° della richiamata disposizione, salvo che fossero fondate sugli identici fatti costitutivi, nonché il successivo comma 51° che ribadiva, per la successiva ed eventuale fase di opposizione, il divieto alla proponibilità di domande diverse da quella principale che non fossero fondate «sugli identici fatti costitutivi» ovvero «svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti».

¹⁴ F. P. LUIO, *Il processo speciale*, cit., p. 130, l'A. sottolinea che «ipotizzare che vi possano essere domande «diverse» fondate su «identici fatti costitutivi» è un nonsense», in quanto vi possono essere domande identiche fondate su diversi fatti costitutivi (ciò accade ad esempio per i diritti eteroindividuati), ma non domande diverse fondate su identici fatti costitutivi; nello stesso senso R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in *La nuova disciplina*, cit., p. 105; M. DE CRISTOFARO e G. GIOIA, *op. cit.*, § 2. Le perplessità generate dalla norma erano del più acute dalla previsione di cui al successivo comma 56°, con cui era sancita la necessaria separazione della domanda riconvenzionale da quella principale, con eccezione del caso in cui la stessa fosse fondata su identici fatti costitutivi; l'ipotesi, come osservato da autorevole dottrina, era del tutto inattuabile, v. F. P. LUIO, *Il processo speciale*, cit., p. 130.

identici alla domanda di impugnativa del licenziamento, anche fatti ulteriori¹⁵, ritenendo proponibili, in via accessoria o gradata rispetto alla domanda d'impugnativa, l'eventuale risarcimento del danno ulteriore, ovvero il pagamento di differenze retributive e del t.f.r., conseguenti ad una diversa qualificazione del rapporto¹⁶.

Una differente lettura, interpretando la norma alla luce della sua *ratio* - *i.e.* favorire la celere delibazione della domanda di impugnativa - aveva escluso la possibilità di cumulare nel rito le domande potenzialmente foriere di appesantimenti dell'istruttoria o tali da determinare un ritardo nella decisione¹⁷, escludendo, ad esempio, il cumulo della domanda per il pagamento di differenze retributive ed ammettendo, viceversa, la proponibilità di quella subordinata di condanna al pagamento di quanto spettante nel caso di rigetto della domanda di reintegrazione (ad es. t.f.r. o indennità sostitutiva del preavviso).

Dal canto suo, la giurisprudenza aveva inizialmente privilegiato un'esegesi restrittiva, giungendo ad escludere la possibilità di trattare con il rito Fornero tutte le domande caratterizzate da una parziale coincidenza dei fatti costitutivi rispetto a quella di reintegrazione¹⁸. In concreto, erano state ritenute cumulabili, perché fondate su fatti costitutivi già interamente dedotti in giudizio con la domanda di impugnativa, le domande subordinate di pagamento del t.f.r. e dell'indennità di mancato preavviso¹⁹, mentre si erano valutate come estranee al rito specifico quelle relative all'inquadramento in un livello superiore, al pagamento delle differenze retributive²⁰, al risarcimento dei danni alla professionalità e alla salute derivanti dal preteso demansionamento²¹.

¹⁵ M. DE CRISTOFARO e G. GIOIA, *op. cit.*, § 2; I. PAGNI, *op. cit.*, 348; A. D. DE SANTIS, *Cronaca di una morte annunciata*, cit., § 2.

¹⁶ M. DE CRISTOFARO e G. GIOIA, *op. cit.*, § 2.

¹⁷ F. P. LUISO, *Il processo speciale*, cit., p. 131; nello stesso senso R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti*, cit., p. 105 s.

¹⁸ Sulle questioni interpretative poste dal rito Fornero v. *amplius* D. DALFINO, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, p. 153 ss.; *Id.*, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: aggiornamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, p. 3 ss.; *Id.*, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: le questioni ancora aperte*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 397 ss.; *Id.*, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: sul rapporto tra procedimento sommario, opposizione e mezzi di impugnazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 391 ss.

¹⁹ Cass. 16 febbraio 2017, n. 4118.

²⁰ V. Trib. Roma 18 dicembre 2014; Trib. Taranto 30 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, p. 673 ss., con nota di S. CALVIGIONI; in *Lav. giur.*, 2013, p. 587 ss.; Trib. Palermo 15 ottobre 2012, in *Lav. giur.*, 2013, p. 591 ss., entrambe annotate da S. SANTARONI, *Dentro e fuori dal cosiddetto "Rito Fornero"*; Trib. Roma 10 febbraio 2020, n. 1291, in *Judicium online*, con nota di E. FANESI, *Sorte delle domande formulate con il c.d. Rito Fornero non fondate sugli identici fatti costitutivi: inammissibilità o mutamento del rito*.

²¹ App. Bologna 6 marzo 2014.

Nel medesimo ordine di idee, in un primo momento, anche la domanda di tutela c.d. “debole” ex art. 8 l. n. 604/1966 era stata ritenuta estranea al modello processuale veloce delineato dalla l. 92/2012²².

Successivamente, tuttavia, la Suprema Corte, accogliendo la soluzione già anticipata dalla dottrina²³, aveva mutato il suo indirizzo e ritenuto proponibile la domanda in parola, in via subordinata, nelle forme del rito Fornero, stimando sufficiente, ai fini della trattazione congiunta, una sovrapposizione quanto meno parziale con i fatti costitutivi della domanda di impugnativa, sul presupposto che entrambe le pretese originerebbero dalla medesima vicenda estintiva del rapporto di lavoro²⁴.

Con riferimento, invece, alla sanzione per le domande accessorie erroneamente proposte nelle forme del rito Fornero²⁵, si contrapponevano²⁶ la tesi favorevole alla dichiarazione di

²² Trib. Milano 22 febbraio 2014; Trib. Bari 4 marzo 2014; Trib. Firenze 19 marzo 2014, n. 316; Cass. 10 agosto 2015, n. 16662. Muovendo da questa premessa comune, si registravano opinioni difformi nella giurisprudenza di merito in ordine alla sorte da riservare alla indebita proposizione congiunta, contrapponendosi le tesi della inammissibilità (Trib. Milano 22 febbraio 2014; Trib. Firenze 19 marzo 2014, n. 316; Cass. 10 agosto 2015, n. 16662) e della separazione delle domande, con conseguente conversione del rito per la richiesta subordinata di tutela obbligatoria (Trib. Bari 4 marzo 2014). In senso diverso v. però Trib. Roma 19 dicembre 2012. Sul tema v. *amplius* V. BERTOLDI, *Frazionamento dei giudizi nelle controversie in materia di licenziamento individuale (in particolare al tempo del c.d. Rito Fornero)*, in *Il processo del lavoro quarant'anni dopo*, a cura di R. Tiscini, Napoli, 2015, 92 ss.

²³ Trib. Bari 4 marzo 2014.

²⁴ I. PAGNI, *op. cit.*, p. 348 s., secondo l'A. l'attrazione della domanda al rito Fornero deriva sia dall'orientamento giurisprudenziale favorevole a riconoscere, nel caso di specie, un concorso di norme e non di diritti, sia dal doversi intendere la nozione di identici fatti costitutivi come identità parziale; D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti*, cit., p. 362 ss., il quale ritiene che non è possibile considerare domanda diversa la domanda di tutela debole ex art. 8 l. 604/1966; V. BERTOLDI, *Frazionamento*, cit., p. 85 ss., per la quale la soluzione fornita risultava peraltro idonea a scongiurare la pluralità di procedimenti, nonché il concreto rischio di un difforme accertamento sull'esistenza e sul modo di essere del rapporto fondamentale, dal quale erano originate le domande.

²⁵ Cass. 13 giugno 2016, n. 12094, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2750 ss., con nota di D. DALFINO, *Impugnazione del licenziamento, domanda subordinata di tutela obbligatoria e rito applicabile*, che muove dalla pronuncia Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, p. 704 ss., con note adesive di A. PROTO PISANI, *La prova del «requisito dimensionale» ex art. 18 l. 300/70: un «grand arrêt» delle sezioni unite*, e D. DALFINO, *La prova del «requisito dimensionale» ex art. 18 l. 300/70 al vaglio delle sezioni unite*; in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1437 ss., con nota critica di G. GUARNIERI, *Reintegrazione del lavoratore e requisito dimensionale: l'onere della allegazione e l'onere della prova secondo le S.U.*, secondo la quale la dimensione dell'impresa costituisce un fatto impeditivo del diritto soggettivo dedotto in giudizio, con onere della prova a carico del datore di lavoro. In conformità a tale orientamento v. Cass. 11 giugno 2018, n. 15084; [Cass. 27 febbraio 2020, n. 5406](#), in *Giur. it.*, 2020, p. 1949 ss., con nota di D. LONGO, *Conferme della Suprema corte sulla tutela ex art. 8, l. n. 604/1966 e il suo rapporto col rito Fornero*.

²⁶ Si ricorda che il problema continua a porsi per i procedimenti instaurati nelle forme del rito Fornero sino al 28 marzo 2023.

²⁷ V. sul punto A. MENGALI, *Controversie relative ai licenziamenti*, cit., p. 214 ss.; *Id.*, *Riflessioni*, cit., § 4; cfr. anche, in tema di errore nella scelta del rito, D. BUONCRISTIANI, *Erronea scelta del rito*, cit., p. 1382 ss.

inammissibilità²⁷ e quella che propendeva per la conversione del rito²⁸; soluzione, quest'ultima, da preferirsi tanto per ragioni di ordine teleologico, quanto in virtù di precisi indici sistematici²⁹.

Anzitutto, la tesi dell'inammissibilità si poneva in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, e, dunque, con l'esigenza di limitare la chiusura in rito del processo ai casi espressamente previsti³⁰. Sul piano sistematico, poi, un preciso indice a favore della possibilità di mutamento del rito poteva rinvenirsi negli artt. 426 e 427 c.p.c., nella prospettiva della loro applicazione estensiva, sul presupposto che il rito Fornero si configurava come una versione semplificata e connotata da tratti di specialità rispetto al modello del processo del lavoro³¹.

3. La trattazione e decisione delle domande connesse e di quelle riconvenzionali alla principale di reintegrazione nel nuovo art. 441 bis c.p.c.

L'art. 441 bis, comma 1°, c.p.c. disciplina, come anticipato, la trattazione e decisione con carattere prioritario delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti nelle quali sia proposta domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, rispetto alle altre pendenti sul ruolo del giudice. Il successivo comma 3° autorizza quest'ultimo (tenuto conto delle circostanze rappresentate nel ricorso) a ridurre i termini del procedimento sino alla metà, fermo restando che tra la data di notificazione del ricorso e quella dell'udienza dovrà intercorrere un termine non inferiore a venti giorni e che, in tal caso, la costituzione del resistente (o del terzo chiamato) sarà consentita fino a cinque giorni prima dell'udienza.

Sotto il profilo organizzativo³², per garantire la preminenza delle anzidette controversie, è previsto, ex art. 441 bis, comma 4°, c.p.c. che la trattazione e decisione si svolgano in

²⁷ Trib. Palermo 15 ottobre 2012; Trib. Roma 18 dicembre 2014; Trib. Milano, 25 ottobre 2012; Trib. Monza 7 agosto 2013.

²⁸ App. Bologna 6 marzo 2014; Trib. Taranto 30 novembre 2012; Trib. Roma, 21 febbraio 2013.

²⁹ In questo senso la dottrina maggioritaria, sebbene con sfumature diverse tra chi propendeva per l'applicazione analogica degli artt. 426 e 427 c.p.c. e chi dell'art. 4, d. lgs. n. 150/2011, v. in particolare, D. BUONCRISTIANI, *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, cit., p. 374; R. DONZELLI, *Le «nuove tutele» del lavoro. Dall'accertamento tecnico preventivo in materia di invalidità pensionabile al procedimento per la dichiarazione d'illegittimità del licenziamento*, in *Riv. dir. sic. soc.*, p. 271 ss., spec. p. 317 s.; F. P. LUISE, *Il processo speciale*, cit., p. 130 ss.; C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., p. 368 s.; P. SANDULLI, *Questioni di competenza e di rito*, in *Il processo del lavoro*, cit., p. 157 ss.;

³⁰ Il principio secondo cui il processo deve tendere ad una decisione di merito venne espresso in Corte cost. 16 ottobre 1986, n. 220; Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.* 2007, I, p. 1009, con nota di R. ORIANI; Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223.

³¹ V. in tal senso R. DONZELLI, *Le «nuove tutele» del lavoro*, cit., p. 317.

³² V. in tema il Resoconto del seminario promosso da Magistratura democratica sulla Riforma del processo civile, sul tema «Le controversie di lavoro» del 22 marzo 2023, disponibile in www.magistraturademocratica.it.

«particolari giorni, anche ravvicinati, nel calendario delle udienze»³³, e, in base al novellato art. 144 *quinquies* disp. att. c.p.c., che il presidente di sezione e il dirigente dell'ufficio giudiziario favoriscano e verifichino la trattazione prioritaria dei procedimenti³⁴. Inoltre, la disposizione da ultimo citata prescrive che «in ciascun ufficio giudiziario siano effettuate estrazioni statistiche trimestrali che consentono di valutare la durata media dei processi di cui all'articolo 441 bis del codice, in confronto con la durata degli altri processi in materia di lavoro»³⁵.

Il comma 4° dell'art. 441 *bis* c.p.c. si occupa poi della sorte delle domande connesse e riconvenzionali, affidando al giudice, nel corso dell'udienza di discussione, il compito di disporre – in relazione alle esigenze di celerità anche prospettate dalle parti – la loro trattazione congiunta con la domanda principale di reintegrazione nel posto di lavoro ovvero la loro separazione, assicurando «in ogni caso» (e cioè a prescindere dall'esito della

³³ Sul punto va osservato che la norma riproduce una prescrizione già contemplata dall'art. 1, commi 65° e 66°, l. n. 92/2012. La lettera dell'art. 441 *bis*, comma 4°, c.p.c., peraltro, non sembra incompatibile con la possibilità che, anziché giorni riservati esclusivamente alla trattazione di tale tipologia di controversie, siano individuati, nei giorni tabellarmente previsti per la trattazione delle cause di lavoro, apposite fasce orarie dedicate, a condizione che le scelte organizzative in concreto adottate siano tali da non frustrare o rendere più difficoltoso il conseguimento delle finalità acceleratorie perseguite dalla norma.

³⁴ Appare opportuno, inoltre, che la decisione in punto di trattazione prioritaria dei procedimenti sia affidata non solo alla valutazione dei singoli magistrati ed al dovere di autorganizzazione loro spettante, ma coinvolga l'intera sezione in un impegno gestionale alla cui esplicazione potrebbe risultare utile un raccordo con la cancelleria e con le articolazioni amministrative e di supporto dell'ufficio. In quest'ottica, un ruolo di fondamentale importanza potrebbe assumere l'Ufficio per il processo, da ultimo riordinato con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151; in questi termini v. D. DALFINO, *Le controversie*, cit., p. 474 ss. Sull'ufficio per il processo v., senza pretesa di completezza, F. AULETTA e S. RUSCIANO, *Ufficio per il processo*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Torino, 2023; R. CAPONI, *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, in www.questionegiustizia.it; M. BRUNIALTI, *L'ufficio per il processo*, in *La riforma del processo civile*, cit., p. 601 ss.; A. DI FLORIO, *L'ufficio per il processo*, in *La riforma della giustizia civile*, cit., p. 121 ss.; A. ALFIERI, *L'ufficio per il processo: una possibile rivoluzione culturale nell'organizzazione degli uffici giudiziari*, in *Giust. proc. civ.*, 2022, p. 1197 ss.; L. R. LUONGO, *Le funzioni degli «addetti» all'ufficio per il processo nel sistema della giustizia ordinaria*, in *Judicium online*; 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*; G. PARISI, *L'ufficio per il processo civile e l'ufficio del processo di esecuzione forzata dopo il d. lgs. n. 151/2022*, in *Riv. esec. forz.*, 2023, p. 681 ss.

³⁵ Come è noto, il moto riformatore della giustizia civile, che ha preso avvio con la l. 26 novembre 2021, n. 206, attuata poi con il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, è collocato nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) tra le modifiche orizzontali o di contesto, miranti ad introdurre innovazioni strutturali dell'ordinamento, tali da interessare tutti i settori di intervento del Piano; v. sul punto *Le misure per la Giustizia nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in www.temi.camera.it. In particolare, il PNRR individua nella lentezza in ordine alla realizzazione di azioni strutturali un limite al potenziale di crescita del nostro Paese e, al fine di perseguire l'obiettivo della riduzione del tempo del giudizio, prevede, da un lato, l'introduzione di riforme ordinamentali, da realizzare ricorrendo allo strumento della delega legislativa e, dall'altro, il potenziamento delle risorse umane e delle dotazioni strumentali e tecnologiche dell'intero sistema giudiziario. Sugli obiettivi del piano nazionale di ripresa e resilienza per la giustizia civile, v. *amplius* M. FABRI, *La giustizia civile nell'ambito del piano nazionale di ripresa e resilienza (pnrr)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 927 ss.

valutazione) la concentrazione della fase istruttoria e di quella decisoria in relazione alla domanda di reintegrazione»³⁶.

La previsione implica che, in caso di separazione, le domande connesse o riconvenzionali debbano seguire l'*iter* ordinario del processo del lavoro, mentre la permanenza del cumulo rende ragionevole ritenere che anche le suddette domande beneficino della corsia accelerata prevista per la domanda principale³⁷.

Il potere di disporre la separazione delle cause connesse non costituisce invero una novità nella disciplina codicistica, rientrando già nella prerogative del giudice per effetto delle disposizioni generali di cui agli artt. 103, comma 2°, e 104, comma 2°, c.p.c.³⁸.

La nuova norma non definisce, peraltro, quali siano i criteri di valutazione in base ai quali il giudice debba propendere per la trattazione congiunta delle eventuali domande connesse o riconvenzionali ovvero per la scissione del cumulo, limitandosi a prevedere, genericamente, che possa tener conto, in proposito, delle esigenze di celerità anche prospettate dalle parti³⁹.

4. Segue: le domande connesse per pregiudizialità-dipendenza

Se la novella merita di essere apprezzata per il definitivo superamento dell'infelice riferimento alla nozione di «identici fatti costitutivi»⁴⁰ legittimanti la proposizione di domande ulteriori, con i già citati strascichi interpretativi che hanno afflitto il rito Fornero, essa non sembra però dirimere le rilevanti problematiche applicative conseguenti alla possibile biforcazione del procedimento a valle del provvedimento di separazione⁴¹.

³⁶ Peraltro, nella Relazione al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, disponibile in www.gazzettaufficiale.it, p. 47, si ritiene che «L'introduzione di questi nuovi strumenti dovrebbe scongiurare la proliferazione di domande cautelari *ante causam*, anche in considerazione del fatto che la particolare celerità garantita dalle nuove disposizioni potrà essere valutata dal giudice in relazione al presupposto del *periculum in mora*».

³⁷ Cfr. D. DALFINO, *Le controversie*, cit., 476, il quale evidenzia che il tenore letterale della norma impedisce che il cumulo determini ritardi nella definizione dell'impugnativa accompagnata dalla domanda di reintegrazione.

³⁸ Peraltro, la giurisprudenza formatasi in tema di artt. 103, comma 2° e 104, comma 2° c.p.c. è chiara nell'affermare che l'esercizio in senso positivo o negativo del potere di separazione rientra nella discrezionalità del giudice, che è chiamato a valutare la sussistenza o meno dei requisiti per il *simultaneus processus*; v. Cass. 24 gennaio 2017, n. 1799; Cass. 5 agosto 2003, n. 11831, le quali chiariscono, peraltro, che l'esercizio del potere discrezionale del giudice di disporre la separazione delle domande è incensurabile in sede di legittimità; Cass. 15 aprile 1998, n. 3800, secondo cui il potere di separazione può essere oggetto di rivalutazione da parte del giudice di merito. Discrezionalità che, tuttavia, come si argomenterà nel prosieguo, dovrebbe arrestarsi, con conseguente divieto di separazione, in presenza di domande avvinte da un nesso di pregiudizialità-dipendenza, con l'unica eccezione della ritenuta infondatezza manifesta della domanda di reintegra.

³⁹ V. così D. DALFINO, *Le controversie*, cit., 476, secondo cui il giudice deve altresì tener conto di esigenze afferenti all'economia dei giudizi, in quanto la separazione delle cause moltiplica le sedi del contenzioso; B. POLISENO, *op. cit.*, p. 1123.

⁴⁰ In termini v. D. DALFINO, *Le controversie*, cit., p. 476; B. POLISENO, *op. cit.*, p. 1123.

⁴¹ Rileva tale aspetto A. MENGALI, *Controversie*, cit., p. 217.

Detto che la finalità perseguita dal legislatore, ossia quella di consentire una rapida trattazione e definizione delle domande di reintegrazione nel posto di lavoro, è senz'altro legittima, in quanto funzionale alla realizzazione del principio di ragionevole durata del processo, essa tuttavia non dovrebbe essere esasperata fino al punto di conculcare la possibilità di trattazione simultanea delle più domande cumulate, indipendentemente dal grado di connessione tra le stesse intercorrente⁴².

Dalla lettura della norma sembrerebbe, infatti, che l'unico criterio certo su cui deve basarsi il giudice per sciogliere l'alternativa trattazione congiunta/separazione sia quello sotteso alle esigenze di celerità del processo («anche prospettate dalle parti»).

Orbene, una tale prospettiva appare adeguata a fronte di domande avvinte da un nesso di connessione debole⁴³, ove difetta un'esigenza ineludibile di soluzione armonica delle varie cause.

Qualora, infatti, la domanda diversa da quella di impugnativa del licenziamento sia legata a quest'ultima da un vincolo di connessione meramente soggettiva o impropria, il giudice,

⁴² Il problema si era già posto in dottrina con riferimento al procedimento sommario di cognizione, specie prima della decisione della Consulta, Corte cost., 26 novembre 2020, n. 253, in *Judicium online*, con note di P. LICCI, *La Corte costituzionale e i nuovi(piu' ampi) confini del mutamento di rito nel procedimento sommario di cognizione*; e di P. SANDULLI e E. FANESI, *In tema di costituzionalità del rito sommario (nota a Corte Costituzionale 26 novembre 2020, n. 253)*; in *Il processo*, 2020, p. 951 ss., con nota di R. MARTINO e M. ABBAMONTE, *La Consulta interviene sulla inammissibilità della domanda riconvenzionale nel rito sommario di cognizione: prime riflessioni*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 312 ss., con nota di R. DONZELLI, *L'art. 702 ter, comma 2°, c.p.c., tra manifesta irragionevolezza e violazione del principio di proporzionalità*; in *Giur. it.*, 2021, p. 1618 ss., con nota di G. BASILICO, *La parziale illegittimità costituzionale dell'art. 702-ter, 2° comma, c.p.c.*; in *Studium Iuris*, 6/2021, p. 725 ss., con nota di M. ABBAMONTE, *Sulla illegittimità costituzionale dell'ordinanza di inammissibilità della domanda riconvenzionale ex art. 702-ter, comma 2, c.p.c.*; in *Giust. proc. civ.*, 2021, p. 161 ss., con nota di D. VOLPINO, *La Corte costituzionale e il rito sommario: ars interpretandi?*; in *Corr. giur.*, 2021, p. 685 ss., con nota di F. FARAMONDI, *Una sentenza manipolativa della Corte costituzionale: la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 702-ter, secondo comma, ultimo periodo, c.p.c.*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 551 ss., con nota di R. MARTINOLI, *La parziale illegittimità costituzionale dell'art. 702 ter, comma 2°, cod. proc. civ.: perduranti problemi a valle della pronuncia della Corte costituzionale*. In particolare, per l'impostazione prevalente il meccanismo delineato dall'art. 702 ter, comma 4°, c.p.c. (per cui il giudice, in caso di proposizione di domanda riconvenzionale necessitante di un'istruzione non sommaria doveva disporre il mutamento del rito) avrebbe dovuto trovare applicazione solo nel caso di connessione debole tra domanda principale e riconvenzionale e non anche in caso di connessione forte; v. in tal senso, S. MENCHINI, *L'ultima «idea» del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1025 ss., spec. p. 1029 s.; F. P. LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1568 ss., spec. p. 1569; L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1582 ss., spec. p. 1593.

⁴³ Si pensi alle ipotesi di connessione meramente soggettiva o di connessione oggettiva impropria o propria semplice. Cfr. sul punto M. BOVE, *Modifiche processuali*, cit., p. 468, secondo cui la separazione è ipotizzabile per situazioni avvicinabili ai casi che rientrano nell'art. 103 o nell'art. 104 c.p.c., norme nelle quali di separabilità si parla, in quanto il simultaneo processo risponde solo ad una esigenza di economia processuale.

nell'esercizio dei suoi poteri di *case management*⁴⁴, sarebbe libero di verificare se l'istruttoria relativa alla prima sia tale da ritardare o meno la decisione della controversia sul licenziamento, disponendo, nel primo caso, la separazione, mentre, nel secondo, la trattazione congiunta nelle forme accelerate⁴⁵.

Analoghe considerazioni spingono a ritenere preferibile la via della separazione della domanda riconvenzionale legata a quella principale di reintegra da un mero collegamento obiettivo (sufficiente secondo la prevalente giurisprudenza per l'ammissibilità del cumulo ex art. 36 c.p.c., sul presupposto che la riconvenzionale non ecceda la competenza del giudice adito per la principale⁴⁶).

Non altrettanto può dirsi, invece, allorché ricorra un'ipotesi di connessione c.d. "forte" per pregiudizialità-dipendenza, nel qual caso il cumulo tra domanda di reintegra e quelle connesse e riconvenzionali (cumulo che, come visto, deve avvenire nelle forme del c.d. *fast track*⁴⁷) dovrebbe rappresentare una logica conseguenza dell'esigenza del sistema di evitare giudicati contrastanti.

La tesi trova conforto, in chiave sistematica, nei meccanismi disciplinati dal codice di rito per evitare la separazione di domande connesse per pregiudizialità-dipendenza⁴⁸, da cui può arguirsi l'immanenza nel nostro ordinamento di un principio teso a favorirne la trattazione congiunta, specie se, come nel caso qui esaminato, le domande sorgano all'interno del medesimo processo.

Il riferimento è, anzitutto, all'art. 34 c.p.c., nella parte in cui disciplina l'ipotesi di decisione sulla questione pregiudiziale con efficacia di giudicato e la necessità di rimessione dell'intera causa, in difetto di competenza del giudice adito, al giudice superiore.

La soluzione qui prospettata dovrebbe operare tanto in caso di pregiudizialità tecnica quanto di c.d. pregiudizialità logica⁴⁹, rispetto alla quale si contrappongono in dottrina la posizione

⁴⁴ Sulle tecniche di *case management* v. M. DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 282 ss.; D. DALFINO, *Case management e ordine delle questioni*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, p. 847 ss.; B. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011; M. A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018; sia consentito altresì il rinvio a E. FANESI, *L'esercizio del case management nel processo civile riformato, tra principi generali e giudizio di primo grado nel rito ordinario e nel nuovo rito semplificato di cognizione*, in *Judicium online*.

⁴⁵ V. in tal senso le conclusioni cui era giunta parte della dottrina in riferimento alle domande connesse nel rito Fornero, *supra* § 2.

⁴⁶ V. per tutte Cass. 4 luglio 2006, n. 15271; Cass. 7 aprile 2006, n. 8207.

⁴⁷ V. *supra*, § 3.

⁴⁸ Cfr. in questi termini anche Corte cost. 26 novembre 2020, n. 253, cit.

⁴⁹ Afferente, come noto, al nesso intercorrente tra il rapporto giuridico complesso ed i singoli effetti che lo compongono.

favorevole all'applicazione *tout court* della disciplina dell'art. 34 c.p.c.⁵⁰, a quella di chi, viceversa, postula un'estensione automatica del giudicato all'antecedente logico necessario⁵¹. Nell'impossibilità di affrontare *funditus* il tema, basti in questa sede osservare come l'orientamento da ultimo ricordato, sostenuto anche dalla prevalente giurisprudenza⁵², che mira ad armonizzare il giudicato anche indipendentemente dalla proposizione di una domanda di parte o dalla previsione di legge, offre un ulteriore elemento a sostegno della tesi. Difatti, se in queste ipotesi va garantito un accertamento unitario, può argomentarsi *a fortiori* che la separazione dovrebbe essere esclusa nel caso di proposizione di esplicita domanda sul rapporto fondamentale (ad esempio, per quanto qui rileva e come si vedrà, sul rapporto di lavoro).

Nella medesima direzione si pone l'art. 295 c.p.c., che, da qualunque angolo visuale si guardi – sia muovendo dall'interpretazione più ampia che ne predica l'applicazione tanto nelle ipotesi di c.d. pregiudizialità esterna, quando le domande (dipendente e pregiudiziale) pendono in processi differenti, quanto di c.d. pregiudizialità interna, ove non sia possibile dare vita alla trattazione simultanea per ragioni di competenza inderogabile e di giurisdizione⁵³, sia accedendo alle tesi restrittive che circoscrivono la sospensione a quest'ultima fattispecie⁵⁴ –

⁵⁰ Per l'orientamento restrittivo, di matrice chiovendiana, v. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, rist. 1960, I, p. 332 ss., sebbene il sistema ivi delineato conosca dei correttivi per evitare una eccessiva frammentazione dei rapporti sostanziali unitari; L. MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 15 ss., spec. p. 36 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 215 ss., spec. p. 233 ss.

⁵¹ Per l'orientamento estensivo, che muove dalla terminologia e dalle considerazioni di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, p. 146 ss.; v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 87 ss.; *Id.*, *Il giudicato civile*, Torino, 2022, p. 81 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2023, p. 68 ss.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, 14 a ed., Milano, 2023, p. 170 ss. Tale impostazione presuppone, peraltro, che il giudice, per statuire sull'effetto, si sia dovuto occupare delle questioni concernenti l'esistenza, la validità e il modo d'essere del rapporto fondamentale.

⁵² Cass. 6 aprile 2021, n. 9264; Cass. 15 febbraio 2018, n. 3702; Cass. 28 novembre 2017, n. 28318; Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242; Cass. 9 aprile 2009; Cass. 3 febbraio 1999, n. 924; Sez. un., 14 giugno 1995, n. 6689.

⁵³ V. in questo senso E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano 1981, p. 189 ss.; *Id.*, *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 1 ss., spec. p. 7 ss.

⁵⁴ V. così F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 239 ss. Circoscrivono ancor più la fattispecie al solo ricorrere dell'ipotesi in cui l'accertamento incidentale del rapporto principale sia necessario per legge G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, p. 558 ss.; *Id.*, *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Giust. proc. civ.*, 2015, p. 633 ss.; *Id.*, *Le sezioni unite e la sospensione del processo civile: un'altra occasione persa*, in *Giust. proc. civ.*, 2021, p. 721 ss.; S. MENCHINI, *Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 36; *Id.*, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 689 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 6 a ed., Bari, 2023, p. 286 ss.

Va segnalato, in ogni caso, che in tema di ambito applicativo dell'art. 295 sussistono ulteriori posizioni rispetto a quelle già evidenziate. Il riferimento è, in particolare, a quella di chi limita la portata della norma ai soli casi in cui le situazioni sostanziali

esprime il *favor* del nostro ordinamento per l'armonia dei giudicati almeno nelle ipotesi in cui, come nel caso che ci occupa, la domanda di accertamento con efficacia di giudicato sulla causa pregiudiziale sia sorta all'interno del processo nato sulla domanda dipendente (nella nostra circostanza domanda di reintegra).

In linea con la soluzione prospettata risulta, inoltre, la previsione di cui all'art. 337, comma 2°, c.p.c., là dove attribuisce al giudice del giudizio sulla causa pregiudicata il potere di sospenderlo qualora, nel corso del processo, venga invocata l'autorità di una sentenza sul rapporto pregiudiziale, oggetto di impugnazione, e non ritenga di poggarsi su detta autorità⁵⁵. Infine, in senso ostativo alla parcellizzazione dei procedimenti conduce il meccanismo delineato dagli artt. 40 e 274 c.p.c. Questi, infatti, consentono di evitare la sospensione quando, ex art. 40 c.p.c., la causa pregiudicata e quella pregiudicante pendano dinanzi a uffici giudiziari diversi, la connessione sia eccepita dalle parti o rilevata d'ufficio non oltre la prima udienza e le controversie si trovino nella stessa fase processuale; ovvero, ex art. 274 c.p.c., quando più procedimenti relativi a cause connesse pendano dinanzi a giudici diversi all'interno

connesse per pregiudizialità-dipendenza siano oggetto di processi separati, pendenti di fronte a giudici diversi, v. così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1945, p. 239; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 247 ss.; e quella di chi applica l'art. 295 alle ipotesi in cui il giudicato in via di formazione in un giudizio sia destinato a produrre effetti riflessi nel giudizio dipendente, sempre che non sia possibile per le due cause il simultaneo processo voluto dall'art. 34 c.p.c., L. MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 385 ss.

⁵⁵ Anche in riferimento a questa norma si contrappongono in dottrina differenti soluzioni. Una prima posizione è favorevole all'interpretazione espansiva della sospensione facoltativa, applicando la disposizione all'ipotesi in cui pendono due giudizi in relazione di pregiudizialità e sul rapporto pregiudiziale è già stata pronunciata sentenza, anche non passata in giudicato, sicché la norma farebbe riferimento a tutte le impugnazioni sia ordinarie sia straordinarie, v. così V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 304 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 291 ss.; Id., *Sentenza e cosa giudicata*, cit., p. 7 ss. Altra tesi sostiene, invece, che la sospensione discrezionale può essere disposta solo quando nel corso del processo viene invocata l'autorità di una sentenza passata in giudicato, sicché la norma riguarderebbe unicamente le impugnazioni straordinarie, v. così F. CIPRIANI, *op. cit.*, p. 292 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, cit., p. 558 ss.; Id., *La sospensione del processo civile per pregiudizialità*, cit., p. 633 ss.

In giurisprudenza, le sezioni unite si sono pronunciate, anche di recente, in senso favorevole alla prima soluzione articolata in dottrina. In particolare, v. Sez. un. 29 luglio 2021, n. 21763; Sez. un. 19 giugno 2012, n. 10027. Quest'ultima pronuncia ha affermato che, quando tra due giudizi esiste un rapporto di pregiudizialità e quello pregiudicante è stato definito con sentenza non passata in giudicato, il giudizio pregiudicato può essere sospeso ex art. 337, comma 2°, c.p.c. e non ex art. 295 c.p.c., che esaurisce i suoi effetti nel momento in cui nel processo sul rapporto pregiudiziale sopravviene la sentenza di primo grado, suscettibile di impugnazione, salvi soltanto i casi in cui la sospensione del giudizio sulla causa pregiudicata sia imposta da una specifica disposizione di legge ed in modo che debba attendersi che sulla causa pregiudicante sia pronunciata sentenza passata in giudicato. La successiva decisione n. 21763/2021 ha dato continuità all'orientamento inaugurato con la citata sentenza n. 10027/2012, specificando che l'art. 297, 1° comma, c.p.c. non è di ostacolo ad una riassunzione del processo sospeso prima che la sentenza sul rapporto pregiudiziale sia passata in giudicato, in quanto esso non indica il passaggio in giudicato come momento in cui deve cessare l'arresto, ma semplicemente come *dies a quo* per la decorrenza del termine di riassunzione del processo, pena l'estinzione dello stesso ex art. 307 c.p.c. Tra le pronunce conformi v. Cass. 20 gennaio 2015, n. 798; Cass. 18 dicembre 2014, n. 26731; Cass. 29 luglio 2014, n. 17235.

dello stesso ufficio giudiziario e si trovino nella medesima fase processuale. Per mezzo di tali disposizioni, dunque, si può giungere alla riunione dei più processi separati, realizzando *ex post* quel processo simultaneo che l'art. 34 c.p.c. consente di realizzare *ab origine*⁵⁶.

L'evidente intento delle citate disposizioni è dunque quello di garantire, in caso di sussistenza di un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra cause, la trattazione congiunta e/o l'accertamento unitario, impedendo, per ragioni di armonia di giudicati, la scissione del cumulo, specie qualora le domande siano formulate all'interno del medesimo processo.

L'immanenza del principio innanzi enucleato è stata evidenziata anche dalla Corte cost. nella sentenza n. 253/2020⁵⁷, là dove, nel sancire l'illegittimità costituzionale dell'art. 702 *ter*, comma 2°, ultimo periodo, c.p.c., ha sottolineato che in caso di connessione per pregiudizialità-dipendenza tra domanda riconvenzionale e principale, la trattazione separata condurrebbe ad ineluttabili inconvenienti, sino al rischio estremo del conflitto di giudicati e che la preclusione assoluta del diritto della parte (convenuto) ad un processo simultaneo non è compatibile con il diritto di azione e difesa⁵⁸.

Nel caso di specie, se è vero che non sussiste una preclusione assoluta e a monte, in quanto il giudice non è obbligato a disporre la separazione delle domande connesse per pregiudizialità-dipendenza⁵⁹, va osservato, nondimeno, che il criterio di valutazione previsto dalla norma appare inappagante nella parte in cui fa affidamento su mere esigenze di celerità senza tenere in alcun conto l'intensità della connessione sussistente tra le domande.

Nella direzione sostenuta in questa sede, del resto, si è mosso il legislatore della riforma nel prevedere, con l'art. 281 *duodecies*, 1° comma, c.p.c. la necessità di trattazione congiunta della domanda principale e di quelle riconvenzionali o nelle forme del rito semplificato o, qualora non ricorrano i presupposti dell'art. 281 *decies* c.p.c., del rito ordinario⁶⁰. In siffatte ipotesi, dunque, la volontà di evitare la frammentazione dei giudizi si traduce nella previsione per cui le domande (principale e riconvenzionale) debbano seguire un unico rito e risulta a tal punto pregnante da prescindere (almeno testualmente) dall'indagine circa il nesso di dipendenza tra le domande.

⁵⁶ V. in questo senso F. P. LUIO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 248 ss.

⁵⁷ Corte cost., 26 dicembre 2020, n. 253, cit.

⁵⁸ In tal modo ad avviso della Corte è significativamente leso il diritto di difesa del convenuto costretto a proporre separatamente, dinanzi al medesimo tribunale, la propria domanda riconvenzionale, pur pregiudiziale a quella proposta dal ricorrente nelle forme del procedimento sommario di cognizione, e a confidare nel funzionamento di meccanismi di raccordo eventuali e successivi.

⁵⁹ A. MENGALI, *Controversie*, cit., p. 217 s.

⁶⁰ Il passaggio al rito ordinario per entrambe le domande dovrebbe essere disposto in caso di assenza dei presupposti per la trattazione nelle più celeri forme del rito semplificato ovvero qualora il giudice ritenga complessa la lite o l'istruttoria.

Ebbene, il perseguimento dell'obiettivo innanzi descritto avrebbe consigliato di imporre la trattazione congiunta della domanda principale e di quelle connesse e riconvenzionali anche nel procedimento accelerato per l'impugnativa dei licenziamenti, quantomeno nel caso in cui quest'ultime siano pregiudiziali a quella di reintegra.

Sul piano pratico si pensi all'ipotesi in cui, a fronte di un affitto di ramo di azienda (con acquisizione del personale, *ex art. 2112 c.c.*) e della successiva retrocessione alla cedente del personale, il lavoratore impugni (*ex art. 441 bis c.p.c.*) il licenziamento irrogato dalla società cedente (divenuta retrocessionaria) che abbia inteso recedere dal rapporto di lavoro nascente dal contratto stipulato tra il lavoratore e la società cessionaria. La società cedente (e retrocessionaria) convenuta, potrebbe allora, in via riconvenzionale, chiedere la declaratoria di nullità del contratto intercorso tra il lavoratore e la società cessionaria e/o la simulazione e, quindi, l'inefficacia dello stesso⁶¹.

Ulteriore caso potrebbe sussistere qualora, a fronte di una cessione del ramo d'azienda e conseguente licenziamento intimato dalla cessionaria al lavoratore, quest'ultimo, unitamente alla domanda di reintegrazione, proponga domanda di nullità della cessione.

In queste ipotesi andrebbe esclusa la possibilità di separare le cause, anche se ciò apparisse giustificato da esigenze di celerità, in quanto l'obiettivo di pervenire ad una rapida definizione della domanda di reintegra confligge con il concreto rischio di giudicati difformi (e così di un eventuale ordine di reintegra che sia travolto dalla declaratoria di nullità del contratto) traducendosi, del più, in una indebita compressione delle garanzie difensive delle parti, e in particolare del convenuto, nel caso in cui la domanda riconvenzionale, seppur pregiudiziale, venga posposta e definita in tempi più lunghi.

Come anticipato, analoghe conclusioni non dovrebbero seguirsi in caso di domande connesse o riconvenzionali che non siano legate alla principale da un nesso di pregiudizialità-dipendenza.

Ad esempio, le domande del lavoratore relative al pagamento di differenze retributive o all'inquadramento in un livello superiore, ovvero al risarcimento dei danni per demansionamento, proposte cumulativamente alla principale di reintegrazione, potrebbero essere trattate sia congiuntamente sia separatamente⁶², senza il rischio di giudicati contrastanti sull'esistenza e sul modo di essere del rapporto fondamentale.

⁶¹ Il caso si è posto nella vigenza del rito Fornero, il riferimento è a Trib. Taranto 30 novembre 2012; in particolare in quella sede il Tribunale si era concentrato sulle questioni relative alla proponibilità nella fase sommaria del rito Fornero di domande riconvenzionali, nonché all'ammissibilità, in quella sede, di domande aventi ad oggetto il pagamento di somme e differenze retributive.

⁶² Invero, si è già visto come le domande relative al pagamento di differenze retributive sono state ritenute estranee al periodo applicativo del rito Fornero, v. *supra*, § 2.

Analogo discorso dovrebbe valere, nella prospettiva del datore di lavoro, per la domanda riconvenzionale finalizzata al risarcimento danni e ripetizione di somme, nonché per quella relativa alla violazione del patto di non concorrenza.

In questo caso la soluzione dipenderà essenzialmente dalla complessità dell'istruttoria sulla domanda connessa o riconvenzionale e, quindi, il giudice dovrà valutare se le stesse siano tali da ritardare o meno la decisione della controversia sul licenziamento, disponendo, nel primo caso, la separazione e, nel secondo, la trattazione congiunta.

Da ultimo, può affermarsi che il *simultaneus processus* andrebbe garantito anche in caso di pregiudizialità processuale, schema nel quale può farsi rientrare l'ipotesi della domanda di tutela obbligatoria ex art. 8 l. n. 604/1966, proposta in via subordinata rispetto alla domanda principale di reintegra, di cui si chieda la delibazione nel solo caso di rigetto di quest'ultima: in siffatta ipotesi si configurerebbe un c.d. cumulo condizionale in senso proprio, mediante il quale l'attore mira ad ottenere un risultato (riassunzione o tutela indennitaria) sostitutivo (anche se non equivalente) rispetto a quello perseguito con la pronuncia di reintegra⁶³.

Ebbene, la domanda di tutela obbligatoria non potrebbe conservare il suo carattere condizionale ove venisse successivamente fatta oggetto di un processo distinto da quello relativo alla domanda principale di reintegra, con la conseguenza che una separazione delle cause potrebbe considerarsi ammissibile solo ad opera della concorde volontà delle parti nel senso della soppressione del vincolo di condizionalità⁶⁴.

Pertanto, la necessità di trattare congiuntamente le cause deriva anche da evidenti ragioni di economia dei giudizi, visto che entrambe le pretese troverebbero fondamento nella medesima vicenda estintiva del rapporto di lavoro, e, dunque, sarebbe sufficiente lo svolgimento di un'unica attività istruttoria⁶⁵.

Del resto, la giurisprudenza ha chiarito a più riprese che la domanda di concessione della tutela reale contiene implicitamente anche quella di tutela obbligatoria, e, pertanto, non viola il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato la sentenza con la quale il giudice, ritenendo carenti le condizioni per l'operatività della prima, condanni il datore di lavoro (nel

⁶³ V. in tema C. CONSOLO, *Il Cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985; Id. *Il Cumulo condizionale di domande*, II, *Il procedimento*, Padova, 1985; Id., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2023, p. 7 ss.; e, di recente, A. VILLA, *La graduazione delle questioni di merito*, Torino, 2023.

⁶⁴ Cfr. sull'esclusione della possibilità di separare la domanda introdotta in via condizionale C. Consolo, *Il Cumulo condizionale di domande*, II, *Il procedimento*, cit., p. 709 s.

⁶⁵ Cfr., infatti, la giurisprudenza emersa in materia di rito Fornero (da ultimo Cass. 27 febbraio 2020, n. 5406, là dove si afferma che la domanda di tutela obbligatoria di cui all'art. 8 l. n. 604/1966 è fondata sugli stessi fatti costitutivi dell'azione volta ad ottenere la tutela reale ai sensi dell'art. 18 St. lav.: la(pre)esistenza di un rapporto di lavoro e l'illegittimità del licenziamento impugnato; mentre il requisito dimensionale dell'impresa non integra un fatto costitutivo, ma impeditivo della domanda del lavoratore).

nostro caso seguendo le forme accelerate di cui all'art. 441 *bis* c.p.c.) alla riassunzione o alla corresponsione al lavoratore dell'indennità di cui all'art. 8 l. n. 604/1966⁶⁶.

Se, quindi, anche in difetto di espressa proposizione, la domanda di tutela obbligatoria (da ritenersi implicitamente ricompresa in quella di tutela reale) verrebbe comunque trattata nelle forme accelerate ex art. 441 *bis* c.p.c., non diversamente dovrebbe essere regolata, per elementari ragioni di simmetria, l'ipotesi della esplicita formulazione della stessa in via subordinata.

5. Rilievi conclusivi e prospettive *de iure condendo*

La tenuta del principio innanzi descritto non pare cedere di fronte alla suggestiva obiezione secondo cui la soluzione favorevole alla trattazione congiunta delle domande connesse nelle forme accelerate si presterebbe a condotte potenzialmente strumentali del ricorrente, indotto a proporre comunque la domanda di reintegra (pur se *ictu oculi* infondata), cumulandola con domande relative ai diversi livelli di tutela conseguibili, al solo scopo di fruire della corsia privilegiata⁶⁷.

Invero, in siffatta ipotesi, al giudice non resterebbe impedito un vaglio preliminare sulla manifesta infondatezza della domanda di reintegra e, all'udienza di discussione della causa⁶⁸, potrebbe pronunciare una sentenza non definitiva di rigetto della suddetta domanda, emettendo un contestuale provvedimento di prosecuzione del giudizio in relazione alle altre domande, da trattarsi nelle forme del processo del lavoro ordinario, venuta meno la *vis attractiva* della (pretestuosa) domanda di reintegra.

In tal caso, infatti, il rigetto della domanda principale non assorbirebbe l'esigenza di esaminare nel merito le subordinate afferenti ai diversi livelli di tutela⁶⁹, che perderebbero, però, il beneficio della corsia accelerata.

⁶⁶ Cass. 13 giugno 2016, n. 12094; Cass. 9 settembre 1991, n. 9460.

⁶⁷ Prospettano tale problematica A. D. DE SANTIS, *I riflessi*, cit., p. 709; ID., *Il processo del lavoro e l'impugnazione del licenziamento*, cit., p. 278; M. BOVE, *Modifiche processuali*, cit., p. 467.

⁶⁸ Udienza disciplinata dall'art. 420 c.p.c., che, come noto, nelle intenzioni del legislatore del 1973 avrebbe dovuto configurarsi come unica, consentendo l'espletamento di un ampio spettro di attività, da compiersi in tre fasi in cui la stessa è in concreto frazionabile; tuttavia la regola è stata intesa in senso tendenziale e quasi completamente disattesa dalla prassi, che ha configurato una serie di ipotesi in cui è opportuno e finanche necessario disporre un rinvio, v. sul punto F. P. LUIO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, p. 164 ss.; L. MONTESANO e R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, p. 161 ss.; G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro* Milano, 1999, p. 124 ss; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistematiche e problematiche*, II, Torino, 2008, p. 266, che individua tali ipotesi nell'ammissione e assunzione di prove costituenti, ovvero di prove nuove; nella chiamata in causa di un terzo o nell'integrazione necessaria del contraddittorio; nella richiesta di un termine per il deposito di note difensive ex art. 429, comma 2, c.p.c.

⁶⁹ Cfr. in tema C. CONSOLO, *Il Cumulo condizionale di domande*, II, *Il procedimento*, cit., p. 711, per il quale, peraltro, (v. nt. 92), la decisione della principale in questi casi non potrebbe avvenire con sentenza definitiva e contestuale provvedimento di

Peraltro, non sembrerebbe potersi escludere che il ricorrente, che abbia proposto in via meramente pretestuosa la domanda di reintegra, al solo fine di lucrare la trattazione secondo la corsia privilegiata, incorra nel rischio di una eventuale pronuncia, contestuale al rigetto immediato della domanda di reintegra, di condanna ai sensi dell'art. 96 c.p.c.⁷⁰.

In conclusione, la trattazione separata di domande connesse (e riconvenzionali) per pregiudizialità-dipendenza, pur astrattamente consentita dall'art. 441 *bis*, comma 4°, c.p.c., va ritenuta in contrasto con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale di sistema, implicando, altresì, notevoli inconvenienti pratici: è auspicabile, pertanto, che la disposizione sia interpretata nel senso che si è provato a suggerire nel testo, ossia come volta a garantire la trattazione (e decisione) congiunta delle anzidette domande unitamente a quella principale di reintegrazione, secondo le forme della "corsia preferenziale" tratteggiata dalla norma.

Enrico Fanesi
Dottore di ricerca

separazione ex art. 279, comma 2°, n. 5), c.p.c., in quanto la pronuncia sulla principale non basta a ritenere non più condizionata la decidibilità nel merito delle domande condizionate, per cui occorrerebbe il passaggio in giudicato della decisione non assorbente sulla resa sulla principale; qualora, viceversa, la decisione sulla principale avvenga con sentenza definitiva di un processo ormai distinto andrebbe persa la possibilità di assicurare un coordinamento tra le decisioni.

⁷⁰ V. in questi termini, D. DALFINO, *Le controversie in materia di licenziamenti*, cit., p. 473, nt. 7.



GIORGIO GIUSEPPE POLI

Vizi del deposito telematico e decadenze processuali: la violazione della disciplina tecnica, tra irregolarità e rimessione in termini

Il contributo affronta il tema dei vizi del deposito telematico, in caso di inosservanza della disciplina tecnica di settore, muovendo dall'analisi di una recente pronuncia della Corte di cassazione. Individuato lo scopo del deposito e ricostruiti i relativi vizi alla stregua di mera irregolarità, lo scritto cerca di fornire le possibili soluzioni applicative, suggerendo un più parsimonioso ricorso all'istituto della rimessione in termini, anche alla luce del nuovo regime introdotto nell'art. 46 disp. att. c.p.c. dalla riforma di cui al d.lg. n. 149/2022

The paper faces the issue of defects in electronic filing, in case of non-compliance with the technical regulations of the sector, starting from the analysis of a recent ruling by the Court of Cassation. Having identified the purpose of the deposit and reconstructed the related defects as simple irregularities, the paper attempts to provide possible practical solutions, suggesting a more parsimonious use of the institution of reinstatement, also in light of the new regime introduced, in the art. 46 disp. att. c.p.c., from the reform of the Legislative Decree n. 149/2022

Sommario: 1. I vizi del deposito telematico in una recente pronuncia della Corte di cassazione; 2. Difformità dal modello "legale" di riferimento e funzione obiettiva dei requisiti prescritti dalle c.d. "specifiche tecniche" del processo telematico; 3. Lo scopo del deposito (telematico) e la sua mera irregolarità in caso di difetto di requisiti non indispensabili; 4. I possibili esiti del deposito irregolare: il potere di regolarizzazione e l'improprio ricorso all'istituto della rimessione in termini; 5. Un appunto sul nuovo regime connesso all'inosservanza delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico dell'atto processuale nella riforma del processo civile

1. I vizi del deposito telematico in una recente pronuncia della Corte di cassazione

La questione processuale scrutinata da Cass. 6 maggio 2024, n. 12090 è, pur nella sua semplicità, paradigmatica delle delicate intersezioni tra ipotesi di imperfetto compimento di un atto del processo e regime delle decadenze processuali, alle quali il minuzioso tecnicismo delle attività di gestione telematica del processo ha dato nuova linfa.

Essa merita pertanto di essere brevemente ricostruita, quale occasione per svolgere alcune riflessioni sul tema più generale appena indicato.

Il ricorrente per cassazione effettua, tempestivamente, il deposito telematico della memoria illustrativa in vista dell'adunanza in camera di consiglio (v. art. 380 *bis*.1, comma 1, c.p.c.). A causa di un errore materiale, da lui commesso in fase di inserimento dei dati necessari per la predisposizione del deposito telematico (mediante il *software* di "redazione atti" utilizzato

dagli avvocati) – nella specie consistito nella errata indicazione del numero di ruolo generale del procedimento¹ - la memoria confluisce all'interno di un fascicolo informatico diverso da quello pertinente, relativo ad altra controversia pendente presso la medesima sezione della Corte. Il deposito telematico errato supera, dunque, i controlli previsti dal sistema informatico ministeriale e viene accettato dalla cancelleria (ma inserito nel fascicolo informatico di altro giudizio). Accortosi dell'errore, il ricorrente provvede ad effettuare, a termini ormai scaduti, un secondo deposito, formulando contestuale istanza di rimessione in termini.

La Corte, valorizzando l'orientamento maturato su questione contigua, relativa al deposito telematico eseguito su un registro informatizzato di cancelleria errato (ad es. volontaria giurisdizione anziché affari contenziosi²), qualifica il vizio alla stregua di una mera irregolarità, sul duplice presupposto che manca una espressa comminatoria di nullità del vizio in questione e che può dirsi in concreto raggiunto lo scopo del deposito (telematico), identificabile nella presa di contatto tra parti e ufficio giudiziario e nella possibilità che l'atto risulti consultabile dalle controparti³, una volta che sia stato inserito nei registri informatizzati dell'ufficio, a seguito della generazione della c.d. "ricevuta di avvenuta consegna" del deposito (da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della Giustizia)⁴. Quale argomento *ad*

¹ Il provvedimento in commento non parla espressamente di errata indicazione del numero di R.g., ma è questa la tipologia di errore che sembra desumibile dalla ricostruzione dei fatti, in base alla quale il depositante avrebbe «effettuato il deposito all'interno di altro fascicolo telematico».

² V. Cass. 12 maggio 2022, n. 15243; Cass. 24 ottobre 2022, n. 31371 entrambe richiamate nella motivazione della pronuncia di cui nel testo e attinenti alla fattispecie del deposito telematico effettuato presso un registro di cancelleria diverso da quello pertinente (volontaria giurisdizione anziché affari contenziosi, nel primo caso, contenzioso anziché lavoro, nella seconda ipotesi), nel senso che va accolta l'istanza di rimessione in termini formulata dal depositante, posto che l'errore che affligge il deposito integra una mera irregolarità, difettando una espressa comminatoria di nullità e potendo comunque dirsi raggiunto lo scopo dell'attività di deposito (consistente nella presa di contatto tra parte e ufficio giudiziario e nella conoscibilità dell'atto ad opera delle controparti e del giudice) una volta che l'atto depositato sia stato comunque inserito nei registri informatizzati dell'ufficio giudiziario. Esattamente in termini, benché non richiamata, v., più recentemente, Cass. 13 ottobre 2023, n. 28545, *Dir. internet*, 2024, 67, con nota di COLAROCO E IZZO (sempre in tema di errata individuazione del registro informatico in fase di deposito telematico).

³ Nel senso che lo scopo del deposito (anche se telematico) sia da identificarsi con quello ricordato nel testo, v. già Cass. 12 maggio 2016, n. 9772, in *Guida dir.*, 2016, 26, 36, con nota di PISELLI; in *Corr. giur.*, 2016, 1282, con note di ASPRELLA, PUCCIARIELLO che ha pertanto ritenuto meramente irregolare (e non viziato di nullità) il deposito eseguito per via telematica, anziché con modalità cartacee, dell'atto introduttivo del giudizio (nella specie atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo), in un sistema normativo (antecedente alla modifica dell'art. 16-bis d.l. 179/2012) in cui non era ancora espressamente autorizzata dalla legge la facoltà di deposito digitale degli atti introduttivi; nello stesso senso Cass. 4 novembre 2016, n. 22479, in *Diritto e giustizia*, 2016, 13 con nota di LEVERONE; Cass. 9 giugno 2017, n. 14523; Cass. 23 gennaio 2019, n. 1717.

⁴ È noto che sia la normativa primaria (v. art. 196 *sexies* disp. att. c.p.c., introdotto dal d.leg. n. 149/2022) che la disciplina tecnica di settore in materia di processo civile telematico (v. art. 13, comma 2, d.m. n. 44/2011 e art. 14 del provvedimento D.g.s.i.a. del 16 aprile 2014 e ss.mm.ii.) consentono di ricollegare ancora oggi, sebbene a costo di una operazione di ricucitura interpretativa del sistema, il perfezionamento anticipato del deposito telematico al momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della Giustizia (le disposizioni della

adiuvandum, la Corte soggiunge che l'errore del deposito commesso nella specie, a cagione del quale l'inserimento della memoria nel pertinente fascicolo informatico è avvenuto oltre la scadenza dei termini perentori fissati dalla legge per il deposito dell'atto, non ha comunque arrecato alcun pregiudizio al diritto di difesa⁵, non essendo previsto dalla legge, nel giudizio di legittimità, uno spazio di replica della controparte avverso l'altrui memoria illustrativa.

legge primaria e delle regole tecniche prevedono oggi, testualmente, che il deposito telematico «si ha per avvenuto nel momento in cui è generata la conferma del completamento della trasmissione secondo quanto previsto dalla normativa anche regolamentare concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici», ma tale locuzione - diversa dalla formulazione dell'abrogato art. 16, comma 7, d.l. 179/2012 (che faceva invece espresso riferimento alla «ricevuta di avvenuta consegna») - non sposta il momento temporale rilevante ai fini della tempestività del deposito a mezzo PEC, essendo animata dalla sola finalità di rendere compatibile il precetto normativo con la possibile futura apertura a meccanismi di deposito eseguito mediante caricamento diretto degli atti su portale *on line* (c.d. *upload*): cfr. POLI G.G., *La riforma del processo digitale: notificazioni e depositi*, in *La riforma del processo civile* a cura di DALFINO, Padova, 2022, 66.). Il procedimento di deposito telematico non si esaurisce, tuttavia, con il «completamento della trasmissione» e, quindi, con la generazione della ricevuta di avvenuta consegna, ma prevede l'emissione di due ulteriori ricevute di sistema (v. art. 14, commi 4 e ss., provvedimento D.g.s.i.a. del 16 aprile 2014, cit.): quella attestante l'esito dei controlli automatici (c.d. 3^a ricevuta) effettuati dal gestore dei servizi telematici sulla busta di deposito e riportante eventuali anomalie riscontrate, codificate secondo la loro diversa tipologia e gravità (WARN, anomalia non bloccante; ERROR, anomalia bloccante, ma lasciata alla determinazione dell'ufficio ricevente, che può decidere di forzare l'accettazione o rifiutare il deposito; FATAL, eccezione non gestita o non gestibile dal sistema), nonché quella attestante l'esito definitivo, di accettazione o rifiuto, del deposito telematico, a seguito dell'intervento manuale dell'operatore di cancelleria dell'ufficio giudiziario ricevente (c.d. 4^a ricevuta), sulla base di quanto rilevato dai controlli automatici ministeriali. Solo a seguito della generazione di quest'ultima ricevuta ("Esito controlli manuali"), in caso di accettazione del deposito, l'atto risulta visibile nel fascicolo informatico di causa e dunque è consultabile dal giudice e dalle controparti del depositante.

Non è condivisibile dunque quanto tralaticciamente affermato nella pronuncia di Cass. 12090/2024 (oggetto delle riflessioni di cui al presente contributo) circa il fatto che l'inserimento dell'atto nei registri informatici dell'ufficio giudiziario e il conseguente raggiungimento dello scopo del deposito possano dirsi acquisiti già con la generazione della suddetta ricevuta di avvenuta consegna. Tale ricevuta è, come detto, emessa prima e al netto dei controlli (automatici, da parte del Ministero, manuali, ad opera della cancelleria e postumi da parte del giudice) sui requisiti di forma-contenuto del deposito e dell'atto giudiziario ed ha la funzione di attestare soltanto il perfezionamento anticipato, a fini temporali, del deposito (che «si ha per avvenuto», come recita non casualmente l'art. 196 *sexies*, comma 1, disp. att. c.p.c., in virtù di una *fiction iuris*), al fine di sollevare il depositante dal rischio di eventuali ritardi dovuti ai tempi di accettazione della cancelleria. Posto però che alcuni errori del deposito possono (quando l'atto processuale o l'attività di deposito risultino privi dei requisiti indispensabili al raggiungimento dello scopo) determinare il legittimo rifiuto dello stesso da parte della cancelleria, precludendone così l'inserimento nel fascicolo informatico di causa, non pare corretto sostenere che il raggiungimento dello scopo possa dirsi sempre raggiunto con la sola generazione della seconda ricevuta (di avvenuta consegna), fermo restando (come si dirà meglio *infra*) che le ragioni dell'eventuale rifiuto della cancelleria restano sempre sindacabili dal giudice, con conseguente possibilità di accettazione postuma o rinnovazione. Per l'enunciazione del principio secondo cui soltanto con l'accettazione del deposito da parte della cancelleria si consolida l'effetto anticipato e provvisorio di cui alla seconda PEC e l'atto viene dunque caricato sul fascicolo informatico, divenendo visibile alle controparti v. in giurisprudenza, tra le prime, Cass. 8 novembre 2019, n. 28982; nonché, da ultimo, Cass. 2 maggio 2024, n. 11706.

⁵ In tale precisazione della Corte (del tutto ultronea nella prospettiva della ritenuta mera irregolarità del deposito) vi è una chiara eco del discutibile principio di elaborazione pretoria (enunciato anche con riferimento alle questioni inerenti al processo civile telematico: cfr. Sez. Un., 18 aprile 2016, n. 7665, in tema di notifica telematica di un atto in formato ".doc" anziché ".pdf") della c.d. necessaria offensività delle nullità processuali, secondo cui la eventuale denuncia di vizi fondati sulla

Viene pertanto accolta l'istanza di rimessione in termini formulata dal ricorrente.

2. Difformità dal modello “legale” di riferimento e funzione obiettiva dei requisiti prescritti dalle c.d. “specifiche tecniche” del processo telematico

La soluzione adottata dalla Corte (in linea con i suoi precedenti pronunciamenti in senso antiformalistico su fattispecie analoghe) merita convinta adesione nella parte in cui ha ritenuto ammissibile, nonostante l'imperfezione del deposito telematico, la memoria tardivamente pervenuta nel fascicolo informatico di causa. Non altrettanto può dirsi con riferimento al percorso motivazionale seguito per giustificare tale soluzione, emblematico, a nostro avviso, di un non corretto inquadramento della questione sul piano delle categorie generali della invalidità degli atti processuali.

Si deve partire dalla preliminare (e forse ovvia) constatazione secondo cui il deposito di un atto processuale che, nell'era del processo analogico, si soleva inquadrare tra le attività materiali prive di contenuto volitivo autonomo e si considerava improntato ad una sostanziale fungibilità delle modalità di compimento⁶, è divenuto, nel sistema del processo telematico, un adempimento denso di prescrizioni formali (le ben note regole e specifiche tecniche del

pretesa violazione di norme di rito non tutela l'interesse all'astratta regolarità del processo, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte, sicché è destinata all'inammissibilità l'eventuale censura con cui la parte si limiti a lamentare il vizio processuale, senza contemporaneamente allegare e/o dimostrare la lesione del proprio diritto di difesa. In argomento v., tra i contributi monografici più recenti, R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, 156 ss. Per un parziale superamento di tale principio v., in giurisprudenza, la fondamentale Sez. Un., 25 novembre 2021, n. 36596, in *Foro it.*, 2022, I, 117 ss., con nota di V. CAPASSO; in *Giur. it.*, 2023, 1308 ss., con nota di F. FRADEANI; in *Giustiziasieme.it*, 4 gennaio 2022, con nota di B. CAPPONI; *ibid.*, 15 febbraio 2022, con nota di P. BIAVATI; in *Riv. dir. proc.*, 2022, 546 ss., con nota di F. AULETTA; *ibid.*, 556 ss., con nota di R. DONZELLI; *ibid.*, 571 ss., con nota di M. STELLA; in *Giusto processo civ.*, 2022, 191 ss., con nota di VOLPINO (secondo cui il ricorrente che denunci la nullità della sentenza d'appello deliberata prima della scadenza, o in difetto della concessione, dei termini per il deposito degli scritti conclusivi non ha alcun onere di allegare e/o provare la concreta lesione subita, l'offensività risultando intrinseca alla violazione del contraddittorio, di cui deve viceversa essere assicurata l'effettività durante tutto il corso del processo).

Con riferimento al processo telematico, si è condivisibilmente affermato comunque che un eventuale pregiudizio del diritto di replica della parte (conseguente all'errore del deposito telematico e originato dal tardivo inserimento dell'atto nel fascicolo informatico) sarebbe peraltro risolvibile mediante la concessione della rimessione in termini in favore della parte pregiudicata, senza implicare la necessità di una pronuncia di nullità del deposito: cfr., anche se a proposito di altra fattispecie di irregolarità telematica, G. BALENA, *Riflessioni minime circa l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti e dei documenti*, in *Giusto processo civ.*, 2016, 605.

⁶ In questo senso v. Sez. Un., 4 marzo 2009, n. 5160, *Foro it.*, 2010, I, 587, con nota di richiami, che ha, su tali presupposti, ritenuto valida la costituzione effettuata (dinanzi al giudice di pace) mediante atto spedito a mezzo della posta tradizionale (anziché mediante deposito fisico in cancelleria), in quanto l'invio degli atti di costituzione secondo tale modalità, pur se non consentita dalla legge, può raggiungere comunque lo scopo che è proprio del deposito mediante la presentazione al cancelliere, se questi, una volta riscontrata la presenza degli atti di cui all'art. 319 c.p.c., non si rifiuta di procedere all'inserimento nel fascicolo: pertanto, la circostanza che non vi sia stato un deposito mediante contatto diretto fra il depositante e il cancelliere degrada a mera irregolarità priva di effetti sui successivi atti processuali.

processo civile telematico) suscettibili di condizionare il buon esito dell'attività. Non sembra contestabile pertanto che tale attività vada sussunta entro la categoria degli atti processuali e, in particolare, tra quelli a forma vincolata, tenendo conto che la legge prescrive espressamente l'osservanza di forme determinate per il suo assolvimento (v. art. 196 *quater*, comma 3, disp. att. c.p.c.), benché ne rinvi la precisa individuazione alla disciplina tecnica di settore⁷.

Ogni difformità dal modello "legale" di riferimento - che in questo caso è, dunque, un modello spurio, in cui la normativa primaria rimanda ad una disciplina regolamentare del Ministero della giustizia che, a sua volta, demanda la fissazione dei requisiti tecnico-formali del deposito telematico ad un provvedimento dirigenziale di rango ulteriormente subordinato⁸ - non può

⁷ La disposizione richiamata nel testo prescrive che il deposito con modalità telematiche sia effettuato nel rispetto della «normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici». Il riferimento è anzitutto alla disciplina generale (in tema di valore giuridico del documento informatico, della sua sottoscrizione e trasmissione) contenuta nel d.leg. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. Codice dell'amministrazione digitale) nonché, più specificamente, alla disciplina dettata in tema di processo civile telematico (c.d. "regole" e "specifiche" tecniche del p.c.t.: rispettivamente d.m. n. 44/2011 e provvedimento D.g.s.i.a. del 16 aprile 2014 e ss.mm.ii.), la cui applicazione prioritaria in materia di deposito degli atti nel processo civile è assicurata dallo stesso codice dell'amministrazione digitale, nella parte in cui fa salve le disposizioni concernenti il deposito degli atti e dei documenti in via telematica specificamente dettate nella normativa, anche regolamentare, in materia di processo telematico (v. art. 20, comma 1-*quater*, d.leg. n. 82/2005, cit.). Nel senso che le prescrizioni formali dettate per il compimento del deposito telematico facciano emergere la natura di vero e proprio atto processuale di quest'ultimo cfr. E. MANZO, *Gli atti processuali*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di G. RUFFINI, Milano, 2019, 155. Tali requisiti concorrono a definire una (nuova) nozione di forma degli atti processuali depositati telematicamente secondo L.P. COMOGLIO, *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestioni evolutive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, III, 958; in senso conforme P. PUCCIARIELLO, *Obblighi di deposito telematico: tra nuovi formalismi e regole di validità degli atti processuali*, in *Corr. giur.*, 2016, 1295. A conferma del rilievo secondo cui l'attività di deposito degli atti possa ricondursi alla categoria dell'atto processuale per il quale sono prescritti requisiti di forma basti il rinvio a E. REDENTI, *Atti processuali civili*, voce dell'*Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 118, secondo cui «La forma può riguardare poi i modi e mezzi di espressione del pensiero, perché talvolta può esser richiesta la forma scritta, tal altra la forma orale [...]. Altra categoria di forme concerne il modo di far pervenire gli atti recettizi ai loro destinatari».

⁸ In estrema sintesi: l'art. 196 *quater*, comma 3, disp. att. c.p.c. rinvia all'art. 13, comma 1, d.m. n. 44/2011, secondo cui gli atti e i documenti in forma di documento informatico possono essere trasmessi con modalità telematiche, nel rispetto delle "specifiche tecniche" stabilite dall'articolo 34; l'art. 14 di tali specifiche tecniche (adottate della Direzione generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia, con provvedimento del 16 aprile 2014 e successive modifiche e integrazioni) detta le regole tecnico-formali ai fini dell'effettuazione del deposito telematico degli atti processuali e dei documenti ad opera dei difensori delle parti (e degli altri soggetti c.d. "abilitati esterni"). Sulla frammentazione del sistema delle fonti del processo telematico e sulle conseguenze derivanti dall'inosservanza delle prescrizioni dettate a livello della disciplina regolamentare e sub-regolamentare di settore cfr. A.D. DE SANTIS, *La metamorfosi (kafkiana) del processo telematico*, in *www.questionegiustizia.it*, § 2.; nonché, *si vis*, G.G. POLI, *Il sistema delle fonti del processo civile telematico*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1021; ID., *Il processo civile telematico e il dialogo tra le sue fonti*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto*, cit., 23 ss.

che essere valutata pertanto alla luce dello statuto generale dei vizi formali, *ergo* delle regole dettate in tema di nullità ex artt. 156 e ss. c.p.c.

Un problema di (in)validità del deposito telematico può porsi non soltanto qualora, a fronte dell'ormai indiscriminato obbligo di deposito di atti processuali e documenti in modalità esclusivamente telematica (v. art. 196 *quater*, comma 1, disp. att. c.p.c.), il deposito venga erroneamente eseguito in modalità analogica⁹, ma anche nelle ipotesi in cui risultino violate quelle prescrizioni formali dettate (nella disciplina tecnica innanzi richiamata) ai fini della redazione dell'atto in forma di documento informatico e del conseguente compimento del procedimento di deposito telematico dell'atto stesso (o di un documento allegato)¹⁰.

Con maggiore aderenza al tema oggetto del provvedimento che ha costituito l'occasione delle presenti riflessioni, si consideri che (come ben noto ai pratici) il depositante ha l'onere di inserire nel sistema informatico ministeriale, con l'ausilio di una apposita maschera di compilazione integrata nel *software* utilizzato per l'effettuazione del deposito telematico (cd. "redattore atti"), una serie di informazioni necessarie a consentire che l'atto depositato (anche quando successivo alla costituzione in giudizio della parte) sia instradato verso il corretto fascicolo di causa (tra queste, esemplificativamente: l'indicazione delle parti, dell'ufficio giudiziario, del numero di ruolo del procedimento, del tipo di atto, del tipo di registro, del tipo di ruolo, del valore, materia/oggetto della controversia): queste informazioni concorrono a formare il c.d. file "Datiatto.xml", automaticamente generato dall'applicativo informatico sulla base dei dati inseriti e congiunto all'atto giudiziario all'interno della cd. busta telematica di deposito inviata dal difensore all'ufficio giudiziario di destinazione¹¹.

Merita ricordare, a questo proposito, che l'art. 46, comma 4, disp. att. c.p.c., nella versione novellata dal d.leg. n. 149/2022, aveva affidato al Ministro della Giustizia il compito di definire

⁹ Naturalmente, al di fuori delle ipotesi in cui sia eccezionalmente ordinato o autorizzato dal giudice il deposito degli atti con modalità non telematiche (v. art. 196 *quater*, commi 1 cpv. e 4, c.p.c.). Per la disamina della questione di cui al testo e delle relative conseguenze, in caso di rifiuto o accettazione del deposito da parte della cancelleria, si veda recentemente V. BERTOLDI, *Gli atti del processo civile*, in AA.VV., *Diritto processuale civile* a cura di G. RUFFINI, Bologna, 2023, 243 s. Nel senso che la sanzione per l'inosservanza dell'obbligo di deposito in modalità esclusivamente telematica degli atti nel giudizio di legittimità debba identificarsi con l'improcedibilità del ricorso per cassazione o con l'inammissibilità del controricorso (erroneamente depositati in formato cartaceo) v. rispettivamente Cass. 20 aprile 2023, n. 10689; Sez. Un., 24 luglio 2023, n. 22074; e, nel secondo senso, Sez. Un., 5 dicembre 2023, n. 33959.

¹⁰ Per una rassegna dei possibili vizi del deposito telematico, con particolare riferimento agli errori commessi dal depositante nella fase di confezionamento della c.d. "busta telematica" di deposito v. P. CALORIO, *Conseguenze processuali di alcuni casi di errore materiale nel deposito telematico*, in www.pergliavvocati.it. Il problema non sembra porsi invece per i provvedimenti del giudice, non perché essi vadano esenti dal rispetto di precise formalità ai fini della corretta esecuzione del deposito con modalità telematiche (v. infatti l'art. 16 del provvedimento D.g.s.i.a. del 16 aprile 2014 e ss.mm.), quanto piuttosto perché essi non sono tradizionalmente subordinati al compimento entro termini decadenziali, con la conseguenza che un eventuale errore nel deposito può essere rimediato senza limiti di tempo.

¹¹ V. in particolare l'art. 14 delle specifiche tecniche del p.c.t.

(con decreto da adottarsi, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense¹²) «gli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l’inserimento delle informazioni nei registri del processo»¹³: il Ministro vi ha provveduto con il d.m. 7 agosto 2023, n. 110, il cui art. 8 prevede che gli atti giudiziari redatti in forma di documento informatico sono corredati dalla compilazione di «schemi informatici conformi alle specifiche tecniche» del processo civile telematico e che in tale provvedimento dirigenziale sono altresì rinvenibili le informazioni strutturate nonché tutti i dati necessari per l’elaborazione degli schemi dell’atto da parte del sistema informatico ricevente.

Il decreto ministeriale ha dunque sostanzialmente eluso il compito affidatogli, smarcandosi dal compito di introdurre quella rigida modellizzazione degli atti giudiziari che era stata non infondatamente paventata in virtù delle disposizioni della legge delega¹⁴, e limitandosi a rinviare ai requisiti formali (di redazione e deposito degli atti in modalità digitale) già fissati dalla disciplina tecnica di settore anteriormente vigente.

¹² Questa procedimentalizzazione è apparsa, sin da subito, in evidente contrasto con la modalità prescritta dalla legge (v. art. 4, comma 1, d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito con modificazioni dalla l. 22 febbraio 2010, n. 24) per l’adozione delle regole tecniche in materia di processo civile telematico, la definizione delle quali è sempre rimessa al Ministero della Giustizia, ma di concerto con il Ministero per la pubblica amministrazione e l’innovazione, sentito il Centro nazionale per l’informatica nella pubblica amministrazione e il Garante per la protezione dei dati personali.

¹³ La l. 26 novembre 2021, n. 206 (di delega al Governo per la riforma del processo civile) aveva affidato all’esecutivo (art. 1, comma 17, lett. d) il compito di «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 raggiungimento del loro scopo, nel rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità, stabilendo che sia assicurata la strutturazione di campi necessari all’inserimento delle informazioni nei registri del processo, nel rispetto dei criteri e dei limiti stabiliti con decreto adottato dal Ministro della giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense; e) prevedere il divieto di sanzioni sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell’atto, quando questo ha comunque raggiunto lo scopo, e che della violazione delle specifiche tecniche, o dei criteri e limiti redazionali, si possa tener conto nella disciplina delle spese». Secondo G. FICHERA, *Il processo civile telematico*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia* a cura di A. DIDONE – F. DE SANTIS, Vicenza, 2023, 107 vi sarebbe difformità tra legge delega (che si riferisce solo alla «strutturazione di campi necessari per inserire le informazioni nei registri del processo») e il decreto delegato che, nel riscrivere l’art. 46 disp. att. c.p.c., ha affidato al Ministero anche la definizione degli schemi informatici degli atti giudiziari, «che è all’evidenza altra cosa». Va tuttavia sottolineato che, in effetti, un riferimento allo «schema informatico dell’atto» è presente anche nella legge delega (v. art. 1, comma 17, lett. e), sebbene al solo fine di escludere sanzioni sulla validità degli atti in caso di inosservanza delle specifiche tecniche in materia.

¹⁴ Appare dunque, per ora, scongiurato lo scenario della modellizzazione degli atti processuali, da redigersi secondo rigorosi *format*, mediante riempimento di campi informatici predefiniti, per giunta a dimensione vincolata: ciò che avrebbe determinato una manifesta lesione dei diritti di azione, difesa e contraddittorio delle parti, prontamente denunciata da G. SCARSELLI, *I punti salienti dell’attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, in www.giustiziainsieme.it, § 2. Sulla configurabilità di tale rischio alla luce del tenore del criterio di delega contenuto nella l. n. 206/2021 cfr. G.G. POLI, *La digitalizzazione del processo*, in *La riforma della giustizia civile* a cura di G. COSTANTINO, Bari, 2022, 96 s.; nonché (nelle more tra l’emanazione del d.leg. 149/2022 e l’adozione del d.m. n. 110/2023) G. IACONO, *Art. 121. Libertà di forme. Chiarezza e sinteticità degli atti*, in *Commentario alla riforma del processo civile* a cura di F. SANTANGELI, Napoli, 2023, 31.

Nonostante il paludato linguaggio utilizzato nelle disposizioni appena ricordate, si può ritenere con ragionevole affidamento che le informazioni strutturate e i dati necessari per l'elaborazione degli atti (*rectius* del loro schema informatico) – affidate in ultima analisi alla potestà regolamentare della Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della Giustizia (D.g.s.i.a.) - altro non siano che quei dati di corredo all'atto processuale informatico prima richiamati (oggetto, valore, generalità delle parti, tipo di atto, numero di ruolo, registro, ecc.)¹⁵ che il mittente ha l'onere di inserire in fase di elaborazione del deposito telematico di un atto processuale (destinate a confluire nel file DatiAtto.xml)¹⁶, al fine di veicolarlo nel giusto fascicolo (informatico) e, più in generale, di rendere possibile la corretta catalogazione dei dati delle singole controversie a fini statistici e organizzativi da parte del Ministero.

Riservando al prosieguo l'analisi del regime normativo oggi specificamente riservato all'ipotesi dell'inosservanza della disciplina tecnica di settore (v. *infra* § 5.), può osservarsi che la funzione obiettiva di tali requisiti¹⁷ appare, dunque, in via di prima approssimazione, quella di assicurare il funzionamento tecnico e la corretta alimentazione dei sistemi informatici predisposti dal Ministero della giustizia per la ricezione degli atti trasmessi telematicamente: una funzione esterna all'atto processuale oggetto di deposito, in sé considerato, e che nulla aggiunge alla sua riconoscibilità e intelligibilità del suo contenuto argomentativo-difensivo o, men che meno, alla riconducibilità dello stesso al suo autore.

3. Lo scopo del deposito telematico e la sua mera irregolarità in caso di difetto di requisiti non indispensabili

¹⁵ Nel senso che l'indicazione di tali informazioni sia affidata alla parte depositante, al fine di evitarne l'inserimento manuale a cura dell'operatore di cancelleria nei registri informatici dell'ufficio giudiziario cfr. E. CONSOLANDI, *Il fascicolo informatico*, in *Libro dell'anno del diritto* (2015), Roma, 2015, 496.

¹⁶ Anche il linguaggio utilizzato nel regolamento ministeriale sembra riecheggiare quello utilizzato nelle specifiche tecniche del p.c.t., il cui art. 12 lett. e) prevede che l'atto del processo in forma di documento informatico, da depositare telematicamente presso l'ufficio giudiziario «è corredato da un file in formato XML, che contiene le informazioni strutturate nonché tutte le informazioni della nota di iscrizione a ruolo, e che rispetta gli XSD riportati nell'Allegato 5; esso è denominato DatiAtto.xml ed è sottoscritto con firma digitale o firma elettronica qualificata».

¹⁷ Nel senso che lo «scopo» dell'atto processuale, anche ai fini dell'indagine sulla eventuale indispensabilità oppure mera utilità del requisito formale di volta in volta prescritto per il suo compimento, debba essere identificato con la funzione oggettiva e astratta dell'atto e non con il fine soggettivo e concreto del soggetto che lo pone in essere v., *ex multis*, E. REDENTI, *Atti processuali civili*, voce dell'*Enc. dir.*, cit., 124; C.A. GIOVANARDI, *Sullo scopo dell'atto processuale in relazione alla disciplina della nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 270 ss.; R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali – I) Diritto processuale civile*, voce dell'*Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 3; F. AULETTA, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 176 ss.; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali civili*, Torino, 2012, 403; C. BESSO, *Della nullità degli atti*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da S. CHIARLONI, Bologna, 2016, sub art. 156 c.p.c., 697; nonché, con riferimento al giudizio penale, P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, 28 ss.

Poste tali premesse, nessun dubbio che il vizio formale del deposito evocato all'inizio del presente contributo – consistito nell'avere il depositante inserito un numero di ruolo errato nella maschera di compilazione del predetto file "Dati.Atto.xml" in fase di preparazione del deposito – integri una mera imperfezione non viziante, classificabile alla stregua di semplice irregolarità del deposito telematico (come correttamente statuito sul punto dalla richiamata Cass. 12090/2024).

Stride infatti con i principi di legalità e di effettività della tutela giurisdizionale che il mero errore materiale commesso dal depositante nell'inserimento dei dati necessari per il funzionamento dei sistemi informatici – errore che, nel sistema del deposito analogico, sarebbe risultato del tutto innocuo ed emendabile con un tratto di penna del cancelliere – possa inficiare *ex se* la validità del deposito telematico.

Per un verso, è ragionevole dubitare che requisiti essenziali dell'atto possano essere validamente fissati dalla disciplina tecnica di rango subordinato¹⁸, anziché dal codice di rito; per altro verso, vi è che le informazioni strutturate che costituiscono "lo schema informatico" dell'atto da depositare (tra le quali, appunto, l'indicazione del numero di ruolo) possono rilevare, come visto, sul piano della funzionalità e speditezza del p.c.t., ma non può dirsi che concorrano al perfezionamento dello scopo tipico del deposito.

Oggi, come ieri, tale scopo va identificato infatti (non nel mero soddisfacimento della natura digitale, quanto piuttosto) nell'attitudine a consentire che l'atto depositato si inserisca validamente nella sequenza procedimentale, rendendo possibile la decifrabilità del suo contenuto e l'esercizio del contraddittorio¹⁹: la modalità telematica non ha, in altri termini, snaturato la funzione tipica assegnata al deposito degli atti processuali, perché essa non è che un mezzo (alternativo a quello analogico) per garantire il medesimo (e tradizionale) fine della presa di contatto con l'ufficio giudiziario e della messa a disposizione dell'atto depositato alle controparti processuali²⁰.

¹⁸ In ordine alla necessità che i requisiti formali essenziali per il raggiungimento dello scopo debbano essere previsti all'interno della disciplina codicistica v. N. SOTGIU, *Il deposito telematico*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto*, cit., 252. Nel senso che l'interpretazione e l'applicazione delle regole processuali non possano essere operate in base a meri criteri di operatività tecnico-informatica cfr. F. PEDRONI – Y. FERA, *Il perfezionamento del deposito telematico nel pct. Analisi critica tra norme e giurisprudenza*, in www.ilcaso.it.

¹⁹ Cfr. A. PROTO PISANI, *Note sulle sanatorie retroattive nel processo civile*, *Foro it.*, 2011, V, 313 ss., secondo cui lo scopo dei singoli atti processuali si identifica nel consentire agli altri soggetti del processo di esercitare quei poteri processuali che la norma processuale attribuisce loro nel segmento di procedimento che segue il compimento dell'atto considerato; in senso conforme v. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 414.

²⁰ In giurisprudenza v., oltre alle pronunce di legittimità già richiamate *supra* alle note 2 e 3, anche Trib. Milano, 3 febbraio 2006, n. 1432 In dottrina, v. A. BONAFINE, *L'atto processuale telematico*, Napoli, 2017, 279 ss.; nonché Id., *Annotazioni sullo scopo dell'atto processuale e la sua essenza: tra insegnamenti tramandati e nuove pressanti esigenze*, in www.juidicium.it, §

L'assunto, talora semplicisticamente prospettato dalla giurisprudenza di merito²¹, secondo cui l'errata indicazione del numero di ruolo (ma il ragionamento potrebbe evidentemente estendersi ad altri vizi del deposito telematico) impedendo l'immediata acquisizione dell'atto nel fascicolo informatico appropriato, integrerebbe il difetto di un requisito indispensabile per il raggiungimento dello scopo appare pertanto il frutto di un evidente errore di prospettiva: l'errata indicazione del dato richiede, sì, un minimo intervento correttivo della cancelleria (su cui grava comunque, si ricordi, la responsabilità della tenuta dei fascicoli: v. art. 58 c.p.c.), ma non preclude affatto che il deposito assolva alla sua funzione tipica di far pervenire all'ufficio giudiziario un atto "lavorabile" dalla cancelleria e pienamente comprensibile dal giudice e dalle controparti.

Dell'inoffensività della violazione rispetto al prodursi della fattispecie materiale cui è preordinato il deposito (telematico) è prova d'altronde proprio la richiamata disciplina tecnica del p.c.t., alla cui stregua il vizio in esame («Numero di ruolo non valido») è inquadrato tra le c.d. anomalie di tipo "Error" del procedimento di deposito²², che non impediscono (ed anzi imporrebbero²³) alla cancelleria di accettare l'atto, segnalando ogni informazione utile al giudice, al quale deve restare riservata ogni valutazione sulle conseguenze giuridiche dell'errore.

In sintesi, il deposito telematico compiuto con errata indicazione del numero di ruolo non integra una fattispecie di nullità - a valle della quale resterebbe nondimeno da interrogarsi sul possibile verificarsi di una causa di convalidazione per raggiungimento dello scopo (v. art. 156, comma 3, c.p.c.) e/o sull'efficacia (eventualmente retroattiva) della rinnovazione dell'atto invalido in rapporto ad una eventuale decadenza già maturata²⁴ – per la semplice ragione che

5 nel senso della insussistenza di uno scopo telematico dell'atto processuale, tale per cui l'inosservanza delle regole tecniche di settore ne decreti automaticamente l'ontologica inidoneità al raggiungimento dello scopo.

²¹ Cfr., ad esempio, Trib. Milano, 8 ottobre 2015, in motivazione.

²² Cfr. la codifica puntuale degli errori del deposito telematico, consultabile nell'area pubblica del portale dei servizi telematici (www.pst.giustizia.it), in virtù di quanto previsto dall'art. 14, comma 8, delle specifiche tecniche.

²³ V. in questo senso le indicazioni contenute nella Circolare del Ministero della Giustizia del 23 ottobre 2015 (in tema di «Adempimenti di cancelleria relativi al processo civile telematico»), § 7, in www.giustizia.it

²⁴ È nota la *querelle* sorta in seno alla dottrina tradizionale circa l'interpretazione da attribuire all'inciso, contenuto nell'art. 162, comma 1, c.p.c., secondo cui la rinnovazione dell'atto nullo può essere disposta dal giudice «quando sia possibile». Secondo una certa ricostruzione dogmatica, tale espressione individuerrebbe proprio il limite temporale all'ordine di rinnovazione, derivante dall'intervenuta scadenza di un termine perentorio, precludendo così la rinnovazione successiva alla decadenza: v., anche per richiami dottrinali e per le interferenze tra sanatoria retroattiva degli atti nulli e rimessione in termini, R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 340, 351. Nel senso che la presenza nel sistema di talune disposizioni normative, implicanti fattispecie di rinnovazione *ex tunc* (in particolare: art. 182 c.p.c., art. 59 l. n. 69/2009), debba indurre a ritenere immanente al processo civile un principio di generale retroattività della sanatoria degli atti nulli (per difetto di requisiti formali o extraformali), con la conseguenza che l'atto originario, benché viziato per vizio addebitabile al suo autore, sarebbe suscettibile di sanatoria con effetti *ex tunc* anche in un momento successivo al maturare

l'attività così eseguita non può dirsi priva di un requisito essenziale per il raggiungimento dello scopo (art. 156, comma 2, c.p.c.): si tratta dunque di un deposito meramente irregolare.

Il requisito formale prescritto è, in altri termini, utile al corretto e spedito funzionamento del meccanismo di deposito (e al suo rapido inserimento nel fascicolo informatico), ma non indispensabile allo scopo, non ostando la sua mancanza al prodursi degli effetti tipici del deposito²⁵.

della decadenza, in quanto esso è stato pur sempre compiuto entro il termine ed è idoneo a manifestare comunque la volontà di esercizio del diritto o potere ad opera della parte cfr. A. PROTO PISANI, *Note sulle sanatorie retroattive*, cit., 313; ID., *In tema di disciplina delle nullità causate da difetto (o da vizi) della difesa tecnica*, in *Foro it.*, 1990, I, 1240; analogamente C. BESSO, *Della nullità degli atti*, cit., sub art. 162 c.p.c., 827. In senso dubitativo R. CAPONI, *Sanatoria retroattiva delle nullità processuali, rimessione in termini e giusto processo civile*, in *Giur. cost.*, 2018, 2, 548 s., secondo il quale si tratterebbe di sciogliere l'alternativa tra due opposte opzioni valoriali: da un lato, l'affermazione del principio di autoresponsabilità colposa (in base al quale la parte che ha dato causa al vizio non potrebbe essere riabilitata a compiere l'atto invalido), dall'altro, la valorizzazione del carattere non meramente punitivo della disciplina della nullità degli atti, che ne giustificerebbe la possibile sanatoria retroattiva.

²⁵ Nel senso che la nozione di irregolarità degli atti possa essere identificata con l'inosservanza delle disposizioni che richiedono (senza comminatoria) precisi requisiti non coinvolgenti lo scopo dell'atto («la formalità non essenziale non è mai un elemento superfluo, anche se è indifferente per la validità dell'atto che essa sia adempiuta, risolvendosi comunque in un vantaggio, in quanto capace di proporre effetti apprezzabili nell'economia del processo») v. B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981, 235 ss. Per la riconduzione della figura della irregolarità all'ipotesi di mancanza di requisiti formali utili (ma non indispensabili ai fini del raggiungimento dello scopo) v. anche C. MANDRIOLI, *In tema di c.d. vizi non formali degli atti processuali*, in *Jus*, 1966, 325; S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1968, 486 ss., secondo cui positivamente l'irregolarità individua quelle sole deviazioni dallo schema normativo che né la legge colpisce di nullità, né incidono sulla idoneità allo scopo dell'atto; R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, cit., 6; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 262 ss., spec. 273; C. BESSO, *Della nullità degli atti*, cit., 711. Per la ricostruzione secondo cui il vizio di irregolarità (conseguente all'inosservanza di un requisito di forma) non investe mai gli elementi relativi alla fattispecie dell'atto e consiste invece nella trasgressione di un dovere imposto alla persona che compie l'atto, risolvendosi piuttosto sul piano dell'attività cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 111; ID., *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, 12 ss. Per la negazione della autonomia concettuale della figura della irregolarità, sul presupposto che, non incidendo sull'idoneità dell'atto a produrre i suoi effetti, non sarebbe apprezzabile alcuna differenza tra atto irregolare e atto pienamente valido cfr. F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi*, Padova, 2000, 64; E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 319 ss. Una più composita sistemazione della nozione è proposta dallo stesso C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, id., 1977, I, 509 ss., spec. 516 che (dopo aver passato in rassegna le previsioni codicistiche che facevano riferimento al concetto in esame nella disciplina allora vigente) conclude nel senso che l'irregolarità è una figura ibrida in cui convergono sia vizi che, pur non dando luogo a nullità, sono ad essa assimilati *quoad effectum* sia, in via residuale, tutte le altre difformità dal modello legale che restano prive, almeno in via generale, di sanzioni o di altre conseguenze.

Con specifico riferimento al processo telematico e alle conseguenze dell'inosservanza delle specifiche tecniche sulla redazione dell'atto processuale sotto forma di documento informatico da depositarsi telematicamente, cfr., nel senso della mera irregolarità, G. OTTOBRE, *L'irregolarità nel processo civile telematico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 1027 ss., la quale esclude che i requisiti tecnico informativi all'uopo previsti possano essere considerati alla stregua di requisiti indispensabili al raggiungimento dello scopo dell'atto (ai sensi dell'art. 156, comma 2, c.p.c.). Sulla necessità di valutare le conseguenze della violazione della disciplina tecnica del p.c.t. alla luce del criterio della indispensabilità del requisito inosservato ai fini del

Contrariamente a quanto ritenuto da Cass. 12090/2024 e da molti omologhi provvedimenti della Corte in materia, dunque, non è l'assenza di espressa comminatoria a poter fondare, in un ordinamento che ammette anche nullità non testuali (v. art. 156, comma 2, c.p.c.), l'esclusione della sanzione di invalidità, quanto piuttosto la circostanza che la difformità in questione non frustra la produzione degli effetti tipici del deposito, non impedendo che l'atto depositato (pur imperfetto) pervenga all'ufficio destinatario, sia comunque identificabile dalla cancelleria e pienamente comprensibile nei suoi contenuti dal giudice e dalle controparti²⁶. Né appare proficuo ragionare in termini di raggiungimento dello scopo *ex post* ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c.: tale precetto può trovare applicazione infatti quando, a dispetto dell'inosservanza di un requisito formale prescritto come indispensabile, lo scopo venga comunque conseguito per effetto di un evento successivo ed esterno rispetto al compimento dell'atto viziato (evento che, nel nostro caso, dovrebbe consistere nell'accettazione del deposito da parte della cancelleria e non, come vorrebbe la pronuncia che ha originato le presenti riflessioni, nella mera generazione della ricevuta di avvenuta consegna, che attesta solo la disponibilità dell'atto presso il domicilio dell'ufficio giudiziario destinatario, al netto dei controlli che ne condizionano il successivo inserimento nel fascicolo informatico). Laddove invece il requisito non debba reputarsi essenziale (ma, per così dire, soltanto accidentale), la sua mancanza o inosservanza non cagiona nullità alcuna (ma mera irregolarità) ed esclude in radice la configurabilità di una sterilizzazione postuma dell'invalidità grazie al raggiungimento dello scopo²⁷.

4. I possibili esiti del deposito irregolare: il potere di regolarizzazione e l'improprio ricorso all'istituto della rimessione in termini

raggiungimento dello scopo dell'atto cfr. altresì i rilievi di A. CHIZZINI, *Il processo civile telematico tra logos e techne*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 863; S.A. VILLATA, *Contro il neo-formalismo informatico*, *id.*, 2018, 159.

²⁶ È d'altronde proprio l'art. 156, comma 2, c.p.c. a presupporre implicitamente la configurabilità di requisiti formali che, non risultando indispensabili al raggiungimento dello scopo, sono insuscettibili di determinare la nullità dell'atto giudiziario in caso di loro mancanza o inosservanza. Per una opinione diversa da quella espressa nel testo cfr. B. BRUNELLI, *Misure minime di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 524 secondo cui il deposito effettuato con errata indicazione del numero di ruolo generale del procedimento deve essere dichiarato inammissibile, per inidoneità dell'atto al raggiungimento dello scopo, trattandosi peraltro di errore imputabile al difensore ed evitabile con l'uso dell'ordinaria diligenza.

²⁷ Nel senso dell'inutilità dell'indagine, da parte del giudice, sul raggiungimento dello scopo in concreto (ex art. 156, comma 3, c.p.c.), quando il difetto formale dell'atto sia relativo ad un requisito non indispensabile, con la conseguenza che l'atto stesso possa considerarsi valido ed efficace *ab origine*, nonostante la difformità dal modello legale di riferimento cfr. C.A. GIOVANARDI, *Sullo scopo dell'atto processuale*, cit., 280; R. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 491, nota 69.

Provando ad immaginare le diverse ipotesi applicative, non si può escludere (e può, anzi, verificarsi piuttosto di frequente nella prassi, specie negli uffici giudiziari di grandi dimensioni) che, a fronte di una non corretta compilazione delle informazioni utili ad indirizzare correttamente il deposito telematico (tra cui, appunto, il numero di ruolo generale del procedimento), l'operatore di cancelleria si risolva a rifiutare il deposito, precludendo l'inserimento dell'atto nel fascicolo informatico e, così, la conseguente esplicazione del contraddittorio. Sarebbe però un errore ritenere che una tale evenienza possa rivelarsi di per sé ostativa al raggiungimento dello scopo dell'atto, a meno di non volersi acquietare alla semplicistica equazione secondo cui lo sbarramento in entrata del deposito telematico, dovuto ad un rifiuto (automatico) di sistema o al capriccio del cancelliere, possa sancirne la nullità insanabile: il che varrebbe quanto dire che la valutazione di indispensabilità sui requisiti formali dell'atto processuale, e dunque in definitiva la complessiva aspirazione del processo a risolversi con una pronuncia sul fondo del diritto sostanziale, sarebbe nelle mani, secondo una inaccettabile logica tecnocratica, del sistema informatico ministeriale o della cancelleria.

Il giudice deve invece poter sempre sindacare le ragioni dell'eventuale rifiuto del deposito telematico dell'atto processuale, avendo quale unico parametro di riferimento la valutazione (in astratto) sull'indispensabilità (o no) del requisito formale eventualmente mancante o inosservato ai fini del raggiungimento dello scopo²⁸.

Può anche verificarsi che, per pura casualità, il numero di ruolo generale (erroneamente) indicato dal depositante corrisponda a quello relativo ad altra controversia, pendente dinanzi allo stesso ufficio, nel qual caso il deposito telematico verrebbe verosimilmente accettato dalla cancelleria (come puntualmente accaduto nel caso esaminato da Cass. 12090/2024), pur determinandosi l'inserimento dell'atto depositato in fascicolo diverso da quello corretto. In questi casi – e comunque in ogni ipotesi di imperfezioni del procedimento di deposito non impedienti l'accettazione dell'atto – basterebbe che la cancelleria provvedesse a regolarizzare, *motu proprio*, il deposito, facendo “migrare” l'atto depositato nel fascicolo pertinente.

²⁸ In questo ordine di idee, del tutto condivisibilmente, Cass. 24 agosto 2022, n. 25290, in *Foro it.*, 2022, I, 3000 (in ipotesi di deposito non perfezionatosi per errore del depositante nella scelta del fascicolo presso cui effettuarlo) secondo cui le ragioni di eventuali rifiuti del deposito telematico (per “warn”, “error”, magari “fatal error”, secondo le varie declinazioni dei tipi di errore nel gergo informatico, o di natura fiscale) non sono insindacabili, ma restano soggette all'ultimativo controllo del giudice procedente, allo scopo di verificare se errori rilevati in automatico dal sistema oppure dalla cancelleria presso il giudice competente possano effettivamente reputarsi ostativi ad un definitivo consolidamento degli effetti del deposito stesso, il cui perfezionamento dall'unica norma primaria vigente a riguardo (all'epoca l'art. 16 *bis* d.l. 179/2012) è ricollegato esclusivamente al momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della giustizia.

Nel caso in cui, poi, tale strada si rivelasse tecnicamente impraticabile (per limiti funzionali degli applicativi informatici di cancelleria)²⁹, o anche solo antieconomica – e comunque in ogni ipotesi di indebito rifiuto da parte della cancelleria - il depositante avrebbe comunque la possibilità di procedere (anche previo ordine del giudice, in applicazione estensiva dell'art. 182 c.p.c.) ad una mera ripetizione del primo deposito, esclusa ogni eventuale decadenza *medio tempore* maturata, avendo la nuova trasmissione la sola finalità di eliminare l'irregolarità materiale da cui era affetta la prima. Gli effetti temporali del deposito eseguito con finalità riparativa dovrebbero pertanto intendersi automaticamente ancorati al momento della generazione della ricevuta di avvenuta consegna dell'originario deposito (irregolare)³⁰. Non è infatti sostenibile sul piano logico (prima ancora che giuridico) che la "rettificazione" di un atto o di una attività processuale, affetti da mera irregolarità, faccia salvi i diritti quesiti (tra cui le decadenze processuali) anteriormente alla stessa, perché (come più volte rimarcato) essa mira a rendere possibile il prodursi di finalità collaterali (nella specie, il corretto popolamento dei registri informatici di cancelleria), senza concorrere al perfezionamento della fattispecie tipica, già prodottasi per effetto del deposito irregolare effettuato nei termini³¹.

²⁹ Come, ad esempio, si verifica laddove il depositante abbia erroneamente selezionato il registro informatico presso il quale effettuare la trasmissione telematica. Ipotesi per la quale è stata attestata l'inidoneità dei sistemi informatici di cancelleria a consentire il trasferimento da un registro all'altro, pur se all'interno del medesimo ufficio giudiziario: cfr. Circolare Ministero della Giustizia del 23 ottobre 2015, cit., § 7.1.

³⁰ In questo senso v. ancora Cass. 24 agosto 2022, n. 25290; nonché Cass. 10 marzo 2021, n. 6743 che ammette la possibilità di ripresa del procedimento di deposito (a seguito di errori dello stesso, nella specie consistenti nella scelta da parte del depositante di un registro diverso da quello pertinente) e prospetta la necessità che il giudice valuti la tempestività del deposito alla luce della ricevuta di avvenuta consegna dell'originario deposito e non di quella attestante il perfezionamento del secondo deposito telematico, eseguito dopo il rifiuto della busta. Nella giurisprudenza di merito, con specifico riferimento all'errore nell'indicazione del numero di ruolo in fase di elaborazione del deposito telematico, v. Trib. Bari 8 giugno 2016 secondo cui, non potendo dubitarsi della validità del deposito telematico effettuato con indicazione di un errato numero di ruolo, il Tribunale può disporre la regolarizzazione della costituzione della parte con l'ausilio della cancelleria, che dovrà provvedere alla risoluzione del problema, o autorizzare il deposito mediante nuovo invio degli atti e degli allegati solamente nel caso in cui non sia possibile accettare gli atti stessi. *Contra* Trib. Bologna 4 luglio 2016 (in ipotesi di erronea scelta del registro, "fallimenti" anziché "contenzioso", da parte del depositante) secondo cui il deposito telematico di un atto in un registro sbagliato è inidoneo a consentire la valida instaurazione del rapporto processuale e non esclude quindi la tardività del deposito corretto, ove sia successivo alla scadenza del termine perentorio stabilito dalla legge.

³¹ Cfr. B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981, 210 che, in riferimento alla possibilità di rettificazione degli atti irregolari contemplata dalla formulazione dell'art. 316 c.p.c. anteriore alla l. n. 353/1990 (che faceva «salvi a ciascuna parte i diritti quesiti»), osservava che «ipotizzare inveri vizi non essenziali e riparabili, che impediscono al più il prodursi di finalità collaterali proprie della fattispecie perfetta, ma che al contempo consentono il verificarsi di diritti quesiti, è assurdo». In senso conforme anche R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 272 s., con la precisazione che l'irregolarità rientra nel novero delle difformità dallo schema normativo che (a differenza dei vizi di nullità) non impediscono all'atto alcun effetto.

Appare, dunque, improprio in questi casi il ricorso alla rimessione in termini (invece operato dalla Cass. 12090/2024, in linea con altri precedenti in materia): istituto la cui applicazione, per quanto di parte generale, andrebbe riservata alle ipotesi in cui possa ritenersi già maturata una decadenza, per effetto del (mancato o) non corretto esercizio di un potere processuale, che dia luogo a nullità dell'atto. Il deposito meramente irregolare, ma tempestivo, è invece (come detto) pienamente valido ed efficace sin dall'origine e quindi inidoneo a configurare alcun tipo di decadenza processuale³².

Può peraltro seriamente dubitarsi che l'istanza di rimessione nei termini sia suscettibile di accoglimento allorché l'errore commesso in fase di deposito, per quanto veniale, appaia comunque addebitabile al depositante, in quanto difetterebbe il tradizionale presupposto applicativo dell'istituto richiesto dalla giurisprudenza, alla cui stregua l'intervenuta decadenza deve scaturire da un fattore del tutto estraneo alla volontà della parte istante³³.

³² Così efficacemente Trib. Torino, 13 maggio 2016, ad avviso della quale «l'applicazione dell'art. 153, comma 2, c.p.c. ai casi di deposito telematico rifiutato perché recante numero di ruolo generale errato è inappropriata in quanto l'errore che ha generato l'anomalia (e il rifiuto del deposito telematico da parte della cancelleria) è imputabile alla parte. Essendo materialmente possibile accettare il deposito con numero di ruolo errato deve essere ordinato alla cancelleria di mutare lo stato del deposito (da "rifiutato" a "in attesa di accettazione") e quindi di accettare e inserire nel fascicolo telematico l'atto processuale, indicando quale data di accettazione quella in cui il depositante ha ottenuto la ricevuta di avvenuta consegna». Similmente Trib. Torino, 10 febbraio 2017 che (in un caso di deposito rifiutato per "errore fatale" dovuto a "Errore inatteso durante la verifica firma") ha rigettato l'istanza di rimessione in termini formulata dalla parte, ritenendo già tempestivamente perfezionato il primo deposito affetto da errore, sul presupposto che l'accettazione dell'atto da parte della cancelleria non concorra a integrare la fattispecie del deposito, ma riguardi "il mero inserimento dell'atto nel fascicolo digitale", non potendosi ammettere che anomalie che bloccano l'inserimento nel fascicolo sortiscano l'effetto di travolgere retroattivamente il deposito; nonché Trib. Torino, 27 dicembre 2016 (in ipotesi di errata scelta del registro informatizzato presso cui effettuare il deposito), secondo cui occorre evitare che meri errori materiali, anche di piccola entità e privi di rilevanza negli atti analogici, comportino gravi conseguenze processuali, in ipotesi in cui potrebbe non applicarsi l'istituto della rimessione in termini ex art. 153 c.p.c., che presuppone la non imputabilità della causa della decadenza, sicché «è pertanto da ritenere che il nuovo invio della comparsa di risposta abbia esclusivamente comportato l'eliminazione dell'errore materiale che impediva l'inserimento nel fascicolo di un atto già ritualmente depositato».

³³ Per l'esclusione del ricorso alla rimessione in termini in ipotesi di errore commesso dal depositante nell'indicazione del numero di ruolo: cfr. Trib. Torino, 22 marzo 2016; Trib. Milano 8 ottobre 2015 (ove si afferma peraltro il non condivisibile principio per cui il deposito telematico all'interno di un fascicolo non pertinente sarebbe affetto da nullità, perché mancante dei requisiti indispensabili al raggiungimento dello scopo); Trib. Napoli, 16 dicembre 2015; Trib. Torino, 11 giugno 2015. In dottrina, cfr. i rilievi, ancora attuali, di R. CAPONI, *La rimessione in termini*, cit., 342 secondo cui dall'applicazione del principio di autoreponsabilità discenderebbe che la rinnovazione di un atto nullo (per scorretto esercizio del potere processuale entro il termine) effettuata oltre lo spirare di un termine di decadenza sarebbe possibile solo in caso di vizio «non imputabile» alla parte. Con riferimento al processo civile telematico, nel senso di cui al testo, se ben intendo, N. SOTGIU, *Il deposito telematico*, cit., 253 per cui, se non si riscontra alcuna nullità nel primo deposito tempestivo, non si tratterà di verificare l'imputabilità o meno ex art. 153 c.p.c., posto che il mancato inserimento nel fascicolo informatico di un atto valido, pur in presenza di errori, non è per definizione imputabile alla parte, con la conseguenza che il secondo deposito sarà sempre tempestivo, trattandosi di mera ripetizione del primo. Per una diversa impostazione v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 1216 (sebbene nella fase di iniziale applicazione obbligatoria del p.c.t.) secondo cui la

L'insistenza della giurisprudenza di legittimità sull'applicazione della rimessione in termini è verosimilmente dovuta alla circostanza che, qualora l'atto irregolarmente depositato venisse comunque accettato dalla cancelleria prima della scadenza del termine (benché inserito in un fascicolo informatico errato: come avvenuto nel caso deciso da Cass. 12090/2024), vi sarebbe ragione di considerare sorto a favore del depositante un legittimo affidamento circa il buon esito del procedimento di deposito e, al contempo, per addebitare la eventuale decadenza (conseguente al tardivo o mancato inserimento dell'atto nel fascicolo appropriato) all'operato della cancelleria, anziché del depositante, responsabile di non aver provveduto a far confluire l'atto nella giusta destinazione.

Si tratta, tuttavia, di una *ratio decidendi* ultronea, una volta acclarato (come si spera alla luce dei rilievi che precedono) che il deposito recante un numero di ruolo errato si configura come meramente irregolare, pienamente produttivo di effetti *ab origine* e quindi suscettibile di regolarizzazione anche oltre il termine decadenziale, sia che esso venga accettato dalla cancelleria sia che esso sia stato indebitamente rifiutato dalla stessa. Non può, pertanto, onerarsi la parte depositante della formulazione dell'istanza di rimessione in termini, ché, semmai, tale provvedimento di restituzione in termini dovrà essere accordato *de plano* dal giudice in favore della controparte processuale, che abbia sofferto una eventuale compressione dei propri termini a difesa in conseguenza del tardivo inserimento dell'atto depositato nel fascicolo informatico.

5. Un appunto sul nuovo regime connesso all'inosservanza delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico dell'atto processuale nella riforma del processo civile

La ricostruzione qui brevemente tratteggiata sembra confortata dal tenore dell'art. 46, comma 5, disp. att. c.p.c., come novellato dalla riforma processuale del 2022, secondo cui «il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico [...] dell'atto non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo».

La nettezza di questa previsione, che si mostra più razionale rispetto alla formulazione contenuta nella legge delega - ove l'operatività del divieto di sanzioni sulla validità dell'atto

rimessione in termini (che l'autrice ritiene applicabile anche quando l'errore del depositante sia derivato dalla obiettiva difficoltà a districarsi tra fonti intrinseche di dati tecnici) costituirebbe un argine contro la prepotenza dell'elaboratore; nonché A. BONAFINE, *L'atto processuale telematico*, cit., 274 per il quale la causa esterna alla volontà della parte che formula istanza di rimessione non è l'errore nell'indicazione del numero di ruolo, ma quello commesso dal cancelliere che non abbia, anche forzando il deposito, individuato la corretta destinazione dell'atto (lo stesso autore sembra prefigurare, però, una sorta di rimessione in termini *ipso iure*, riconoscendo che «la richiesta di reintegrazione nei termini si dimostra non necessaria in tutti i casi in cui la parte possa dimostrare il tempestivo perfezionamento del deposito attraverso la produzione della ricevuta di avvenuta consegna»).

restava subordinata alla valutazione, inevitabilmente casistica del giudice, in ordine all'avvenuto raggiungimento dello scopo in concreto³⁴ – indurrebbe a concludere nel senso che qualunque violazione delle specifiche tecniche di settore, relativa alla forma dell'atto informatico (*rectius* al formato: si pensi paradigmaticamente all'atto depositato telematicamente in formato “.Pdf” immagine anziché nativo digitale³⁵) o allo “schema informatico” che lo correda (si pensi, esemplificativamente, all'erronea indicazione del numero di ruolo, del registro informatico, del tipo di atto, cioè alle informazioni che compongono il file DatiAtto.xml) sia stata normativamente prevalutata quale semplice irregolarità («non comporta invalidità»)³⁶, fermo restando il potere del giudice di valutare l'inosservanza ai fini della ripartizione delle spese di lite.

Se infatti le si attribuisse l'intento di ribadire tautologicamente che non vi possono essere conseguenze in punto di invalidità dell'atto quando questo abbia comunque raggiunto il suo scopo (nonostante l'inosservanza delle specifiche tecniche), la disposizione, per un verso, risulterebbe un mero doppione del precetto già ricavabile dall'art. 156, comma 3, c.p.c. e, per altro verso, finirebbe paradossalmente per equiparare ogni violazione dei requisiti tecnico-informatici ad un vizio di nullità (per quanto sterilizzabile dal raggiungimento dello scopo *a posteriori*).

³⁴ L'art. 1, comma 17, lett. e) della l. n. 206/2021 aveva affidato infatti al decreto delegato il compito di prevedere il divieto di sanzioni sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto «quando questo ha comunque raggiunto lo scopo» (e che della violazione delle specifiche tecniche, o dei criteri e limiti redazionali si potesse tener conto nella disciplina delle spese). Sul tenore tautologico di tale previsione, essendo evidente che se l'atto ha comunque raggiunto il suo scopo, nonostante la violazione tecnica, non se ne possa comunque predicare la nullità cfr. G.G. POLI, *La digitalizzazione*, cit., 101.

³⁵ Sulla questione sia consentito il rinvio a G.G. POLI, *Sulle (nuove forme di) nullità degli atti ai tempi del processo telematico*, in *Giur. it.*, 2015, 2, 367 ss.

³⁶ Con riferimento alla formula contenuta nella legge delega (su cui v. la nota che precede) è stato sollevato il dubbio (con espresso riguardo, però, al tema della violazione dei criteri e limiti dimensionali dell'atto processuale) che il riferimento alla sola «invalidità» non avrebbe consentito di proteggere dagli eventuali vizi in grado di determinare l'inammissibilità dell'atto: v. in tal senso G. RAITI, *Il principio di sinteticità e chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1034. Dubbio da ritenersi, a nostro avviso, infondato, se non altro alla luce del rilievo che l'inammissibilità è considerata una *species* del *genus* nullità (secondo l'orientamento consolidatosi in giurisprudenza a partire da Sez. Un., 29 gennaio 2000, n. 16, in *Foro it.*, 2000, I, 1606, con note di G. BALENA, C.M. BARONE, A. PROTO PISANI; in *Corr. giur.*, 2000, 750, con nota di M. DE CRISTOFARO) e dunque rientra nella nozione di invalidità presupposta dall'art. 46 disp. att. c.p.c.

Nel senso che anche il principio di riserva di legge in materia processuale (scolpito nell'art. 111 Cost.) si opporrebbe alla possibilità di desumere conseguenze sanzionatorie dall'inosservanza di regole stabilite in provvedimenti aventi rango inferiore a quello legale (come le richiamate specifiche tecniche del processo civile telematico): cfr., sebbene con precipuo riferimento alla inosservanza dei limiti dimensionali degli atti giudiziari stabiliti dal d.m. n. 110/2023, M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi*, in *La riforma Cartabia del processo civile* a cura di R. TISCINI, Pisa, 2023, 56.

Cercando di armonizzare la neo-introdotta regola con la fattispecie tecnico-normativa dei depositi telematici - e con la nota dissociazione tra momento rilevante ai fini del perfezionamento (anticipato e provvisorio) del deposito e momento in cui l'atto viene inserito nel fascicolo informatico e diviene consultabile dalle controparti e dal giudice³⁷ - può trarsi conferma che l'eventuale rifiuto da parte della cancelleria (beninteso: a fronte di anomalie riconducibili al campo applicativo dell'art. 46 disp. att. c.p.c.) non può di regola travolgere la validità del deposito. Proprio in grazia della direttiva desumibile dall'art. 46 disp. att. c.p.c., il deposito indebitamente rifiutato (a causa della violazione di una delle disposizioni tecniche attinenti alla forma o allo schema informatico dell'atto o del deposito) può essere validamente ripetuto, per depurarlo dall'imperfezione, anche oltre la scadenza del termine (con effetti temporali ancorati al primo deposito), senza bisogno che il depositante formuli istanza di rimessione in termini allo scopo.

La disposizione può, certo, apparire eccessivamente benevola a fronte di inosservanze formali gravi, in grado di risolversi nella irricevibilità tecnica del deposito³⁸, ma la prevista possibilità di valutare tali inosservanze ai fini del riparto delle spese giudiziali costituisce, ad un tempo,

³⁷ V. *supra* alla nota 4.

³⁸ Cfr. infatti i dubbi espressi da G. VITRANI, *Il processo civile telematico*, in *Lezioni sul nuovo processo civile* a cura di E. DALMOTTO, Bologna, 2023, 298 (con particolare riferimento all'ipotesi del deposito telematico di un atto effettuato con la scelta di un ufficio giudiziario errato), il quale teme che, da una interpretazione troppo ampia dell'art. 46 disp. att. c.p.c., possa derivare l'inceppamento dell'intera macchina del processo telematico, a causa della necessità di porre rimedio a qualsiasi irregolarità del deposito, magari rimettendo in termini la parte.

punto di equilibrio del sistema³⁹ e fattore disincentivante⁴⁰ delle condotte di sistematica elusione delle regole tecniche da parte degli operatori.

Residuano peraltro alcune ipotesi in cui l'atto potrebbe risultare (a causa dell'inosservanza tecnica) privo dei requisiti minimi per la sua decifrabilità o per l'attribuzione della paternità al suo autore, sicché se ne potrebbe predicare addirittura l'inesistenza (non la mera invalidità) e la conseguente sottrazione alla portata salvifica dell'art. 46 disp. att. c.p.c.⁴¹: si può pensare ad un deposito telematico privo dell'atto principale nella c.d. "busta" telematica, ad un deposito recante un atto privo di firma (o con firma scaduta), al deposito di un atto o di una "busta" informaticamente corrotti o indecifrabili (a causa della presenza di anomalie informatiche).

Sono questi i casi in cui, a seguito del giustificato rifiuto opposto dalla cancelleria, il depositante, qualora non fosse in grado di effettuare un nuovo deposito tempestivo, potrebbe utilmente invocare la rimessione in termini, naturalmente a patto che la decadenza possa dirsi incolpevole, perché imputabile ad anomalie informatiche estranee alla sfera di controllo della parte⁴², ovvero perché (pur a fronte di vizi addebitabili al depositante) la mancata segnalazione di errori (nella ricevuta ministeriale dei c.d. "controlli automatici")⁴³ o il tardivo

³⁹ Tenuto conto che la disposizione non prescrive la condanna alle spese della parte inadempiente, ma solo la possibilità che l'inosservanza delle specifiche tecniche venga valutata del giudice «ai fini della decisione sulle spese del processo», la soluzione più equilibrata appare quella che consenta al giudice di modulare la liquidazione tali spese, entro lo spazio di discrezionalità consentitogli rispetto ai valori previsti nelle tabelle dei parametri forensi (v. sul punto Cass. 20 febbraio 2023, n. 5289, in *Foro it.*, 2023, I, 715), potendo così ipotizzarsi la eventuale liquidazione in misura inferiore in caso di violazione commessa dalla parte vincitrice o, di contro, un aggravio di spese a carico della parte soccombente, cui sia imputabile il mancato rispetto delle specifiche tecniche. In caso di soccombenza reciproca, qualora l'inosservanza fosse imputabile ad una sola delle parti, il giudice potrebbe diversamente ripartire le spese tra le parti. Sull'interpretazione della locuzione normativa contenuta nell'art. 46 disp. att. c.p.c. la dottrina si è misurata soprattutto con riferimento alla questione della violazione dei criteri e limiti di redazione degli atti processuali fissati dal d.m. n. 110/2023: cfr. 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 *www.giustiziacivile.com*, 13 settembre 2023; Id., *L'art. 46 disp. att. c.p.c. e il decreto 7 agosto 2023, n. 110: ratio e obiettivi della nuova disciplina*, in *www.ordineavvocatinapoli.it*; G. FRUS, *Chiarezza e sinteticità degli atti processuali: obiettivi tanto condivisibili, quanto difficilmente codificabili e sanzionabili*, in *Lavoro diritti Europa*, 2023, 3, 13; L. DELLA PIETRA, *Focus sul d.m. 7 agosto 2023, n. 110*, in questa *Rivista*, 4, 2023, 838. In argomento v. anche, tra i primi commenti, I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, in *www.judicium.it*; D. CERRI, *Il dramma inconsistente (il D.M. 110/2023)*, *ibid.*; M. REALE, *D.M. 110/2023: il mancato rispetto dei requisiti di sinteticità e chiarezza incide sul compenso*, in *www.altalex.com*.

⁴⁰ Nel senso che la rilevanza della violazione tecnica sul piano delle spese sia utile ad evitare la proliferazione di difformità degli atti, che finirebbe per frustrare l'obiettivo della digitalizzazione del processo cfr. A. BONAFINE, *Processo telematico*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., 192.

⁴¹ Sembra orientato in questi termini G. FICHERA, *Il processo civile telematico*, cit., 111.

⁴² Cfr. Cass. 14 novembre 2023, n. 31592, in *Diritto & Giustizia*, 2023, 15 novembre, con nota di N. FRIVOLI.

⁴³ V. Cass. 18 ottobre 2022, n. 30514, in *Ilprocessocivile.it*, 2023, 2 gennaio, con nota di MESSINA (relativa ad ipotesi in cui la ricevuta attestante l'esito dei controlli automatici ministeriale, preannunciando la necessità di controlli da parte della cancelleria, aveva ingenerato nel depositante il legittimo affidamento sull'accettazione del deposito) secondo cui, in tema di

rifiuto dell'atto da parte della cancelleria abbiano ingenerato nel depositante un ragionevole affidamento sul buon esito del procedimento di deposito⁴⁴.

Giorgio Giuseppe Poli
Associato dell'Università degli studi di Teramo

presupposti per la rimessione in termini, la serie di messaggi Pec che scandisce il deposito telematico di atti, così come le indicazioni date dalla cancelleria alle parti, sono una specie di istruzioni che l'amministrazione della giustizia dà alle parti e, pertanto, sono fonti di affidamento qualificato, meritevole di essere considerato nell'ambito del giudizio ex art. 294, comma 2, c.p.c. , laddove, in forza dei loro difetti, s'inseriscano, con ruolo determinante, nella catena causale che sfocia nella decadenza, fermo restando che nel caso concreto l'apprezzamento circa la non imputabilità alla parte è affidato al giudice del merito. Nella giurisprudenza di merito cfr. in senso analogo Trib. Milano, 10 maggio 2016; Trib. Avellino, 31 maggio 2016, n. 92990.

⁴⁴ Cfr. ad esempio Trib. Bologna, 12 dicembre 2016 in un caso in cui la quarta ricevuta (con cui la cancelleria segnalava il rifiuto del deposito dovuto ad "errore fatale") era giunto con considerevole ritardo rispetto alla data di emissione della terza ricevuta attestante l'esito dei controlli automatici ministeriali.



GIOVANNI LEONE

Ancora sulla *lotta* tra formalismo e principio di effettività della tutela. È ammissibile la formazione di un secondo originale contenente le successive notifiche del ricorso introduttivo effettuate dopo il deposito del primo originale?

La giurisprudenza sovente preferisce la forma alla sostanza o ad altri principi che sono enucleabili dalle norme sovraordinate. È il caso dell'asserito divieto di non poter depositare un secondo originale del ricorso al TAR notificato al controinteressato dopo che il primo originale, notificato all'autorità emanante il provvedimento, sia stato depositato.

Jurisprudence often prefers form to substance or to other principles that can be identified from the superordinate rules. This is the case of the alleged prohibition of not being able to deposit another original of the appeal to the TAR notified to the other interested party after the first original, notified to the authority issuing the provision, has been deposited.

Introduzione

Secondo un largo settore della giurisprudenza amministrativa è inammissibile il ricorso che, pur essendo stato notificato all'autorità emanante il provvedimento impugnato con un primo originale, e depositato nei termini di legge, sia stato notificato altresì mediante un secondo originale al controinteressato e depositato anch'esso nei termini di legge. Inammissibilità pronunciata in ossequio ad una lettura estremamente formalistica del dato normativo.

1. La vicenda sottoposta all'esame del TAR Piemonte e decisa con sentenza 13 settembre 2023, n. 743¹ ripropone, ancora una volta, il tema della eterna lotta (ma quando finirà?) tra la forma e la sostanza giuridica².

Questi i fatti. Tizia presenta una domanda di partecipazione ad un corso-concorso di specializzazione tenuto da un Ateneo. La graduatoria viene pubblicata in data 13 luglio 2023 (le date sono importanti ai fini della migliore intelligenza della vertenza). L'Ateneo, sollecitato da Tizia con istanze del 14 e del 17 luglio 2023, tendenti a conoscere le ragioni del punteggio attribuito e, soprattutto, della preferenza accordata ad altri candidati che avevano conseguito un punteggio inferiore, fa presente che la peggio collocazione nella graduatoria era dovuta alla preferenza accordata ai laureati presso quell'Ateneo secondo quanto previsto dal bando³. Tizia, in previsione della presentazione di un ricorso giurisdizionale, in data 21 luglio 2023, presenta un'altra istanza (questa volta di accesso), tendente ad ottenere l'indicazione delle residenze dei controinteressati. Stante l'urgenza discendente dalla volontà di partecipare ai

¹ Consultabile sul sito ufficiale della Giustizia amministrativa: www.giustiziaamministrativa.it

² Sul punto, ma per altri profili, mi permetto di rinviare al mio *L'eterna lotta tra il formalismo esasperato e il principio della prevalenza della sostanza sulla forma*, in questa *Rivista*, 20.11.2022.

³ Non è oggetto della presente nota il commento della clausola del bando di una università italiana che accorda la preferenza, in una procedura concorsuale, ai propri laureati.

corsi, che sarebbero iniziati di lì a poco, il successivo 25 luglio viene notificato solo all'Ateneo il ricorso al TAR, con richiesta di decreto monocratico, e depositato lo stesso giorno. Decreto che viene accordato (ciò consente quindi a Tizia di partecipare nelle more del giudizio al corso) anche se di ciò non viene fatto cenno nella sentenza⁴. Dopo il deposito del ricorso e l'adozione del decreto presidenziale cautelare, l'Ateneo accoglie l'istanza di accesso e fornisce i nominativi dei controinteressati con l'indicazione delle rispettive residenze. A costoro il ricorso viene, pertanto, notificato in data 4 settembre 2023; il successivo 6 settembre la causa, fissata per l'udienza collegiale cautelare, viene trattenuta in decisione.

Il TAR dichiara inammissibile il ricorso con sentenza del 13 settembre 2023 per tardiva notifica del secondo originale del ricorso ai controinteressati perché intervenuta successivamente al deposito del primo originale del ricorso medesimo.

2. Se si trattasse di una mera declaratoria d'inammissibilità del ricorso in quanto non notificato ad almeno uno dei controinteressati non sarebbe necessaria una nota a sentenza (la Rivista non l'avrebbe di certo ospitata), anche se per tale declaratoria il Giudice torinese ha sentito la necessità di articolare la motivazione con ben tre paragrafi (5.1., 5.2 e 5.3.), essendo sufficiente il richiamo alla puntuale - e stringata - prescrizione contenuta nel comma 2 dell'art. 41 del c.p.a. Tuttavia, anche il non attento lettore di questa nota(rella) si sarà reso conto della singolarità della vicenda, attesa la sintetica ricostruzione dei fatti processuali sopra riportati.

Il Tribunale invero, dopo aver preso atto che il ricorso (ossia il primo originale) era stato notificato, prima del suo deposito, solo all'Ateneo e non anche ad almeno uno dei controinteressati, ed aver denunciato *“la tardività e la conseguente inutilizzabilità della produzione documentale”* riguardante la prova della tempestiva notifica (e deposito del secondo originale del ricorso ai controinteressati), eseguita successivamente, *“giacché intervenuta a meno di due giorni liberi dall'udienza cautelare e in mancanza di un'istanza di autorizzazione ex art. 55, co. 8 c.p.a., ha concluso affermando il principio secondo cui il ricorso va depositato solo dopo la sua notifica ad almeno uno dei controinteressati (oltre che, ovviamente, anche all'autorità emanante l'atto impugnato).*

3. Come è d'uso, per una migliore intelligenza della questione va richiamato il quadro normativo di riferimento e i suoi antecedenti storici.

L'art. 7 del Regolamento 17 agosto 1907, n. 642 così recitava: *“Il ricorso dev'essere notificato tanto all'autorità dalla quale è emanato l'atto o provvedimento impugnato, quanto alle persone alle quali l'atto o provvedimento medesimo direttamente si riferisce”*. Il successivo art.

⁴ Ciò si rileva dal sito della Giustizia amministrativa.

14 statuiva la possibilità della notifica per pubblici proclami: *“Quando la notificazione del ricorso nei modi ordinari sia sommamente difficile per il numero delle persone da chiamarsi in giudizio”*; gli articoli 15 e 16 stabilivano le regole dell’integrazione del contraddittorio, mentre il 18 recava la disposizione del deposito del ricorso che si attua *“con la prova della eseguita notificazione nel termine previsto dall’art. 36, terzo capoverso, della legge”* (ossia trenta giorni). Per l’art. 36, comma 2, del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato 26 giugno 1924, n. 1054, *“Il ricorso è diretto al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e deve essere, nei termini suddetti”* (stabiliti dal comma 1 precedente di sessanta giorni) *“notificato tanto all’autorità dalla quale è emanato l’atto o il provvedimento impugnato, quanto alle persone, alle quali l’atto o il provvedimento direttamente si riferisce, salvo la possibilità di rinnovare o integrare la notificazione, secondo le norme da stabilire col regolamento, nei casi di errore che dalla sezione sia ritenuto scusabile”*. Non diversamente disponeva l’art. 21, comma 1, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei TAR: *“Il ricorso deve essere notificato tanto all’organo che ha emesso l’atto impugnato quanto ai controinteressati ai quali l’atto direttamente si riferisce, o almeno ad alcuno tra essi entro il termine di sessanta giorni da quello in cui l’interessato ne abbia ricevuta la notifica, o ne abbia comunque avuta piena conoscenza...”*. Il comma 2 prevedeva che *“Il ricorso, con la prova delle avvenute notifiche deve essere depositato nella cancelleria del tribunale amministrativo regionale, entro trenta giorni dall’ultima notifica”*⁵.

Veniamo ora al vigente Codice del 2010. L’art. 29 prevede che l’azione di annullamento *“si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni”*. Il successivo art. 41, comma 2, è più specifico: *“Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l’atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell’atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza...”*. Mentre il comma 4 prevede la notifica per pubblici proclami (come il vecchio regolamento del 1907), il successivo art. 45, comma 1, statuisce che *“Il ricorso e gli altri atti processuali soggetti a preventiva notificazione sono depositati nella segreteria del giudice nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dal momento in cui l’ultima notificazione dell’atto stesso si è perfezionata anche per il destinatario”*⁶.

⁵ Per ogni riferimento si rinvia alla prima trattazione organica a cura di R. Lucifredi – V. Caianiello, *I Tribunali Amministrativi Regionali*, Torino, UTET, 1972.

⁶ Non si rinviene nella letteratura – almeno secondo un controllo di larga massima - alcun commento della disposizione in esame se non quello che richiama il principio dell’inammissibilità del ricorso se non sia stato notificato ad almeno un controinteressato e depositato nel rispetto di entrambi i termini statuiti dal Codice.

In breve, abbiamo due termini processuali: il primo, dedicato alla notifica del ricorso (ciò vale anche per il ricorso incidentale e quello eventuale per motivi aggiunti), che generalmente, con eccezione di taluni riti speciali, è di sessanta giorni decorrente dalla data della legale conoscenza dell'atto impugnato; il secondo, che è di trenta giorni, prescritto per il suo deposito, decorrente dalla data dell'ultima notificazione.

Entrambi i termini sono perentori, e la sanzione di irricevibilità è espressamente formulata dal successivo art. 35, comma 1, lettera a), dedicato alle *Pronunce di rito*; è di tutta evidenza che generalmente ogni processo, ed in particolare il processo amministrativo, è fondato su termini rigorosamente perentori, salvo, ad es., quelli per la costituzione delle parti intimato ex art. 46, ove il termine per presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova e produrre documenti, di sessanta giorni dalla data del perfezionamento della notifica del ricorso nei propri confronti, è ordinario. Per costoro, infatti, sarà possibile costituirsi anche successivamente con il limite della produzione documentale e delle memorie di cui all'art. 73 (rispettivamente, quaranta e trenta giorni liberi prima dell'udienza di discussione).

4. Torniamo ora alla pronuncia in esame.

Il TAR piemontese ha dichiarato inammissibile il ricorso invocando gli art. 41 e 42, comma 5, c.p.a. sul presupposto che fosse stato notificato ritualmente solo all'autorità emanante, mentre ai controinteressati era pervenuto (con un secondo originale) dopo il deposito – irrituale, a dire del Giudice – del fascicolo, contenente il primo originale del ricorso, presso la segreteria del TAR. Peraltro, la copia del secondo originale del ricorso, attestante l'avvenuta notifica ai controinteressati, era stata regolarmente depositata.

Va preliminarmente sgombrato il campo dall'asserzione contenuta nella motivazione ("*in disparte, ecc.*"), inserita a rafforzare dialetticamente la pronuncia d'inammissibilità), secondo cui sarebbe tardiva e pertanto inutilizzabile la prova dell'avvenuta notifica del ricorso ai controinteressati per violazione dell'art. 55, comma 8, c.p.a., che autorizza il collegio, per gravi ed eccezionali ragioni, ad autorizzare la produzione di documenti nella camera di consiglio fissata per la discussione della misura cautelare. A mio sommo avviso, il richiamo a tale norma appare improprio perché essa si riferisce ai "*documenti*" depositati oltre il termine di decadenza e non di certo ad un atto processuale che provi la notifica del ricorso. Del resto, la giurisprudenza, che la sentenza in esame richiama a suffragare l'eccezione sollevata di ufficio, si riferisce a: a) istanze di rinvio di udienza; b) documenti veri e propri⁷.

⁷ La giurisprudenza consente il deposito della prova della ricevuta della raccomandata sino all'udienza di discussione. *Ex plurimis* TAR Roma, sez. II, 18 novembre 2022, n.15336: "*La produzione dell'avviso di ricevimento della raccomandata, nelle notifiche effettuate a mezzo posta, è richiesta dalla legge esclusivamente in funzione della prova dell'intervenuto*

Tornando al “cuore” della motivazione della sentenza torinese, la pronuncia della sanzione dell’inammissibilità è fondata sull’assunta violazione del principio che impone la necessità della previa notifica del ricorso all’amministrazione intimata ed ai controinteressati prima del suo deposito; di tal che, il TAR ha dichiarato errata l’inversione del susseguirsi della notifica e del deposito del ricorso. Né sarebbe sufficiente, a dire della pronuncia, invocare la scusabilità dell’errore da imputare all’amministrazione, che, sin dalla pubblicazione della graduatoria, non aveva messo la ricorrente in condizione di notificare ritualmente il ricorso presso le residenze dei controinteressati.

Entrambe queste asserzioni sono, a mio modo di vedere, errate.

5. Innanzi tutto, la prima non tiene nel debito conto che il comma 6 dell’art. 55 del codice (dedicato alle misure cautelari collegiali) statuisce che *“se la notificazione è effettuata a mezzo del servizio postale, il ricorrente, se non è ancora in possesso dell’avviso di ricevimento, può provare la data di perfezionamento della notificazione producendo copia dell’attestazione di consegna del servizio di monitoraggio della corrispondenza nel sito internet delle poste”*. È ciò che una volta si chiamava: il deposito presso la cancelleria/segreteria dell’autorità giudiziaria del fascicolo con la sola “velina”, in attesa di poter fornire l’originale. Ora, tale evento non si configura più con la frequenza di quanto accadeva in passato in relazione alle notifiche degli atti giudiziari eseguite nei confronti delle pubbliche amministrazioni, dotate tutte di idonea pec (salvo che non siano difese *ex lege* dall’Avvocatura dello Stato, nei cui confronti va eseguita la notifica sempre con lo stesso mezzo). Tuttavia, per le persone fisiche - soprattutto di quelle con domicilio ignoto - il problema della corretta notifica si pone, eccome.

Quindi, esiste nel nostro ordinamento, oltre che nella prassi giudiziaria, una norma che consente l’inversione dell’ordine cronologico della notifica e del deposito del ricorso. Del resto, in tema di ritualità del deposito di un atto giudiziario che non sia l’originale ha avuto modo di interessarsi la giurisprudenza: *“Va infatti richiamata la giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. IV, 28 gennaio 2019, nn. 712 e 713), la quale ha escluso che sia configurabile la sanzione processuale della improcedibilità del ricorso, allorquando il ricorrente abbia iscritto a ruolo il giudizio col deposito della ‘velina’ ed abbia poi depositato l’originale del ricorso notificato solo dopo la scadenza del termine fissato dall’art. 45, primo comma, del processo amministrativo. Una tale interpretazione dell’art. 45, primo comma, risulta coerente non solo con la prassi concernente l’iscrizione a ruolo del ricorso, prima ancora che si perfezioni la notifica nei confronti della controparte, ma anche con la sentenza delle Sezioni Unite n. 16598 del 2016, la*

perfezionamento del procedimento notificatorio e, dunque, dell’avvenuta instaurazione del contraddittorio, e l’avviso non allegato al ricorso e non depositato successivamente può essere prodotto fino all’udienza di discussione”.

quale ha ravvisato una nullità sanabile per il non dissimile caso in cui, entro l'udienza di trattazione, nel processo civile l'appellante deposita l'originale dell'atto di citazione in appello" (Consiglio di Stato sez. IV, 14 giugno 2019, n. 4016). *"Entro l'udienza di trattazione"* e non due o quaranta giorni prima, come pretenderebbe il TAR torinese.

Sicché, una parte della giurisprudenza⁸ conferma la correttezza della prassi forense che consente l'iscrizione a ruolo (*recte*, il deposito del ricorso) con il semplice deposito di una velina (oggi diremmo di una fotocopia ovvero del documento in formato pdf), prima ancora del perfezionamento della notifica alle controparti, considerando rituale il deposito del ricorso anche dopo la scadenza del termine di trenta giorni decorrente dalla data dell'ultima notifica. Sembra dire, questa giurisprudenza, che è sufficiente che la parte ricorrente manifesti diligentemente la propria volontà di costituire il rapporto processuale allorquando dimostri – anche successivamente alla scadenza del termine di deposito del ricorso nelle forme consuete (ossia recante la prova delle eseguite notifiche) – che il ricorso sia stato notificato tempestivamente.

Ciò che, però, oltre a questo profilo assolutamente assorbente, non convince la sentenza in esame è l'individuazione di una sorta di principio di consumazione del potere di deposito del (primo originale del) ricorso notificato all'autorità, unitamente al fascicolo informatico, ancorché sia stato eseguito nel termine decadenziale di trenta giorni dalla data della sua notifica, ma prima della notifica del secondo originale ai controinteressati. Insomma, ci dice il TAR, non è possibile notificare il ricorso solo ad una parte (l'autorità emanante il provvedimento) e depositarlo, se non viene allegata anche la prova della notifica ai controinteressati (ovvero, ad almeno uno). Se la prova della notifica interviene successivamente, ancorché entro il termine perentorio di trenta giorni, il ricorso è da dichiarare inammissibile (o irricevibile).

Non convince innanzi tutto perché non esiste alcuna disposizione che espressamente sanzioni il deposito del ricorso prima dell'intervenuta notifica al controinteressato.

Infatti, l'art. 41, comma 2, del c.p.a. prescrive la notificazione del ricorso, a pena di decadenza, all'amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge decorrente dalla conoscenza legale dell'atto medesimo; ed il successivo art. 45, comma 1, prescrive il deposito del ricorso nel termine perentorio di trenta giorni decorrente dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto stesso si è perfezionata anche per il destinatario. Ma non esiste alcuna prescrizione che imponga il deposito del ricorso riportante tutte le attività processuali notificatorie (in altre parole, non è esclusa la possibilità del cd. doppio originale attestante la

⁸ Peraltro anche civile.

notifica del ricorso ad altri soggetti, diversi dall'autorità) in differenti tempi, purché siano state eseguite nel termine di trenta giorni decorrente dalla data dell'ultima notificazione (quanto meno ad un controinteressato).

Ciò che maggiormente stupisce, peraltro, nel corredo motivazionale, è l'esposizione della peculiarità della vertenza.

La parte ricorrente non s'era affatto dimenticata della necessità di notificare il ricorso ai controinteressati; difatti, non avendone la disponibilità, aveva chiesto all'amministrazione gli indirizzi di coloro che la precedevano in graduatoria. Tuttavia, volendo partecipare ai corsi previsti dal bando ed evitare di produrre un ricorso inutile, doveva necessariamente presentare, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., un'istanza cautelare monocratica, che le viene peraltro concessa, prima della discussione dell'istanza dinanzi al collegio. Quindi, essa ha notificato il ricorso all'amministrazione e l'ha depositato nello stesso giorno proprio per cercare di conseguire quanto prima l'ammissione con riserva. Di poi, una volta ricevuto l'elenco dei nominativi con i recapiti, ha proceduto alla notifica del secondo originale del ricorso ai controinteressati ed al suo deposito attestante la relativa prova.

Ebbene, sotto il profilo della mera ragionevolezza e logicità, non si vede come, in assenza della notizia dei domicili dei controinteressati, si sia potuto pretendere la rinuncia, sostanzialmente, alla tutela cautelare, assicurata, oltre che dalle norme costituzionali, dall'ordinamento codicistico, stante l'invocata *estrema gravità ed urgenza* di cui al comma 1 dell'art. 56, che autorizza il rilascio anticipato e provvisorio di misure cautelari monocratiche, e il sacrificio della tutela piena ed effettiva (art. 1 c.p.a.) a favore dell'ossequio formale al principio (non scritto) del deposito delle prove attestati la notifica, oltre che all'autorità emanante il provvedimento contestato, ai controinteressati, ai fini della regolare costituzione in giudizio e dell'instaurazione del rapporto processuale.

Ma su questo aspetto ci intratterremo dopo.

Vale solo la pena aggiungere che, in mancanza di un'espressa sanzione decadenziale, non pare che la decisione in esame sia persuasiva.

6. La pronuncia in esame non tiene conto di molti risvolti negativi che deriverebbero da una lettura (che appare ultronea) esclusivamente formalistica delle norme codicistiche. Mi riferisco a quanto potrebbe accadere – come sovente accade – nei casi in cui, una volta depositato il ricorso con la prova della sua notifica all'autorità, si accerti che la notifica al controinteressato non sia andata a buon fine (ad es., sia nulla). Il ricorrente, se è nei termini decadenziali di sessanta giorni, potrebbe reiterare una seconda, questa volta corretta, notifica? Seguendo il ragionamento del giudice piemontese, ciò non sarebbe ammissibile, in quanto sarebbe

necessaria la proposizione di una nuova azione giudiziaria, purché, ovviamente, nei termini decadenziali.

La sentenza in esame richiama, tuttavia, quale ausilio e conforto della tesi esposta, tre decisioni del Consiglio di Stato.

La prima (III Sez., 12 aprile 2023, n. 3701) afferma quanto segue: *“L’interessato, pertanto, non avendo provveduto a notificare il ricorso ad almeno uno dei controinteressati, è incorso in una violazione delle regole processuali”*. Tale ‘massima’ è di certo condivisibile, giacché si riferisce al consolidato principio, sancito poi dal codice, come sopra riportato. Purtroppo, essa afferma anche quanto segue: *“La notifica effettuata successivamente al deposito del ricorso di primo grado, nei confronti dei controinteressati in data 25 febbraio 2014, risulta inidonea a sanare il vizio procedurale in cui il signor La. è incorso. Tale circostanza costituisce una violazione delle regole processuali che impongono, a pena di decadenza, che la notificazione del ricorso debba, necessariamente, precedere il deposito dello stesso. D’altra parte, non ricorrono nel caso in questione, i presupposti per la concessione dell’errore scusabile in quanto le disposizioni in materia di notifica del ricorso amministrativo ai controinteressati risultano da tempo chiare e di univoca portata, tali cioè da non poter ingenerare oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto, sicché non è concedibile la rimessione in termini per errore scusabile in caso di mancata notifica del ricorso ad almeno un controinteressato”*. Questa parte della motivazione, quindi, sembra andare nel solco di quanto affermato dall’annotata decisione. Senonché, leggendo attentamente la motivazione congiuntamente all’esposizione del fatto, pare che il Giudice si sia determinato a respingere il ricorso di primo grado che era stato notificato il 14 novembre 2023 (il deposito, presumibilmente, è stato eseguito nei trenta giorni successivi), mentre la notifica al controinteressato era avvenuta il 25 febbraio 2014, ossia ben oltre tre mesi dopo la notifica del ricorso all’amministrazione. Nulla si sa se e quando l’amministrazione aveva fornito gli elementi utili per consentire una corretta notifica del ricorso ai vincitori del concorso.

La seconda sentenza è, invece, assai più perspicua. Infatti, la V Sezione, 2 novembre 2012, n. 7324⁹ imputa la motivazione del rigetto dell’appello (confermando il ricorso di primo grado) dando rilevanza alla costituzione del rapporto processuale, che, come noto, nasce con il deposito dell’atto introduttivo¹⁰; il quale, poiché era in origine sprovvisto della notifica al(l’unico) controinteressato, non può essere integrato da una successiva notifica. Dalla lettura della motivazione non sappiamo se questa notifica (del secondo originale) sia stata

⁹ la data è significativa: la vertenza aveva ad oggetto un’ordinanza che disponeva la traslazione dei resti da un loculo ad un altro...

¹⁰ A differenza del processo civile, ove è la notifica dell’atto introduttivo che instaura il rapporto processuale.

tempestivamente effettuata; anzi, dalla lettura dell'esposizione del fatto v'è da supporre che sia stata eseguita entro il termine di decadenza di notifica del ricorso. Ebbene, questa pronuncia si pone indubbiamente nel solco della prevalenza della forma sulla sostanza; ancorché individui, comunque, una soluzione (un *commodus*, pur se costoso, *discessus*, dovendosi pur eseguirsi il pagamento di un nuovo contributo unificato) per coloro che si sono precipitati a depositare il ricorso senza la sua previa notifica al controinteressato. Poiché non è valida detta notifica successiva al deposito del ricorso, ci dicono i Giudici di palazzo Spada, sarà pur sempre possibile notificare un altro ricorso, in analogia agli art. 358 e 387 del c.p.c. sulla reiterabilità dell'appello e del ricorso per cassazione, purché non sia intervenuta una previa sentenza dichiarativa d'inammissibilità del ricorso. Insomma, non si consumerebbe il potere d'impugnazione se esercitato nel termine di decadenza e se, ovviamente – ma ciò accade davvero raramente! – non si sia già espresso il giudice adito in questo davvero breve lasso di tempo con una pronuncia d'inammissibilità.

Con la terza sentenza la IV Sezione, 11 febbraio 2016, n. 594, torna a trattare questioni di concorsi e graduatorie ed afferma quanto segue: *“In altri termini nel processo amministrativo di impugnazione - per espressa e consolidata previsione legale - se ci sono controinteressati almeno uno di essi deve essere chiamato in giudizio prima del deposito dell'atto introduttivo e della instaurazione del rapporto giuridico processuale, salva la facoltà di integrare successivamente il contraddittorio nei confronti degli altri soggetti interessati a contraddire. Nel caso all'esame invece il ricorso introduttivo è stato notificato ad uno dei vincitori solo dopo che il TAR, in sede cautelare, aveva rilevato la violazione delle regole processuali di cui si è dato conto. Tale notifica ex post non è idonea, diversamente da come sostiene la difesa dell'appellante, a sanare il vizio procedurale in cui è incorso il ricorrente in quanto la legge, come si è visto, prescrive a pena di decadenza che la notifica del ricorso debba precedere il deposito dello stesso. D'altra parte non ricorrono, nel caso all'esame, i presupposti per la concessione dell'errore scusabile in quanto le disposizioni in materia di notifica del ricorso amministrativo ai controinteressati risultano da tempo chiare e di univoca portata, tali cioè da non poter ingenerare oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto, sicché non è concedibile la rimessione in termini per errore scusabile in caso di mancata notifica del ricorso ad almeno un controinteressato”*.

Questa sentenza, com'è agevole rilevare, àncora la sanzione dell'inammissibilità della notifica del ricorso al controinteressato successiva al deposito del ricorso stesso (notificato solo all'autorità amministrativa), *“per espressa e consolidata previsione legale”*, in quanto il rapporto processuale non tollera l'inversione delle operazioni processuali.

Le sentenze richiamate non convincono.

Innanzitutto, non si rinviene nel Codice, né è dato riscontrare una prescrizione del genere nelle previgenti ed attuali sopra riportate disposizioni processuali, ossia una norma che espressamente sanziona, con una pronuncia d'inammissibilità, il "doppio" deposito del ricorso: il primo originale, con la prova della notifica eseguita nei confronti dell'autorità; il secondo originale, con la prova della eseguita notifica nei confronti del controinteressato.

In secondo luogo, non è detto che il rapporto processuale s'instauri e si consumi solo con il deposito contenente la prova dell'avvenuta notifica ad un controinteressato. Del resto, la notifica del ricorso agli altri controinteressati completa la costituzione del rapporto processuale e non comporta affatto l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio se interviene tempestivamente. Del resto, la situazione processuale degli altri controinteressati, ai quali il contraddittorio può essere esteso successivamente, non è sostanzialmente diversa dal primo controinteressato, il quale potrà di certo difendersi in giudizio una volta messo a conoscenza della tempestiva notifica del ricorso; e non subisce alcun *vulnus* la sua posizione processuale se la prova della notifica ricevuta sia data successivamente al primo deposito.

Ben vero, non può attribuirsi natura decadenziale all'art. 45, comma 1, c.p.a., come espressamente o implicitamente riferiscono le richiamate decisioni, che si limita a disporre l'onere di deposito del ricorso e degli altri atti soggetti a preventiva notificazione (la norma si riferisce, evidentemente, anche ai motivi aggiunti di ricorso) nel termine perentorio di trenta giorni, per la semplice ragione che viene prescritto solo il termine massimo dell'operazione processuale, ma non viene introdotto anche il principio della consumazione dell'onere del deposito stesso, se un secondo originale del ricorso viene notificato ad un'altra parte processuale successivamente al deposito del primo originale.

Anzi, se la norma impeditiva di un secondo deposito dovesse individuarsi nel comma 1 dell'art. 45, rubricato "*Deposito del ricorso e degli altri atti processuali*", saremmo indotti a reputare che i successivi commi 2 e 3 (il 4 esclude la decadenza qualora non sia depositata copia del provvedimento impugnato) depongono in senso diametralmente opposto rispetto all'opinione espressa dalle sentenze rese dal Consiglio di Stato e ora richiamate. Infatti, il comma 1 si limita a prescrivere il deposito del ricorso nel termine di trenta giorni decorrente dalla data dell'ultima notificazione: "*Il ricorso e gli altri atti processuali soggetti a preventiva notificazione sono depositati nella segreteria del giudice nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto stesso si è perfezionata anche per il destinatario. I termini di cui al presente comma sono aumentati nei casi e nella misura di cui all'articolo 41, comma 5*". In altre parole, la norma impone al ricorrente di non procrastinare il deposito del ricorso notificato oltre il termine di trenta giorni, prescrivendo, quindi, un termine massimo per eseguire l'operazione. Ma non esclude affatto che l'atto introduttivo del giudizio

possa essere notificato e depositato nei successivi trenta giorni in momenti diversi (purché entro il termine di decadenza di cui all'art. 41).

A sua volta, il combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 41 conforta la tesi della possibile reiterazione del deposito in tempi diversi: *"2. È fatta salva la facoltà della parte di effettuare il deposito dell'atto, anche se non ancora pervenuto al destinatario, sin dal momento in cui la notificazione del ricorso si perfeziona per il notificante."* 3. *"La parte che si avvale della facoltà di cui al comma 2 è tenuta a depositare la documentazione comprovante la data in cui la notificazione si è perfezionata anche per il destinatario. In assenza di tale prova le domande introdotte con l'atto non possono essere esaminate"*.

Difatti, queste disposizioni ci dicono che la parte ricorrente può depositare il ricorso ancorché non disponga della prova dell'eseguita notifica alle controparti (compresi i controinteressati)¹¹, è tenuta a depositare tale prova (la cartolina di ritorno della raccomandata) e, inoltre, la sua mancata allegazione non comporta la sanzione dell'inammissibilità, bensì l'impossibilità (temporanea) che la domanda sia esaminata. Tant'è che tale prova potrà essere fornita anche durante l'udienza di discussione.

Poniamo il caso, non infrequente, che parte ricorrente, dopo aver ritualmente notificato copia del ricorso all'autorità, abbia consegnato altra copia all'ufficiale giudiziario per la notifica al controinteressato. È di tutta evidenza che, se non riceve tempestivamente l'attestazione dell'avvenuta notifica nel termine decadenziale di trenta giorni, essa è tenuta a depositare l'originale del ricorso ancorché privo di tale attestazione per non incorrere nella sanzione dell'irricevibilità per il mancato deposito del ricorso.

Ebbene, cosa accade se v'è un caso di *estrema gravità ed urgenza* di cui all'art. 56 c.p.a., *"tale da non consentire neppure la dilazione fino alla camera di consiglio"*? Come potrebbe la parte ricorrente presentare la domanda ed ottenere la misura cautelare monocratica se non ha ricevuto l'attestazione dell'eseguita notifica al controinteressato?

Ovviamente, la disposizione che impone il deposito del ricorso con la prova dell'eseguita notifica anche al controinteressato andrebbe letta congiuntamente all'art. 111, comma 2, Cost., sui principi di ragionevole durata del processo e di effettività della tutela giudiziaria (art. 1 c.p.a.). Qualora parte ricorrente non riuscisse a provare l'avvenuta notifica, il ricorso sarebbe inesorabilmente destinato ad una pronuncia di estinzione previa ordinanza del giudice di assegnazione di un termine perentorio per l'allegazione della prova (art. 35, comma 2).

Un'ultima riflessione su questo aspetto.

¹¹ Una lettura corretta della norma consente il deposito del ricorso anche dopo la scadenza del termine di trenta giorni, là dove il ricorrente ricevesse la cartolina di ritorno della raccomandata (ovvero l'attestazione dell'ufficiale giudiziario) che gli è pervenuta oltre il termine di trenta giorni.

Abbiamo sinora esaminato la fattispecie in relazione al suo aspetto “formale”. Se consultiamo tutti i “testi sacri” della Giustizia amministrativa, da Vittorio Emanuele Orlando in poi¹², leggiamo che l’onere della notificazione del ricorso, oltre che all’autorità emanante il provvedimento da impugnare, anche ad almeno un controinteressato, esprime il principio del rispetto della regolarità del contraddittorio, in quanto al processo devono partecipare, oltre all’autorità che ha emanato l’atto contestato, anche coloro, denominati controinteressati, che hanno un interesse intimamente connesso e contrastante con quello fatto valere dal ricorrente (ossia, sono i beneficiari dell’atto impugnato). Senonché, nei casi in cui non sia agevole l’individuazione di costoro e/o dei loro indirizzi, è possibile estendere il contraddittorio con una notifica successiva, anche per pubblici proclami. Quindi, lo scopo delle norme previgenti ed attuali, che impongono la notifica nel termine di decadenza, consiste nel fatto che, in disparte l’autorità che ha emanato il provvedimento, che ha rivestito nel procedimento una funzione (quasi arbitrale, in funzione della sua imparzialità ex art. 97 Cost.) e nel processo andrà a difenderne la sua legittimità, l’ordinamento impone che tutti i soggetti interessati alla conservazione dell’atto siano notiziati dell’esistenza di un giudizio. Esistenza che è data dal deposito dell’atto introduttivo e del suo deposito presso la segreteria del giudice adito. Sicché esse ben potranno nutrire il convincimento, con una presunzione *iuris et de iure*, che, scaduto il termine per l’impugnazione (generalmente di sessanta giorni), oppure scaduto il termine di trenta giorni per il suo deposito, quell’atto è divenuto inoppugnabile (salva la possibilità della proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato nel termine più ampio di centoventi giorni).

In altre parole, la funzione dell’introduzione nell’ordinamento di termini brevi per la proposizione ed il deposito del ricorso è quella di dare certezza all’operato dell’amministrazione e far sì che anche i beneficiari del provvedimento abbiano la consapevolezza dell’inoppugnabilità del provvedimento che ha arrecato loro un qualche beneficio. Sovrasta ed assorbe in sé la brevità dei termini di notifica e del deposito del ricorso il principio del contraddittorio; se il ricorso, con più originali, viene notificato in diversi momenti

¹² Cfr. *La giustizia amministrativa*, nel *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di Orlando stesso, Vol. III, ristampa anastatica, Napoli Jovene, 2024, 946 ss. ed in particolare 981 ss.; U. Borsi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1933, 253, E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 233. Anche la dottrina successiva non pare abbia affrontato la problematica evidenziata solo dalla giurisprudenza nel senso riportato nella presente nota. Si discuteva nel contesto della previgente normativa dei casi di mancato deposito del provvedimento impugnato da parte del ricorrente, oppure depositato dalle controparti: l’Orlando riferisce che “*la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha, dunque, adottato la savia massima che non importa inammissibilità del ricorso la mancanza del deposito del provvedimento, quando consti che il ricorrente si sia trovato nell’impossibilità di produrlo*”; e poi, “*colla sua solita lodevole larghezza la sezione ha ritenuto l’ammissibilità del ricorso*” una volta eseguito il deposito del provvedimento dalle controparti.

alle (contro)parti processuali e depositato in altrettanti momenti diversi, purché rispettosi dei termini decadenziali, non vi sono ragioni per ritenere violato il principio del contraddittorio.

7. Torniamo alla seconda parte della motivazione della decisione in commento, la quale ha escluso l'ammissibilità dell'errore scusabile.

Come si è sopra esposto, la vertenza aveva ad oggetto l'impugnazione di una graduatoria concorsuale. Nei casi in cui l'elenco dei controinteressati sia nutrito - come sovente accade per concorsi che vedono molti vincitori - l'ordinamento consente la notifica attraverso i pubblici proclami (art. 49).

Nell'ottica del rispetto del principio del contraddittorio che informa (anche) il processo amministrativo, comunque il ricorso deve essere notificato, oltre che all'autorità emanante il provvedimento contestato, anche ad almeno un controinteressato; ciò al fine di consentire al giudice di disporre l'integrazione del contraddittorio.

Ma cosa accade allorquando la graduatoria non rechi l'indicazione dei domicili o delle residenze dei vincitori? Generalmente, l'autorità amministrativa è tenuta, per ragioni di privacy, a non fornire indirizzi. Ebbene, in questo caso prudenza impone a colui che intenda reagire ad una graduatoria, ritenuta illegittima, in sede giudiziaria, di presentare un'istanza di accesso di richiesta degli indirizzi dei candidati che si sono collocati in graduatoria in una posizione più vantaggiosa.

Cosa accade se l'amministrazione non fornisce gli indirizzi? *Ad impossibilia nemo tenetur*. Il ricorso non potrà giammai esser dichiarato inammissibile a causa della mancata notifica ad almeno un controinteressato dovuta all'inerzia dell'autorità amministrativa.

E cosa accade se il ricorrente vuole avvalersi della tutela cautelare (monocratica, anche nella forma *ante causam*, oppure collegiale)? Non v'è dubbio che egli ha subito un grave impedimento di fatto; e non v'è dubbio, altresì, che egli è tutelato dall'ordinamento, che, con l'art. 37 c.p.a. (che recepisce un principio generale risalente), consente al giudice di disporre la rimessione in termini per errore scusabile.

Ora, il TAR torinese ha escluso di dover accedere a tale istituto, sostenendo che *"le disposizioni in materia di notifica del ricorso amministrativo ai controinteressati risultano da tempo chiare e di univoca portata, tali cioè da non poter ingenerare oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto"*. Anche in questa occasione ha richiamato la giurisprudenza, che esprime questo concetto.

Senonché, a me pare che non fosse in discussione una questione di una difficile o controversa interpretazione della norma, che consente la rimessione in termini per errore scusabile ai sensi della prima parte dell'art. 37 cit.; bensì un grave impedimento di fatto, contemplato dalla seconda parte della norma stessa. Insomma, come avrebbe potuto la parte ricorrente chiedere

la tutela cautelare (immediata o meno che fosse: *recte*, monocratica o collegiale rispettivamente ex art. 55 e 56 c.p.a.) se non era in possesso dell'elenco degli indirizzi dei vincitori della selezione? Come sarebbe stato possibile notificare il ricorso ai controinteressati, ancorché senza voler richiedere la tutela cautelare, per rispettare la prescrizione dell'onere di notifica del ricorso a costoro?

La pronuncia del giudice sarebbe stata certamente tardiva ed *inutiliter data* in quanto i corsi di specializzazione nelle more sarebbero stati iniziati se non completati. Insomma, sembra che parte ricorrente, che pur s'era attivata chiedendo all'autorità l'elenco degli indirizzi degli utilmente graduati, andasse giustificata quanto meno con il riconoscimento dell'errore scusabile. Diversamente opinando, sarebbero premiate - con la reiezione del ricorso e della domanda cautelare - quelle amministrazioni che non forniscono o forniscono tardivamente gli indirizzi dei controinteressati, affinché non siano di fatto accordabili le misure cautelari.

Non va trascurato che la notificazione del ricorso va eseguita nei confronti dei controinteressati individuati nell'atto o comunque facilmente individuabili, non solo con i loro nomi e cognomi, ma anche con gli indirizzi; e se questi devono restar "coperti" per la generalità dei cittadini, lo stesso non deve accadere per coloro che, avendo partecipato al concorso o alla selezione pubblica, intendono reagire contro la graduatoria¹³.

Giovanni Leone

Già Ordinario dell'Università di Napoli Federico II

¹³ L'inconveniente sarebbe ovviabile agevolmente se in tutti i concorsi venisse accordata ai concorrenti una password che consente l'accesso agli indirizzi dei concorrenti stessi.



GUIDOMARIA DE CESARE

Diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico e riparto di giurisdizione: una passeggiata sul crinale tra diritto sostanziale e processuale

Il nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs 36 del 2023, ha generalizzato il diritto di rinegoziare il contratto d'appalto divenuto squilibrato, anche in assenza di speciali clausole di rinegoziazione. Tuttavia, se a fronte dell'istanza dell'operatore economico la stazione appaltante non adempie l'obbligazione di rinegoziare, non è chiaro dinanzi a quale plesso giurisdizionale vada esercitata la pretesa a riportare in equilibrio il contratto. Il combinato disposto degli artt. 9, 120, comma 8, d.lgs. 36 del 2023 e 133 lett. e) c.p.a. depone nel senso della giurisdizione del giudice ordinario, dal momento che l'operatore economico pregiudicato dalla sopravvenienza sembra essere titolare di un diritto soggettivo alla rinegoziazione e non di un interesse legittimo. In ogni caso, se si addivene alla rinegoziazione in assenza delle condizioni di legge, è ragionevole riconoscere agli operatori economici precedentemente esclusi l'interesse legittimo ad impugnare la (ri)aggiudicazione (tacita) e ad ottenere il rinnovo della gara.

The new Code of Public Contracts. D.lgs. No. 36 of 2023, has generalized the right to renegotiate a public contract that has become unbalanced, even in the absence of special renegotiation clauses. However, if the contracting station fails to fulfill its obligation to renegotiate, it is unclear whether the economic operator should sue it before the administrative court or the ordinary court. The complex regulatory network narrowed by Articles 9, 120(8) of Legislative Decree No. 36 of 2023 and 133(e) c.p.a. argues in the latter sense, since the private party suffering the unfavorable contingency has a subjective right to renegotiation and not a legitimate interest. However, in the case of renegotiation in the absence of the conditions provided by law, it is possible that excluded economic operators may claim a legitimate interest at the renewal of the public procurement.

Sommario: 1. Il rapporto tra autonomia privata e contratto pubblico. – 2. Presupposti del diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico secondo buona fede. – 3. Il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede come diritto soggettivo: la giurisdizione del giudice ordinario. – 4. Inadempimento della stazione appaltante e tutele esperibili dall'appaltatore: il problema dell'esecuzione in forma specifica. – 5. Obbligo di trasparenza del RUP e interesse legittimo dei *competitors*.

1. Il rapporto tra autonomia privata e contratto pubblico

Il diritto alla rinegoziazione del contratto pubblico, accordato all'appaltatore dagli artt. 9 e 120, comma 8, del d.lgs 36 del 2023, e il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

rappresentano le più dirompenti novità del nuovo codice degli appalti pubblici¹. Infatti, il rapporto tra contratto pubblico e autonomia privata è storicamente segnato da reciproca antipatia², benché l'appalto pubblico instauri tra le parti un rapporto di lunga durata finalizzato al raggiungimento di un risultato, fisiologicamente esposto alle sopravvenienze³. Ciò nonostante, il d.lgs. 163 del 2006, agli artt. 114 e 115⁴, vietava, in assenza di apposite clausole di *hardship*⁵, la modificazione del contratto. Chiusa la fase dell'evidenza pubblica, non era

¹ In generale, circa l'efficacia "nomogenetica" dei principi contenuti nella parte prima del nuovo codice si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Arzano, 2023, p. 1313; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. it.*, 8-9-, 2023, p. 1950 ss., spec. 1960, secondo cui «[C]on la parte dedicata ai principi il nuovo Codice si impegna ad educare ad un modo diverso di condurre i contratti pubblici»; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, p. 287 ss.; sull'importanza di una gerarchizzazione dei principi in materia di contratti pubblici al fine di consentire all'amministrazione di individuare, senza margini di arbitrio, quale sia l'interesse prevalente nel singolo caso, L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 1, 2023, p. 5 ss., spec. 7; ID, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. Maltoni (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020, 143. Sull'importanza dell'art. 9 si veda invece G. F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 5, 2023, p. 561 ss.; G. MONTEODORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, disponibile all'indirizzo <https://www.giustizia-amministrativa.it>, il quale ricollega il diritto alla rinegoziazione alla garanzia costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione; P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, disponibile all'indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it>; S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi*, 4 ottobre 2023, p. 240 ss., il quale si interroga sulla validità delle clausole di accettazione del rischio predisposto dalla stazione appaltante e accettate dall'appaltatore, concludendo nel senso della loro invalidità, dal momento che la rinuncia preventiva a revisionare il contratto confliggerebbe con il principio guida del nuovo codice dei contratti pubblici – quello del risultato – al quale l'art. 4 attribuisce una valenza interpretativa e applicativa, nella parte in cui impone «il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo».

² L'art. 326 della legge n. 2248/1865 All. F prevedeva, rispetto agli appalti di lavoro, che «[P]er le opere o provviste a corpo, il prezzo convenuto è fisso e invariabile, senza che possa essere invocata dalle parti contraenti alcuna verifica sulla misura o sul valore attribuito alla qualità di dette opere o provviste». Sull'evoluzione del rapporto tra autonomia privata e *public procurement* cfr. M. COMBA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 8-9, 2023, p. 1975 ss..

³ Il riconoscimento all'appaltatore di un diritto alla rinegoziazione del contratto evita che il contratto di lunga durata assuma il valore di una "scommessa" sull'andamento dei costi che l'appaltatore deve sostenere per assicurare una prestazione di qualità pari a quella indicata nell'offerta tecnica (cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 67 ss.). Le basi di tale elaborazione possono rinvenirsi nella giurisprudenza nordamericana formatasi a proposito dei cc.dd. *relational contracts*, a partire dal celebre caso *ALCOA (Aluminium Co. Of America v. Essex Group)*, 7 aprile 1980, in *Foro it.*, 1981, 4, c. 363 ss., nel quale la *Federal District Court* della Pennsylvania impose la rinegoziazione di un contratto dalla durata di sedici anni, in conseguenza dell'eccessivo aggravarsi della posizione dell'appaltatore per effetto della crisi petrolifera.

⁴ Per l'analisi del regime normativo delle modifiche del contratto previsto dal d.lgs. 163 del 2006 si rinvia a R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 394 ss.

⁵ Le clausole di *hardship* nascono dalla prassi del commercio internazionale al fine di distribuire tra le parti il costo delle sopravvenienze. La funzione fondamentale della clausola è quella di consentire la rinegoziazione dei contratti – specialmente quelli a lungo termine – a fronte di eventi inattesi che modificano radicalmente l'equilibrio economico delle prestazioni, rendendo l'esecuzione eccessivamente onerosa (e, dunque, sconveniente) per una delle parti. In altri termini, le clausole di *hardship* vogliono scongiurare il rischio dell'*efficient breach*, il quale comprometterebbe la stessa regola di cogenza

possibile ricorrere agli strumenti dell'autonomia privata per rideterminare il contenuto del contratto. La *ratio* del divieto di rinegoziazione del contratto pubblico stava nella tutela della *par condicio competitorum*, soverchiamente compromessa dalla possibilità di modificare il contratto dopo l'esaurimento della fase dell'evidenza pubblica. Ad un primo approccio rigoristico della giurisprudenza nazionale⁶ ha fatto seguito quello di segno contrario della Corte di giustizia⁷, la quale ha aperto una prima breccia nel bastione dell'immodificabilità del contratto pubblico dopo l'aggiudicazione, alla triplice condizione che: a) si vertesse in materia di appalti aventi oggetti particolari ed aleatori; b) la possibilità di modifica sostanziale fosse stata prevista dalla legge di gara; c) fosse rispettata la parità di trattamento fra imprese attraverso la predeterminazione delle modalità applicative di tali adeguamenti.

L'esigenza di smussare il rigore della regola dell'immodificabilità del contratto pubblico è stata recepita dall'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50 del 2016 (nel prosieguo: vecchio codice degli appalti). La norma, costruita sul calco dell'art. 72, par. 1, lett. c) della dir. 2014/24 UE⁸, consentiva la modifica unilaterale del contratto, previa autorizzazione del responsabile unico del procedimento (RUP), a condizione che fosse determinata da «*circostanze impreviste e imprevedibili*». La necessità della previa autorizzazione del RUP, espressione del potere

dell'accordo contrattuale. Nel commercio internazionale la clausola di *hardship* trova applicazione in forza dell'espresso rinvio che le parti fanno ai vari testi di diritto contrattuale uniforme (per esempio, all'art. 6.2.2. dei Principi per i contratti commerciali internazionali Unidroit o all'art. 6:111 dei *Principles of European Contract Law* (PECL). Entrambe le norme stabiliscono che, qualora le parti non addivengano ad un accordo entro un termine ragionevole, il giudice ha facoltà di risolvere o di modificare il contratto *ex officio*). Peraltro, la stessa Relazione di accompagnamento al nuovo codice degli appalti non nasconde che il calco dell'art. 9 è proprio quello delle clausole di *hardship* del commercio internazionale. Da ultimo, sulle rinegoziazioni nel commercio internazionale v. E. ROSSI, *Clausole di hardship e obbligo di rinegoziazione nei contratti internazionali*, in *Giur. it.*, 1, 2023, p. 223 ss., anche per la letteratura *ivi* citata.

⁶ Cass. civ., sez. I, 18 dicembre 2003, n. 19433; Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2003, n. 6072; Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281; Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2002, n. 6004, tutte in *Dejure*; da ult., nel senso che l'istituto della revisione prezzi integri una "clausola anomala", Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2023, n. 6847, ove si legge che «*La logica del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente al tempo dell'adozione dell'atto qui impugnato, era quella di evitare che la clausola revisionale potesse alterare in modo sostanziale il contratto riflettendosi negativamente sulla effettività delle condizioni concorrenziali della gara esperita, sicché la regola generale era il divieto di clausola revisionale salvi i casi derogatori tassativamente previsti, nei quali fosse possibile una revisione "senza una nuova procedura di affidamento", a condizione che tale revisione non apportasse "modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro". La norma del 2016, infatti, si raccorda al diritto dell'Unione europea che, a tutela della concorrenza, limita i meccanismi di revisione dei prezzi degli appalti pubblici per evitarne i potenziali effetti elusivi del meccanismo della gara pubblica [...]. Trattandosi di norma derogatoria del principio della gara, non ne è consentita un'interpretazione analogica ed estensiva (come è del resto esplicitato dalla disposizione contenuta nel comma 6 dell'art. 106: "Una nuova procedura d'appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2")*».

⁷ Corte giust., 7 settembre 2016, C-549/14, *Finn Frogne*, consultabile all'indirizzo: www.curia.eu.

⁸ Sulla cui importanza si veda il capillare lavoro di P. BOGDANOWICZ, *Contract Modification in EU Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 75 ss.

discrezionale della stazione appaltante⁹, ha indotto gli interpreti a ricostruire la posizione giuridica soggettiva del privato affidatario, colpito dalla sopravvenienza, in guisa di un interesse legittimo¹⁰ inserito in un insolito «*focolaio pubblicistico*» all'interno della fase esecutiva¹¹: la revisione era infatti preceduta da un'istruttoria svolta dal RUP secondo le norme di autorganizzazione dettate dalla stazione appaltante. La revisione dei prezzi era dunque espressione del potere autoritativo di verifica dei presupposti del compenso revisionale; *per converso*, si attribuiva generalmente natura paritetica all'atto di riconoscimento del *quantum*¹².

Rispetto al riparto di giurisdizione, invece, l'art. 133 lett. e), n. 2) c.p.a. assoggettava l'intera disciplina della revisione prezzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (*breviter*:

⁹ Secondo F. GOISIS - P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi europolitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, p. 97 ss, spec. 114, è da escludere che l'autorizzazione alla revisione del prezzo sia espressione di una potestà vincolata; infatti, nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica cui è soggetta la stazione appaltante e in ottemperanza al dovere di non alterare la natura sostanziale del contratto, il RUP è chiamato non soltanto ad accertare l'esistenza dei presupposti della revisione, ma anche a ponderare – passando per un apposito modulo procedimentale attivato su istanza di parte – «un più ampio e complesso fascio di interessi pubblici e privati implicati da detta modifica oggettiva: quello (comune a entrambi i contraenti) di completare tempestivamente l'esecuzione del contratto aggiudicato; l'interesse (pubblico) al contenimento della spesa; l'interesse (pubblico) ad acquisire prestazioni di beni e servizi che non subiscano nel corso del tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione, incidenti sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta dell'impresa aggiudicataria; l'interesse (privato) dell'appaltatore a non subire un'alterazione significativa dell'equilibrio contrattuale conseguente all'eccessiva onerosità, sopravvenuta durante l'arco del rapporto, della prestazione; l'interesse (privato) dell'offerente non aggiudicatario alla corrispondenza della fase di esecuzione a quella dell'aggiudicazione con riguardo ai termini previsti dall'offerta risultata vittoriosa in sede di gara».

¹⁰ M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2022, p. 1067.

¹¹ Espressione mutuata da F. FRACCHIA-W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, 2, 2020, p. 203 ss..

¹² È noto che il Consiglio di Stato, sul finire degli anni '30, superò l'equivalenza fra ricorso al g.a. e impugnazione di un provvedimento, elaborando la controversa categoria dell'atto paritetico, il quale non è espressione di potere autoritativo benché si iscriva in una vicenda di esercizio dello stesso, con conseguente giurisdizione del g.a. (per l'idea secondo cui l'atto paritetico rappresenterebbe un «*espediente formale, ancorché utile per risolvere un problema reale*», quale quello della giurisdizione del g.a. ad atti non provvedimentali, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, p. 187; nello stesso senso, M. FRATINI, *op. cit.*, p. 704; per l'imprecisione della figura e l'auspicio di un suo abbandono da parte della giurisprudenza amministrativa, R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 43 ss.). La qualificazione dell'atto di determinazione del *quantum* in guisa di atto paritetico implica la devoluzione della questione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo siccome è stato superato «il tradizionale orientamento interpretativo secondo cui al giudice amministrativo spettavano le sole controversie relative all'an della pretesa alla revisione del prezzo, mentre competevano al G.O. le questioni inerenti alla quantificazione del compenso, sicché rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A., in virtù di detta norma del c.p.a. (art. 133, lett. e) n. 2 – N.d.r.), ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del *quantum debeatur*» (cfr. T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, 2 ottobre 2019, n. 4704, in *Foro Amm.*, II, 2019, 10, 1737; nello stesso senso, Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2009, n.13892, in *Dejure*).

g.a.)¹³. Con l'implicazione che il privato, in caso di inerzia della stazione appaltante, poteva agire ex artt. 31, comma 3, e 117 c.p.a. per l'accertamento del silenzio-inadempimento ma non per ottenere la condanna al rilascio del provvedimento anelato, ex art. 34, lett. c) c.p.a., in ragione del divieto per il g.a. di sostituirsi all'amministrazione nello svolgimento di attività discrezionali¹⁴.

La prospettiva sembra essere profondamente mutata dopo l'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti che, all'art. 9, riconosce alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza «*un diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali*»; parimenti, l'art. 120, comma 8, il quale disciplina la modifica dei contratti in corso di esecuzione, a fronte dell'istanza di rinegoziazione del privato, impone al RUP di formulare «*una proposta di un nuovo accordo*». L'utilizzo del lessico proprio della contrattualistica induce a ritenere che, almeno rispetto alle sopravvenienze atipiche, la posizione giuridica soggettiva del privato, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, sia cifrabile in termini di diritto soggettivo¹⁵, con ovvie ricadute in tema di riparto di giurisdizione e di tutele a disposizione dell'aggiudicatario. Ciò non esclude che la previsione di un obbligo di rinegoziazione debba conciliarsi i principi di trasparenza e di tutela della concorrenza, rispettivamente riconosciuti dagli artt. 2 e 3 in posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto a quello di conservazione del contratto. Tale aspetto, unitamente a quello del riparto di giurisdizione, sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo, non prima di aver analizzato i presupposti del diritto alla rinegoziazione secondo buona fede.

2. Presupposti del diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico secondo buona fede.

¹³ Eccettuato il caso in cui in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, cui fa da contraltare un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria (cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2021, n. 35952; v. anche Cons. Stato, sez. III, 07 luglio 2022, n. 565, entrambe in Dejure).

¹⁴ Sull'ineffettività del sistema di tutela avverso il silenzio-inadempimento del RUP, v. F. GOISIS e P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 115, secondo cui in caso di inerzia, l'appaltatore può proporre un'azione giurisdizionale avverso il silenzio-inadempimento, tuttavia il g.a. non può pronunciare sulla specifica pretesa dedotta in giudizio, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a., trattandosi di attività discrezionale dell'amministrazione rispetto alla quale sono necessari adempimenti istruttori.

¹⁵ Come opportunamente colto da G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 298 ss., secondo cui «*il diritto alla rinegoziazione è riconosciuto per legge [...] anche a prescindere da una specifica pattuizione ed è sempre tutelabile mediante il ricorso alla determinazione equitativa da parte del giudice ordinario*»; nello stesso senso anche P. PATATINI, *op. cit.*, p. 13, la quale coglie nella possibilità accordata dalla norma di rivolgersi al giudice per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario il passaggio da un potere discrezionale di rinegoziazione ad un suo obbligo a rinegoziare il contratto. Si sbilancia a favore della configurabilità di un diritto soggettivo alla rinegoziazione, non diverso da quello che l'art. 1664 c.c. accorda all'appaltatore privato, anche M. COMBA, *op. cit.*, p. 1980, ancora, più di recente, nel senso della sussistenza di un diritto soggettivo alla rinegoziazione, V. CERULLI IRELLI, *Il Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024, p. 21.

Gli studi del secolo scorso in tema di effetti giuridici delle sopravvenienze hanno determinato il passaggio dall'impostazione più tradizionale del problema, legata principalmente ad una visione strutturale del fenomeno contrattuale e incline, quindi, a valorizzare il dato volontaristico¹⁶, a quella funzionale e più dinamica che accorda preminenza alla questione del rischio contrattuale¹⁷; questione certamente presente in tutti i contratti a prestazioni corrispettive e, in particolare, in quelli di durata. Sicché oggi il rapporto tra alea economica del contratto e rapporti di durata si legge, principalmente, in chiave di analisi economica del diritto, come problema di allocazione tra le parti del rischio di interferenze da sopravvenienza¹⁸. A differenza della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, il diritto alla rinegoziazione del contratto pubblico è un rimedio manutentivo inteso a ripristinare l'originario equilibrio del contratto, ripartendo tra le parti il costo della sopravvenienza. Infatti, è appena il caso di osservare che l'effetto demolitorio conseguente alla risoluzione del contratto assai raramente corrisponde all'interesse delle parti quando queste hanno sostenuto costi non ripetibili, come

¹⁶ L'impostazione volontaristica è riconducibile agli studi del Windscheid, il quale fu il primo a sistematizzare l'istituto della presupposizione come divergenza fra quanto espressamente pattuito dai contraenti e quanto implicitamente assunto come contenuto del regolamento contrattuale. Nella nostra dottrina il primo autorevole approfondimento del tema risale agli studi dell'OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 ss., nonché ID, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471 ss., al quale si deve la costruzione concettuale che fa leva sulla "volontà marginale", ossia sull'accordo che non sia stato tradotto in precetto negoziale, rimasto dunque "a margine" della stipulazione e ciononostante diretto nella mente dei contraenti a individuare il valore economico obiettivo della prestazione. Peraltro, la dottrina della presupposizione trovò esplicita formulazione nell'art. 22 del progetto italo-francese di unificazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti, secondo cui: «*se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto e alla prestazione dell'altro contraente di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l'obbligazione*». Tale concezione, oggi invero superata (v. *infra* nel testo), sopravvive nell'esperienza giuridica sanmarinese, nella quale è ricorrente l'idea per cui il contratto è implicitamente soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*, come attestato da V. PIERFELICI, *Lineamenti di diritto civile sanmarinese*, San Marino, 2022, p. 455 ss.. Per una ricostruzione del dibattito sulle sopravvenienze contrattuali nel secolo scorso, si veda il recente contributo di G. GUIZZI, *Sopravenienze contrattuali, inesigibilità della prestazione e rimedi: linee di una vicenda*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2023, p. 884.

¹⁷ Il cambio di prospettiva è segnato dall'intuizione del NICOLÒ, voce «*Alea*», in *Enc. del dir.*, 1958, I, Milano, p. 1026, secondo cui «*[B]isogna esaminare se il tipo di contratto posto in essere, per il suo contenuto e per la sua funzione, non implichi di per sé che al momento del suo perfezionamento vi sia o vi debba essere la consapevolezza delle parti di affrontare un certo margine di rischio, collegato appunto all'eventuale verificarsi di situazioni di fatto e di vicende, economiche o di altra natura, che normalmente, o per lo meno non eccezionalmente, incidono sullo svolgimento di quel singolo tipo di rapporto e influiscono sul risultato economico che le parti vogliono conseguire*».

¹⁸ P. GALLO, *Analisi economica del diritto*, in *Introduzione al diritto comparato*, III, Torino, 2017, p. 80; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2002, p. 63 ss., spec. 84; per la dottrina nordamericana, che si è occupata diffusamente del problema, sia sufficiente in questa sede un rinvio a R. POSNER e A. ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, in *J. Legal Studies*, 6 1977, p. 90 ss..

quelli istruttori o di scelta del contraente¹⁹. Se ne trae l'implicazione per cui la conservazione dell'equilibrio contrattuale attraverso il rimedio della rinegoziazione secondo buona fede in luogo della risoluzione ex art. 1467 c.c., da un lato, vuole evitare che i costi non ripetibili dell'evidenza pubblica siano traslati sulla collettività, dall'altro, che l'aggiudicatario, per far fronte all'aumento dei costi legati alla sopravvenienza, esegua una prestazione qualitativamente diversa rispetto a quella indicata nell'offerta tecnica, in potenziale pregiudizio dell'interesse pubblico²⁰. Talché, a differenza del rimedio previsto dall'art. 1467 c.c., la rinegoziazione secondo buona fede non alloca il rischio della sopravvenienza sul solo contrante non pregiudicato, il quale rischia di perdere il contratto, bensì lo ripartisce tra le parti secondo una logica cooperativa²¹, diretta a massimizzare, nonostante la sopravvenienza, l'utilità marginale ritraibile dal contratto medesimo. Negli ultimi tempi, complice l'emergenza sanitaria e i focolai di guerra, il legislatore ha introdotto fattispecie tipiche di rinegoziazione del contratto²², le quali, al pari dall'art. 9 del nuovo codice degli appalti, comprimono lo spazio

¹⁹ Secondo V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 967, la risoluzione è «inidonea nei casi in cui il contratto serve a realizzare operazioni di lunga durata, tecnicamente complesse ed economicamente impegnative che – una volta avviate – sono difficilmente reversibili».

²⁰ M. COMBA, *op. cit.*, p. 1979, il quale opportunamente declina il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale come attuazione del principio del risultato di cui all'art. 1, in quanto è interesse dell'amministrazione «giungere comunque alla realizzazione dell'opera o all'acquisizione dei beni o dei servizi per i quali la stessa si è determinata a procedere con l'appalto e, di conseguenza, è necessario eliminare tutte le rigidità che, a fronte di una situazione imprevedibile, conducono necessariamente alla risoluzione anziché alla rimodulazione del contratto». La stessa Commissione Speciale, 12 ottobre 2001, costituita in seno al Consiglio di Stato per rendere parere circa la legittimità della prassi delle stazioni appaltanti di "rinegoziare al ribasso" ha affermato che «quel che invece deve innanzitutto venire in rilievo al riguardo è il possibile peggioramento del servizio o della qualità del prodotto fornito in quanto in linea di fatto – come è noto – l'impresa aggiudicataria dovrebbe in qualche modo «scaricare» lo sconto ulteriore effettuato nei confronti dell'Amministrazione [...]».

²¹ Nel senso che in ogni rapporto obbligatorio si innestano doveri di collaborazione, cfr. E. BETTI, *Prolegomeni: funzione economica sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 13, secondo cui «Il rapporto obbligatorio non è fine a se stesso, ma è strumento ad un fine di convivenza e questo fine rappresenta l'appagamento di un interesse del creditore alla cooperazione del debitore. Il contenuto economico sociale del diritto di obbligazione è, infatti, l'interesse ad una prestazione altrui, un interesse destinato a realizzarsi attraverso un comportamento del debitore, attraverso la sua cooperazione».

²² Il riferimento è, senza pretesa di completezza, alle seguenti novità normative: la rinegoziazione del mutuo ipotecario acceso sulla "prima casa" con il beneficio dell'esdebitazione del debitore esecutato, prevista dall'art. 41-bis, del d.l. n. 124 del 2019; l'art. 6-novies del d.l. n. 41 del 2021 a proposito della ricontrattazione delle locazioni commerciali durante il periodo di emergenza sanitaria (su cui si veda l'approfondimento di M. TICOZZI, *Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone*, in *Giur. it.*, 1, 2023, p. 229 ss.); l'art. 10, comma 2, del d.l. 118 del 2021, che ha esplicitamente introdotto la possibilità per l'imprenditore, la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, di invocare la rideterminazione del contenuto dei contratti in corso (sul tema v. A. ZANARDO, *La rinegoziazione dei contratti di durata nelle crisi d'impresa*, in *Giur. it.*, 1, 2023, p. 239 ss.); l'art. 17, comma 5, del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, il quale prevede che l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute (cfr. F. MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *Contratti*, 1, 2022, p. 5).

applicativo della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, conformemente al generale *favor* ordinamentale per i rimedi manutentivi o di adeguamento del contratto²³. Benché producano effetti diversi, i due rimedi condividono i medesimi presupposti: l'art. 9 chiarisce che la sopravvenienza è rilevante purché sia «straordinaria e imprevedibile», non diversamente dall'art. 1467 c.c.; inoltre, la norma sancisce, con formula sostanzialmente sovrapponibile a quella di cui all'art. 1467, comma 2, c.c., che la sopravvenienza deve determinare «un'alterazione rilevante dell'equilibrio originario del contratto», non riconducibile alla «normale alea» dello stesso, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato²⁴. L'affinità fra i presupposti della rinegoziazione secondo buona fede e della risoluzione per eccessività sopravvenuta depone nel senso che la posizione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario colpito dalla sopravvenienza sia qualificabile in termini di diritto soggettivo. Altri indici di carattere testuale confortano la bontà dell'impostazione in discorso.

ss.). Tra i moltissimi interventi della letteratura legati alle conseguenze della pandemia sui rapporti contrattuali si segnalano: G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2020, p. 57 ss.; P. GALLO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – emergenza Covid e revisione del contratto*, in *Giur. It.*, 2020, p. 2439 ss.; F. MACARIO, *Sopraavvenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, p. 129 ss.; M. ROSSETTI, *Contratto e Covid*, in *Foro it.*, 3, 2021, c. 74 ss., spec. 80, ove si nega che gli interventi settoriali in tema di rinegoziazione dei contratti iniqui legittimino, in via di *analogia legis* o *iuris*, la deduzione di un generale principio di rinegoziazione del contratto divenuto squilibrato; *contra* A. SCARPA, *Gli spazi dell'equità nel contesto del Covid-19*, *ivi*, c. 89 ss., il quale stilla dagli artt. 1374 e 1375 c.c. un generale obbligo di rinegoziare il contratto inciso dalle sopravvenienze atipiche, peraltro passibile, ove inadempito, di esecuzione in forma specifica. Per l'incidenza dell'emergenza sanitaria sui contratti pubblici si veda S. FANTINI, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urb. e app.*, 5, 2020, p. 641 ss.; in tema di accordi amministrativi, cfr. S. GRANDOLINI, *L'obbligo di rinegoziazione degli accordi amministrativi. Due modelli a confronto*, in *Dir. econ.*, 1, 2022, p. 343 ss.; nonché F. GOISIS-P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 123 ss..

²³ La stessa Relazione di accompagnamento al d.lgs. 36 del 2023 sottolinea che con l'articolo in questione «viene introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.».

²⁴ Si avverte l'eco di quell'impostazione dottrinale secondo cui l'«alea normale del contratto» dipende non solo dal tipo contrattuale, giacché ogni tipo sottende un diverso piano di ripartizione dei rischi fra i contraenti, bensì anche dall'apprezzamento di ogni dato personalizzante che concorra a disegnare il piano di ripartizione dei rischi concretamente diviso dai contraenti, come la specifica congiuntura di mercato in cui il singolo contratto si inserisce (cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 953; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2021, p. 1502). Inoltre, la formulazione letterale del nuovo art. 9 riprende quanto affermato da Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11635 laddove evidenzia che «[G]li istituti volti al riequilibrio del sinallagma contrattuale non assumono affatto come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa, connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi, dovendosi fare riferimento non già ad aumenti di costi di fattori della produzione prevedibili – anche dal punto di vista della loro consistenza valoriale – nell'ambito del normale andamento dei mercati relativi, bensì al fatto di aver fornito la prova "rigorosa", non circa il maggior costo sostenuto rispetto a quello ipotizzato in sede di offerta, ma in merito alla sussistenza di eventuali circostanze imprevedibili che abbiano determinato aumenti o diminuzioni nei costi».

3. Il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede come diritto soggettivo: la giurisdizione del giudice ordinario.

L'art. 9 allude al «diritto alla rinegoziazione» e non all'interesse legittimo dell'aggiudicatario all'esercizio di un potere ripristinatorio dell'equilibrio del contratto. Benché il solo argomento letterale non sia dirimente²⁵, non può negarsi che il legislatore collocando il diritto alla rinegoziazione a valle del procedimento di evidenza pubblica e, dunque, in un momento successivo alla stipulazione del contratto²⁶, abbia cifrato la posizione dell'appaltatore – il quale, non a caso, è definito dallo stesso art. 9, comma 3, «contraente» – come diritto soggettivo. Allo stesso modo, non va sottovalutato il tenore letterale dell'art. 133 lett. e) c.p.a., il quale, al n. 1) devolve alla giurisdizione esclusiva del g.a. le (sole) controversie relative alle procedure di affidamento, con esclusione di quelle che si pongono a valle della fase dell'evidenza pubblica; inoltre, il successivo n. 2) attribuisce al g.a. le (sole) controversie relative ai provvedimenti applicativi delle clausole di adeguamento dei prezzi ex art. 133, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 163 del 2006. Non può recarsi in dubbio che il rinvio al vecchio codice degli appalti abbia natura non ricettizia²⁷ e, dunque, vada inteso alle corrispondenti norme del d.lgs. 36 del 2023, ossia all'art. 60 che regola la clausola di revisione prezzi inserita nei documenti di gara. L'attivazione di tale clausola è rimessa, al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 120, all'esercizio di un potere unilaterale dell'amministrazione come comprovato dall'utilizzo del termine «provvedimento» da parte dell'art. 133 lett. e), n. 2), c.p.a., cui fa da contraltare un interesse legittimo del privato. Infatti, l'art. 120, comma 13, prevede che le

²⁵ È noto, infatti, che il legislatore utilizza con una certa promiscuità i termini «diritto» e «interesse legittimo». L'esempio forse più noto è quello del diritto di accesso regolato dall'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo, il quale, a dispetto del tenore letterale della disposizione, ha natura di interesse legittimo procedimentale in ragione della situazione di potere in capo all'amministrazione tenuta all'ostensione, il cui mancato esercizio è sanzionabile nelle forme previste dagli artt. 31 e 116 c.p.a.. Ciò nonostante, l'art. 133 c.p.a. lett. a) n. 6) riconduce le controversie in materia di accesso alla giurisdizione esclusiva del g.a., con ciò avallando la tesi che lo configura come diritto soggettivo. La *querelle* è stata sopita da Cons. Stato, ad. plen., 20 aprile 2006, n. 7, la quale, senza prendere posizione circa la natura dell'accesso, ne ha evidenziato il carattere strumentale e funzionale alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti. L'utilità sottesa al diritto di accesso non è *in re ipsa*, bensì è collegata al bene della vita finale che l'istante intende tutelare. Talché, la qualificazione della pretesa ostensiva in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo è irrilevante, atteso che la sua eventuale lesione non incide direttamente sulla sfera giuridica dell'istante, ripercuotendosi su di essa solo indirettamente nella misura in cui comporti una menomazione nella tutela della situazione giuridica finale (cfr. F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 902; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit., p. 797).

²⁶ Sul tema si veda N. LIPARI, *Giurisdizione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, V, Milano, 2019, p. 592. Anche la giurisprudenza è concorde nel ritenere che lo spartiacque tra giurisdizione del g.a. e quella del giudice ordinario sia di norma segnato dalla stipula del contratto (cfr. Cons. Stato, ad. plen. 30 luglio 2008, n. 9, in *Dejure*), dal momento che nella fase di esecuzione le parti operano su un piano di sostanziale parità e sono titolari di diritti e obblighi sui quali si riepande la competenza generale che l'art. 102 Cost. riconosce al giudice ordinario.

²⁷ Così P. PATATINI, *op. cit.*, p. 9.

modifiche e le varianti applicative delle clausole di revisione prezzi debbano essere autorizzate dal RUP all'esito di un subprocedimento disciplinato dalle norme dell'ordinamento della stazione appaltante. Pertanto, un'interpretazione *a contrario* dell'art. 133 lett. e), n. 2), c.p.a. veicola il convincimento per cui, fuori dall'ipotesi di adeguamento del contratto in applicazione della clausola del bando di revisione prezzi, il privato, a fronte delle sopravvenienze considerate dall'art. 9, è titolare di un diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario (*breviter*: g.o.). Inoltre, l'esperienza giurisprudenziale antecedente all'entrata in vigore del nuovo codice suffraga l'idea per cui spetta al g.o. decidere sulle controversie aventi ad oggetto la rinegoziazione del contratto di appalto; infatti, l'amministrazione non dispone di un potere autoritativo di modifica unilaterale dell'oggetto del contratto ed è, dunque, in posizione di parità rispetto all'aggiudicatario²⁸.

L'opposta tesi ritiene, invece, che l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale che dialoga con l'interesse legittimo dell'appaltatore colpito dalla sopravvenienza, dal momento che la rinegoziazione, ai sensi dell'art. 9, comma 1, cpv., deve avvenire nei limiti delle risorse economiche stanziare dalla Stazione appaltante al momento della programmazione dell'intervento; talché, l'amministrazione sarebbe tenuta ad una attività di ponderazione dei diversi interessi coinvolti nella vicenda procedimentale, tra cui l'interesse legittimo pretensivo dell'affidatario alla rinegoziazione del contratto²⁹. L'argomento prova troppo e finisce per confondere la discrezionalità amministrativa con la funzionalizzazione dell'attività *iure privatorum* dell'amministrazione a fini di interesse pubblico. Invero, l'azione amministrativa, anche quando espressa attraverso moduli non autoritativi, è diretta al perseguimento dell'interesse pubblico³⁰; infatti, la garanzia costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, unitamente alle sue declinazioni di settore, si riferisce all'amministrazione-apparato, non già all'amministrazione-potere³¹. In altri termini, l'impiego di moduli privatistici non esonera l'amministrazione dal perseguimento dell'interesse pubblico³². Una cosa è la discrezionalità amministrativa, altra la funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto

²⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2019, n. 1937.

²⁹ G. F. NICODEMO, *op. cit.*, p. 569.

³⁰ In tal senso, con particolare riguardo all'attività *iure privatorum* della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici, G. CREPALDI, *L'esecuzione del contratto, in Autorità e consenso nei contratti pubblici*, Torino, 2017, p. 150.

³¹ Così M. FRATINI, *ult. op. cit.*, p. 429.

³² In tal senso, VILLATA - M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 95, secondo cui «del tutto vaga risulta, infatti, l'affermazione in base alla quale l'amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale debba perseguire l'interesse pubblico, il quale si pone come misura di valore della decisione discrezionale. Del resto, tutta l'attività amministrativa, sia quella provvedimentoale, sia quella negoziale, è funzionalizzata». Non a caso, l'art. 8 del nuovo codice degli appalti prevede che l'autonomia privata delle stazioni appaltanti è funzionalizzata al perseguimento delle finalità istituzionali, con ciò avallando l'idea secondo cui anche l'attività di diritto privato è preordinata al soddisfacimento del superiore interesse della collettività.

privato al perseguimento dell'interesse pubblico³³. Il presupposto della discrezionalità amministrativa è l'esercizio di un potere autoritativo: senza potere non può esservi vera discrezionalità. La tesi in esame finisce dunque per inferire la sussistenza di un potere discrezionale dalla compresenza di limiti di carattere economico al diritto alla rinegoziazione, non considerando che l'art. 120, comma 8, ricostruisce la posizione dell'amministrazione, a fronte dell'istanza di rinegoziazione dell'operatore economico, in termini di «obbligo», dizione, quest'ultima, del tutto incompatibile con la pretesa situazione di potere in capo all'amministrazione³⁴.

Non deve poi stupire la "procedimentalizzazione" della rinegoziazione di cui all'art. 120, comma 8; infatti, atteso che l'azione amministrativa, quantunque condotta secondo moduli privatistici, deve tendere alla realizzazione dell'interesse pubblico, la previsione di finestre partecipative e di termini per lo svolgimento delle trattative è coerente con la logica della «massima tempestività» di cui all'art. 1 del nuovo codice. Pertanto, la ricostruzione dell'art. 9 in termini di norma di azione, nella misura in cui stabilisce limiti, economie e finalità della rinegoziazione, non pare sufficientemente avallata dal dato normativo.

4. Inadempimento della stazione appaltante e tutele esperibili dall'appaltatore: il problema dell'esecuzione in forma specifica.

La ricostruzione del diritto alla rinegoziazione in guisa di diritto soggettivo influisce sul ventaglio di tutele, esperibili dinanzi al g.o., a disposizione dell'operatore economico in caso di inerzia dell'amministrazione. Esclusa l'azione contro il silenzio-inadempimento di cui agli artt. 31, comma 3, e 117 c.p.a., l'art. 120, comma 8, sancisce che il RUP, ricevuta la richiesta di rinegoziazione, debba formulare una proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi, il cui decorso è fonte di responsabilità per l'amministrazione. Benché il decorso del termine integri un inadempimento qualificato, non pare che l'operatore economico possa agire contro la stazione appaltante per la risoluzione del contratto ex art.

³³ Secondo la classica definizione del GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e Problemi*, Milano, 1939, p. 77, la discrezionalità amministrativa consiste in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi, pubblici e privati coinvolti in una vicenda di esercizio del potere, in maniera tale che ciascuno di essi «sia soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene che abbia nella fattispecie».

³⁴ Come già notato da B. MARCHETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023, p. 120; negli stessi termini, F. GOISIS e P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 130. La correlazione tra diritto alla rinegoziazione dell'appaltatore e obbligo dell'amministrazione di trattare secondo buona fede, ritraibile dall'intreccio degli artt. 9 e 120, comma 8, riporta alla mente la nota definizione del PUGLIESE, *Actio e diritto subbiiettivo*, Milano, 1939, p. 60, del diritto soggettivo come «particolare situazione di preminenza di un soggetto di diritto rispetto ad uno o a tutti gli altri relativamente a un determinato bene della vita, quale risulta da un obbligo gravante sui secondi nei confronti ed in favore del primo, ed avente per oggetto quel bene».

1453 c.c. siccome la caducazione del contratto violerebbe al contempo i principi del risultato e della conservazione del contratto pubblico, di cui agli artt. 1 e 9 del nuovo codice. Se si ammettesse il rimedio della risoluzione, per una sorta di eterogenesi dei fini, uno strumento di carattere manutentivo, come la rinegoziazione del contratto, finirebbe per operare in guisa di un rimedio caducatorio, in spregio allo spirito della riforma. Pertanto, il riferimento alla responsabilità di cui all'art. 120, comma 8, va più correttamente inteso come alla responsabilità precontrattuale per violazione dell'obbligo di buona fede in fase di trattativa, ex art. 1337 c.c.. Per giunta, è ragionevole supporre che il risarcimento del danno dovrà essere pari all'interesse positivo differenziale³⁵: il giudice, ai fini della quantificazione del danno, sarà tenuto ad effettuare un giudizio prognostico di carattere ipotetico, volto a ricostruire quale sarebbe stato il contenuto del contratto qualora l'amministrazione non avesse posto in essere la condotta scorretta. Peraltro, l'attività di quantificazione è facilitata dalla circostanza che l'art. 9 fissi un *price-cap* agli oneri sostenibili in sede di rinegoziazione³⁶; talché, il risarcimento dell'interesse positivo differenziale non potrà mai eccedere il valore delle somme indicate nel quadro economico di intervento alle voci «imprevisti e accantonamenti».

Non è escluso che oltre al rimedio di carattere risarcitorio l'appaltatore possa domandare, in caso di inadempimento dell'amministrazione, l'esecuzione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2932 c.c., del contratto adeguato. Nonostante si tenda a negare la possibilità in forma specifica l'obbligo di rinegoziare³⁷, in ragione della ontologica differenza tra obbligo di rinegoziare e obbligo di contrarre, nel particolare contesto degli appalti pubblici pare sostenibile una diversa tesi che, in applicazione dei principi del risultato e della conservazione del contratto pubblico,

³⁵ Su cui si veda V. ROPPO, *op. cit.*, p. 179 ss.; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., p. 1206.

³⁶ Cfr. *supra* § 3.

³⁷ Cfr. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1, 2016, p. 179 ss., secondo cui «l'art. 2932 si riferisce ad un obbligo a contrarre e non ad un obbligo a trattare, come l'obbligo di rinegoziazione in cui non si prevede l'obbligo di dar vita ad un contratto definitivo avente un certo contenuto. Il discorso vale sia per le clausole di rinegoziazione che prevedano il mero obbligo di iniziare la trattativa sia per quelle che dettano criteri sufficientemente specifici e tali da consentire l'emissione di una sentenza costitutiva che esegua in forma specifica l'obbligo di contrarre. L'obbligo a rinegoziare è altro dall'obbligo a contrarre che presuppone un contenuto contrattuale di riferimento»; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 81; contra A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, p. 209 ss.; nonché S. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 7, 2012, p. 572 ss., spec. 582, il quale ritiene possibile praticare «un'interpretazione evolutiva della norma sull'esecuzione in forma specifica – soprattutto alla luce del fatto che l'intervento del giudice rappresenta un elemento ineliminabile per conferire effettività all'obbligo di rinegoziare». Nello stesso cfr. la Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione dell'8 luglio 2020, n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19*, p. 27, ove si legge che il ricorso all'art. 2932 c.c. per attuare l'obbligo inadempito di rinegoziare non è così avventato quando «le variate circostanze attengono ai costi indispensabili ad eseguire la prestazione, l'adattamento del contratto può condursi attraverso una rimodulazione delle modalità attuative della prestazione o mediante una revisione al rialzo dei costi con incremento del prezzo finale in ambito contrattuale e concorsuale».

riconosca al giudice un vero e proprio potere sostitutivo dell'autonomia negoziale delle parti. La valorizzazione del quadro economico come limite quantitativo del diritto al riequilibrio del contratto, di cui all'art. 9, gli conferisce una particolare rilevanza esterna in quanto esso diventa un parametro estremamente rilevante per l'appaltatore, al fine di conoscere quale sia lo spazio di adeguamento delle proprie pretese in caso di eventi straordinari ed imprevedibili³⁸. Il quadro economico, da mero atto interno, assume a dignità di elemento la cui conoscenza da parte dell'operatore economico è necessaria per formulare un'offerta di modificazione congrua e informata al RUP; al contempo, le voci «imprevisti e accantonamenti» del quadro economico, segnando il limite di valore massimo entro cui il RUP può accogliere la proposta di rinegoziazione formulata dall'appaltatore, forniscono al giudice un utile parametro per l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 2932 c.c.. Più precisamente, la valorizzazione del quadro economico contenuta nell'art. 9, supporta l'idea per cui l'appaltatore vanta un diritto potestativo alla modificazione del contratto nei limiti delle risorse indicate nel quadro economico. Pertanto, la sentenza costitutiva del giudice non creerebbe il precetto negoziale sostitutivo di quello divenuto squilibrato a causa delle interferenze da sopravvenienza, bensì adeguerebbe il corrispettivo dovuto all'appaltatore nei limiti tracciati dall'art. 9³⁹. Inoltre, la stessa Relazione di accompagnamento al nuovo codice, nella parte in cui lega il diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico alle "suggerzioni" provenienti dagli strumenti di *soft law*⁴⁰, induce a ritenere che l'inerzia della pubblica amministrazione, a fronte dell'istanza dell'appaltatore, sia sanzionabile con il rimedio di cui all'art. 2932 c.c..

Tale soluzione non è poi così eversiva se si considera che l'impossibilità di adeguamento giudiziale del contratto incentiverebbe l'appaltatore, in base a valutazioni di opportunità, ad eseguire una prestazione di qualità inferiore rispetto a quella indicata nell'offerta tecnica, in grave pregiudizio dell'interesse pubblico. Tale esito, potenzialmente pregiudizievole del principio del risultato, nella parte in cui impone alle stazioni appaltanti di assicurare il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo dell'opera pubblica, dovrebbe indurre gli interpreti a

³⁸ Così M. COMBA, *op. cit.*, p. 1983.

³⁹ L'idea espressa nel testo fa eco a quanto anzitempo affermato da A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 667, spec. 714, secondo cui «altro è che quei criteri siano concretamente dettati, ancorché bisognosi di ricognizione, applicazione, e al caso qualche sviluppo e integrazione; altro è che le parti (come spesso accade nella prassi) dettino solo vaghe clausole generali di equità, buona fede, proporzionalità, appropriatezza, e simili. Le osservazioni appena spese si riferiscono al primo caso. Il giudice potrà qui intervenire coercitivamente, anche con poteri di integrazione marginale, alla stessa stregua di quanto si ammette per la determinazione ai sensi dell'art. 2932 c.c. del contratto definitivo».

⁴⁰ Si allude, in particolare, alle clausole di *hardship* di cui ai Principi Unidroit e ai PECL (*supra* nota n. 3), i quali rispettivamente, agli artt. 6.2.3. e 6: 111, prevedono la possibilità per il giudice di sostituirsi all'autonomia privata in caso di fallimento delle trattative.

caldeggiare una lettura funzionalizzata e “smussata” dei limiti del rimedio di cui all’art. 2932 C.C..

5. Obbligo di trasparenza del RUP e interesse legittimo dei *competitors*.

Pertanto, non è escluso che nella vicenda negoziale sottesa alla rinegoziazione del contratto di appalto divenuto squilibrato possano innestarsi posizioni di interesse legittimo di altri operatori economici. L’art. 120, comma 14, prevede l’obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea, a cura della stazione appaltante, delle modifiche del contratto avvenute nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere b) e c). Inoltre, il comma 15 prevede che il RUP abbia l’obbligo di comunicare e trasmettere all’ANAC tutte le modifiche apportate ai contratti in corso, la cui inosservanza è fonte di sanzioni amministrative pecuniarie ex art. 222, comma 13. Tali disposizioni sono pratica declinazione dei principi di trasparenza e di “*par condicio competitorum*”, la cui violazione consente alle imprese non aggiudicatrici o addirittura estranee alla gara di agire dinanzi al g.a.⁴¹. Infatti, se mancano i presupposti dell’art. 120 e vi è comunque stata una modifica contrattuale (sostanziale) senza nuova gara, si verifica di fatto un affidamento diretto illegittimo, la cui contestazione, pur attenendo ad una vicenda esecutiva, rientra nel contenzioso sulle procedure di affidamento di spettanza della giurisdizione esclusiva del g.a.⁴², siccome l’operatore economico ricorrente vanta un interesse strumentale alla corretta esplicazione delle condizioni concorrenziali di accesso alla gara⁴³.

⁴¹ Cfr. Cass. civ., 10 gennaio 2013, n. 477 secondo cui la scelta di ricorrere a trattativa privata per l’affidamento di un servizio è sindacabile sotto il profilo dei presupposti che legittimano la stazione appaltante ad adottare tale procedura in luogo di quelle più confacenti ai principi comunitari di apertura del mercato delle commesse pubbliche, con l’implicazione che l’impugnazione avverso la decisione potrebbe essere esperita da tutti gli operatori economici appartenenti al settore cui si riferisce il contratto stipulando, ritenendosi tale appartenenza idonea a differenziarne la posizione giuridica sostanziale rispetto a quella del *quivis de populo*; v. anche Cass. civ., sez. un., 31 ottobre 2019, n. 28211 ove si legge che «*la domanda con cui il terzo titolare di posizione differenziata [...], contestando la sussistenza dei presupposti per la modifica o variazione del contratto durante il periodo di efficacia, previsti dall’art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, invochi l’annullamento o la declaratoria di inefficacia degli atti amministrativi con cui la P.A. committente abbia ampliato l’oggetto dello stesso in favore dell’aggiudicatario, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, venendo in rilievo, non già una questione relativa all’esecuzione del contratto [...], né una questione di invalidità del contratto per vizi del procedimento di evidenza pubblica, bensì l’illegittima decisione dell’ente committente di procedere all’affidamento diretto dei lavori o servizi aggiuntivi in favore dell’aggiudicatario, senza indire un’ulteriore gara d’appalto, così ledendo l’interesse legittimo del terzo a partecipare a tale gara*».

⁴² Così R. DE NICTOLIS, *Il processo in materia di appalti pubblici*, in *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2023, p. 2008, secondo cui, pur consistendo la rinegoziazione in una trattativa pura tra la stazione appaltante e l’aggiudicatario, essa può comunque tradursi in una violazione delle regole dell’evidenza pubblica, denunciabile in giudizio dai controinteressati, i quali, lamentando l’utilizzo della rinegoziazione in luogo della gara, devono agire dinanzi al g.a. ai sensi dell’art. 133 lett. e) c.p.a..

⁴³ Nel senso che si tratti di un interesse strumentale alla caducazione dell’atto di affidamento diretto della commessa e all’attivazione di una vera e propria procedura di evidenza pubblica, F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1338; sulla tutelabilità degli

L'impugnazione dovrà dunque essere diretta contro il provvedimento amministrativo implicito di aggiudicazione di un nuovo contratto pubblico⁴⁴, emanato in violazione delle regole dell'evidenza pubblica, entro il termine semestrale decorrente dalla stipulazione del contratto previsto dall'art. 120, comma 3, c.p.a.

L'impossibilità di ricorrere al g.a. decorsi sei mesi dalla rinegoziazione del contratto che non ha avuto alcuna pubblicità⁴⁵, non esclude che il g.o. possa adeguatamente tutelare gli interessi degli operatori economici esclusi. In caso contrario si indulgerebbe forse a riconoscere al fatto compiuto un'importanza eccessiva; nella logica del bilanciamento tra l'interesse alla celere esecuzione dell'opera e il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, strumentale al diritto alla parità di accesso alle commesse pubbliche, maturata la preclusione prevista dall'art. 120, comma 3, c.p.a., l'ordinamento deve riconoscere agli operatori economici pregiudicati una qualche forma di tutela giurisdizionale. Talché, per fugare dubbi di costituzionalità, la decadenza semestrale andrebbe intesa come mera preclusione dell'azione dinanzi al giudice amministrativo e non come decadenza da ogni forma di tutela giurisdizionale avverso l'aggiudicazione illegittima⁴⁶. A tale ricostruzione non osta il dettato dell'art. 133 lett. e) c.p.a. che qualifica *in subiecta materia* la giurisdizione del g.a. come "esclusiva", giacché essa attiene alla fase antecedente alla stipula ovvero a quella dell'evidenza pubblica, non già al rapporto contrattuale. Non sembra, dunque, inibito al g.o. disapplicare incidentalmente l'aggiudicazione implicita, emessa in violazione dei presupposti di cui all'art. 120 del d.lgs. 36 del 2023, anche oltre il termine semestrale di decadenza.

interessi strumentali in guisa di posizioni giuridiche di vantaggio allorché la violazione dei primi possa incidere sul bene della vita finale anelato dal privato, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017, p. 230 ss..

⁴⁴ La giurisprudenza amministrativa propende per l'ammissibilità del provvedimento amministrativo implicito, a condizione che: a) esista, a monte, una manifestazione espressa di volontà (affidata ad un atto amministrativo formale o anche ad un comportamento a sua volta concludente), da cui possa desumersi l'atto implicito: e ciò in quanto la rilevanza relazionale dei comportamenti amministrativi deve essere apprezzata, in termini necessariamente contestualizzati, nel complessivo quadro dell'azione amministrativa; b) la manifestazione di volontà a monte provenga da un organo amministrativo; c) non sia normativamente imposto il rispetto di una forma solenne, dovendo operare il generale principio di libertà delle forme; d) dal comportamento si desuma in modo non equivoco la volontà provvedimentale, dovendo esistere un collegamento di necessaria implicazione tra atto implicito e atto presupponente; e) che, in ogni caso, emergano *e factis* gli elementi necessari alla ricostruzione del potere esercitato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 589; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5822; T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 15 marzo 2023, n. 658; T.A.R. Firenze, (Toscana) sez. II, 12 luglio 2023, n. 701, tutte in Dejure).

⁴⁵ Osserva opportunamente F. FIGORILLI, *Tratti peculiari del rito speciale in materia di appalti*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012, p. 1030 ss., che l'art. 120, comma 3, c.p.a. infrange un principio consolidato nel nostro ordinamento processuale, secondo cui in assenza di idonee forme di comunicazione/notificazione/pubblicazione dei provvedimenti amministrativi «è la piena conoscenza a costituire il parametro di riferimento per calcolare i termini per proporre ricorso al avanti al giudice».

⁴⁶ Così M. FRACANZANI, *Il rito in materia di contratti pubblici*, in *Diritto processuale amministrativo*, diretto da G. P. Cirillo, Milano, 2017, p. 1196 ss.

Passando ai rimedi esperibili, l'imprenditore, venuto a conoscenza oltre il termine semestrale della rinegoziazione pratica in assenza dei presupposti di legge, potrà domandare al g.o. l'accertamento della nullità del contratto d'appalto pubblico concluso nonostante la violazione delle regole imperative dell'evidenza pubblica⁴⁷, fermo restando il diritto al risarcimento del danno per perdita di *chances*.

Pertanto, la giurisdizione sulle vicende modificative del contratto spetta al g.o. quando l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare viene contestato dall'appaltatore, mentre spetterà al g.a. qualora il terzo estraneo rispetto al contratto, titolare di un interesse strumentale al rifacimento della gara, contesti la violazione dei presupposti previsti dagli artt. 9 e 120, lamentando un affidamento diretto della commessa pubblica fuori dai casi tassativamente previsti dalla legge⁴⁸. Infine, esigenze di effettività della tutela giurisdizionale impongono di riconoscere la giurisdizione del g.o. una volta decorso il termine di decadenza semestrale dalla sottoscrizione del contratto rinegoziato in assenza dei presupposti, fattuali e pubblicitari, previsti dall'art. 120.

Guidomaria De Cesare
Dottorando

⁴⁷ Per la sussistenza della giurisdizione del g.o. rispetto alle controversie in materia di nullità contrattuale, Cass. civ., sez. un., 31 gennaio 2017, n. 2482.

⁴⁸ Sulla legittimazione del terzo non aggiudicatario, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4167, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2004, p. 1160 ss., con nota di A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*.



PIETRO FRANZINA

Il rinvio ai criteri di giurisdizione della convenzione di Bruxelles: le Sezioni Unite pongono fine a una lunga stagione di incertezza

L'art. 3 della l. 31 maggio 1995 n. 218, di diritto internazionale privato, dispone che i giudici italiani debbano servirsi di determinati criteri stabiliti nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 per verificare la propria giurisdizione nei confronti di convenuti domiciliati in uno Stato non contraente della convenzione, ancorché criteri in questione siano pensati, nella convenzione, per operare esclusivamente nei confronti di persone stabilite in uno Stato contraente. L'estensione dei criteri in parola vale per le sole controversie comprese nella sfera materiale della convenzione e si riferisce a quanto stabilito dalla convenzione stessa e dalle sue «successive modificazioni in vigore per l'Italia». La previsione non è mai stata modificata dal legislatore, neanche dopo che la convenzione è stata sostituita dal regolamento (CE) n. 44/2001 (Bruxelles I), a sua volta rifiuto nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I bis). Alcuni dei criteri richiamati hanno conosciuto, nel frattempo, delle modifiche di rilievo. Si è posto così il problema di sapere se il rinvio di cui all'art. 3 della l. n. 218/1995 debba tuttora essere inteso come implicante un riferimento all'originaria configurazione di quei criteri, o ne designi, invece, la versione riformata. La Corte di cassazione ha oscillato per quindici anni fra una lettura storica e una lettura evolutiva del rinvio. Una recente pronuncia, resa con l'intento di risolvere definitivamente il dubbio, ha preso posizione a favore del secondo orientamento, quello che riferisce il rinvio ai criteri nuovi. La pronuncia, condivisibile nell'esito ma sorretta da un ragionamento non convincente, è esaminata da una duplice angolatura: in sé stessa e come spia di un problema più generale, relativo alla «manutenzione», largamente inadeguata, delle norme di diritto internazionale privato operanti in Italia.

According to Article 3 of the Italian Statute on Private International Law (Law No 218 of 31 May 218), Italian courts are to rely on some of the grounds set out in the Brussels convention of 27 September 1968 to assess their jurisdiction over defendants domiciled in non-contracting States, despite the fact that the grounds in question are only meant to be invoked, under the convention, vis-à-vis persons domiciled in a contracting State. The unilaterally determined extension of the convention's rules applies only to proceedings within the material scope of the convention and refers to the convention itself and any «subsequent modification thereof in force for Italy». Although the convention has been replaced by regulation (EC) No. 44/2001 (Brussels I), later replaced, in turn, by regulation (UE) n. 1215/2012 (Brussels I bis), Article 3 of the Statute has been left untouched by the legislator. Some of the jurisdictional rules referred to by the Statute have undergone, in the meanwhile, some practically meaningful changes. Against this background, the issue has risen of whether Article 3 should still be understood as referring to the jurisdictional grounds in question, as shaped by the convention, or should rather apply as revised. For some fifteen years, the Italian Supreme Court have been fluctuating between the two interpretations, sometimes endorsing one reading, other times espousing the opposite view. By a recent decision, aimed at bringing an end to uncertainty,

the Court ruled that the reference to the convention and its subsequent. Modifications must be understood as a reference to the grounds in question as revised by the regulations. The outcome, it is submitted, is persuasive, but the underlying reasoning is not. The decision is analysed in the paper both in itself and as evidence of a more general challenge that private international law rules currently face in Italy, namely the lack of appropriate “maintenance”.

Sommario: 1. Il caso: Sez. Un., 28 febbraio 2024, n. 5303 – 2. Le norme in discussione – 2.1. Evoluzione storica del regime di Bruxelles I – 2.2. Lo spazio lasciato dalle norme europee alle regole di fonte interna – 2.3. Le norme europee evolvono, il rinvio resta invariato – 3. I termini del problema: natura e funzione dell’art. 3 della l. n. 218/1995 – 3.1. Un rinvio riferito ai criteri della convenzione, non alle sue norme, ma a carattere dinamico – 3.2. La *querelle* sull’interpretazione del rinvio: la tesi storica e quella dinamica. – 4. I precedenti – 4.1. Il caso monegasco (2009) – 4.2. Il caso venezuelano (2018) – 4.3. Il caso di Guernsey (2019) – 4.4. Il caso cinese (2021) – 4.5. Gli ultimi sussulti: i casi del 2022 e del 2023 – 4.6. Le ordinanze di rimessione della Seconda Sezione (2023) – 5. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite – 6. Un esito condivisibile, basato su un’argomentazione non persuasiva – 6.1. Un approccio che non rispecchia il senso e la funzione del rinvio – 6.2. Una ricostruzione incompleta dei dati pertinenti – 6.3. La chiave per sciogliere l’ambivalenza rilevata – 6.4. Cenni ad altri interrogativi posti dal rinvio – 6.5. Il futuro del rinvio ai criteri europei – 7. Quindici anni di evitabili incertezze: la spia di un problema più generale.

1. Il caso: Sez. Un., 28 febbraio 2024, n. 5303

Una società italiana fornisce a una società turca dei dispositivi di navigazione per le imbarcazioni prodotte da quest’ultima. La società turca, lamentando il cattivo funzionamento delle apparecchiature ricevute, rifiuta di versarne il prezzo e annulla gli ordini relativi alle ulteriori partite che l’italiana si era impegnata a farle avere.

Ritenendo infondate le doglianze della compratrice, la venditrice si rivolge nel 2011 al Tribunale di Roma, che ingiunge alla società turca di pagare il prezzo pattuito. Questa si oppone, eccependo *in limine* l’insussistenza della giurisdizione italiana. Invoca l’art. 3, comma 2, primo periodo, della l. 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Si tratta della disposizione che rinvia ad alcuni criteri di giurisdizione stabiliti nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968¹, estendendone l’impiego ai

¹ La convenzione è stata eseguita in Italia con la l. 21 giugno 1971, n. 804.

convenuti non domiciliati negli Stati contraenti (di fatto, gli Stati membri della Comunità europea). Fra i criteri oggetto di rinvio vi è quello che assegna la cognizione delle controversie in materia contrattuale al giudice del luogo di adempimento dell'obbligazione litigiosa. Per la società turca, tale criterio deve ritenersi designare, in rapporto a una compravendita, il giudice del luogo di consegna dei beni, e ciò anche quando si faccia questione, come nella specie, del mancato pagamento del prezzo. Si impone tale conclusione, sostiene l'opponente, perché, in forza del rinvio, il criterio del luogo dell'adempimento non va inteso nella sua fisionomia originaria, fissata dalla convenzione, ma nella nuova configurazione impressagli dal regolamento (CE) n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. regolamento Bruxelles I)², vale a dire la misura legislativa che ha sostituito la convenzione, nel frattempo peraltro rimpiazzata, a sua volta, dal regolamento (UE) n. 1215/2012 (c.d. regolamento Bruxelles I *bis*)³. Nella specie, asserisce la società turca, la giurisdizione italiana fa difetto perché i beni oggetto del contratto litigioso non sono stati consegnati in Italia, ma in Turchia.

Il Tribunale di Roma rigetta l'eccezione e conferma il decreto. Afferma che il rinvio disposto dall'art. 3 della l. n. 218/1995 si riferisce tuttora ai criteri della convenzione di Bruxelles, come ivi configurati. Significa che l'obbligazione rilevante, ai fini della competenza, non va identificata nell'obbligazione che caratterizza il contratto (la consegna dei beni), ma in quella su cui fa leva la domanda dell'attore: il pagamento del prezzo, che nella specie era dovuto in Italia.

La società turca impugna la decisione, ma l'appello è respinto dalla Corte d'appello di Roma per le stesse ragioni. Ricorre allora per la cassazione della sentenza di secondo grado, lamentando la violazione dell'art. 3 della l. n. 218/1995.

Il ricorso approda alle Sezioni Unite della Corte di cassazione a seguito della decisione della Seconda Sezione, a cui il ricorso era stato inizialmente assegnato, di rimettere gli atti alla Prima Presidente⁴. Sulla questione al centro del ricorso, osserva la Seconda Sezione, si sono venuti formando nella giurisprudenza di legittimità due indirizzi divergenti: quello sposato dal Tribunale di Roma e dalla Corte d'appello capitolina, che scorge nell'art. 3 della l. n. 218/1995 un riferimento ai vecchi criteri della convenzione, e quello opposto, che gioverebbe alla ricorrente, che dà rilievo per i medesimi fini alla nuova fisionomia di quei criteri.

Con l'ordinanza n. 5303 del 28 febbraio 2024, le Sezioni Unite hanno preso definitivamente posizione a favore del secondo orientamento, cassando la sentenza d'appello. Il rinvio

² G.U.C.E., L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss.

³ G.U.U.E., L 351, 20 dicembre 2012, p. 1 ss.

⁴ Cass., 13 settembre 2023, n. 26422.

compiuto dall'art. 3 della l. n. 218/1995 a certi criteri della convenzione di Bruxelles, ha affermato la Corte, deve oramai considerarsi riferito all'attuale configurazione dei criteri in discorso, non a quella originaria.

La pronuncia delle Sezioni Unite – condivisibile per l'esito cui perviene, non per il ragionamento che la sorregge – ha il merito di sciogliere un dubbio che ha impegnato la dottrina, i pratici e la stessa giurisprudenza per quasi vent'anni. I costi di questa lunga incertezza per le imprese italiane impegnate in relazioni commerciali con l'estero avrebbero potuto essere evitati con uno sforzo trascurabilissimo della stessa Cassazione, o, meglio ancora, del legislatore.

L'ordinanza della Suprema Corte si presta, in questo senso, ad essere esaminata da una duplice angolatura. Da un lato, infatti, la pronuncia presenta un evidente interesse per sé stessa, cioè per la risposta che fornisce a un quesito di «notevole rilievo teorico e pratico», secondo le parole dell'ordinanza di rimessione della Seconda Sezione. Dall'altro lato, l'ordinanza offre l'opportunità per riflettere su un problema generale di cui costituisce la spia, che interessa la comprensione delle norme di diritto internazionale privato e, se è permessa l'espressione, la loro «manutenzione».

Entrambe le prospettive di indagine saranno esplorate in questo scritto. Alla seconda sarà dedicato il paragrafo conclusivo.

2. Le norme in discussione

L'ambito della giurisdizione italiana in materia di contratti commerciali è ormai da tempo definito da norme uniformi, elaborate in funzione del processo di integrazione europea. Alla citata convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 ha dapprima fatto seguito, come detto, il regolamento Bruxelles I (applicabile ai procedimenti successivi al 1° marzo 2002)⁵, quindi il regolamento Bruxelles I *bis* (per i procedimenti successivi al 10 gennaio 2015)⁶.

2.1. Evoluzione storica del regime di Bruxelles I

Il regime di Bruxelles I, espressione impiegata per designare la disciplina racchiusa negli strumenti ora menzionati senza distinguere fra le successive incarnazioni della stessa, ha conosciuto nel tempo degli sviluppi rilevanti. Se l'impianto generale è rimasto sostanzialmente inalterato, i regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I *bis* hanno introdotto rispetto a vari aspetti delle modifiche di rilevante importanza pratica.

⁵ Art. 76 del regolamento Bruxelles I.

⁶ Art. 66 del regolamento Bruxelles I *bis*.

Fra le scelte che, sin qui, non sono mai state messe in discussione vi è quella di distinguere, ai fini della competenza giurisdizionale, a seconda che la domanda sia proposta nei confronti di una persona domiciliata in uno Stato soggetto allo stesso regime di Bruxelles I o piuttosto in uno Stato terzo. Nei riguardi dei convenuti «europei» i giudici di uno Stato membro possono avvalersi unicamente dei titoli di giurisdizione dettati dalle norme armonizzate (art. 3 della convenzione di Bruxelles; art. 3 del regolamento Bruxelles I; art. 5 del regolamento Bruxelles I *bis*, mentre rispetto ai convenuti domiciliati altrove valgono in ciascuno Stato membro, sia pure con qualche eccezione, i titoli previsti dalle norme interne (art. 4 della convenzione di Bruxelles; art. 4 del regolamento Bruxelles I; art. 6 del regolamento Bruxelles I *bis*): se il convenuto non è domiciliato in uno Stato membro, la competenza delle autorità giurisdizionali di ciascuno Stato membro è disciplinata dalla legge di tale Stato⁷. Si parla, a questo proposito, di competenza giurisdizionale «residua», per segnalare che le disposizioni di fonte interna operano nell'ambito ad esse concesso dalla normativa europea, i confini del quale sono tracciati da questo per esclusione, una volta disciplinati con regole armonizzate i casi che la stessa normativa europea ha, per così dire, più a cuore (i procedimenti instaurati nei confronti di persone domiciliate nello spazio giudiziario europeo e altri in relazione ai quali l'Unione ha uno speciale interesse)⁸.

In realtà, come ha avuto modo di chiarire la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, il regime di Bruxelles I abbraccia di per sé *tutte* le controversie rientranti nella sua sfera di applicazione materiale. La normativa europea si occupa, in questo senso, anche delle azioni avviate nei confronti di convenuti extra-europei, salvo «delegarne» la disciplina alle regole di fonte interna dei singoli Stati membri⁹.

⁷ La disposizione, nella formulazione del regolamento Bruxelles I *bis*, fa salva l'applicazione dell'art. 18, par. 1 (in materia di contratti conclusi da consumatori), dell'art. 21, par. 2 (in materia di rapporti individuali di lavoro), dell'art. 24 (in tema di competenze esclusive imperative) e dell'art. 25 (sugli accordi di proroga della giurisdizione).

⁸ Sul tema v. in generale, di recente, M. STÜRNER, F. PFÖRTNER, *Residual Jurisdiction: Back to the Future?*, in *EU Civil Procedure Law and Third Countries - Which Way Forward?*, a cura di A. Trunk, N.E. Hatzimihail, Baden Baden, 2021, p. 53 ss.

⁹ Corte di Giustizia, parere 1/03 del 7 febbraio 2006, ECLI:EU:C:2006:81, punti 148. Dopo aver osservato che il regolamento Bruxelles I «contiene un insieme di disposizioni che formano un sistema globale e si applicano non solo ai rapporti tra vari Stati membri ... ma anche ai rapporti tra uno Stato membro ed uno Stato terzo», e che l'applicabilità delle sue norme sulla competenza «presuppone l'esistenza di un elemento di estraneità», con la precisazione che questo «non deve necessariamente derivare ... dall'implicazione di più Stati contraenti, in ragione del merito della controversia o del rispettivo domicilio delle parti della controversia», la Corte ha affermato che proprio la «natura globale e coerente del sistema delle norme sui conflitti di competenza» del regolamento porta a credere che la disposizione del regolamento stesso che rimette alle norme nazionali la determinazione della competenza nei riguardi di convenuti domiciliati in Stati terzi vada «interpretato come facente parte del sistema istituito da tale regolamento». Quella considerata in tale disposizione è, infatti, una situazione che il regolamento disciplina «con riferimento» alla legislazione dello Stato del foro. Le versioni inglese e francese del parere rendono ancora più efficacemente l'idea di un rinvio alla normativa interna, a cui il regolamento affida il compito di

Le norme sulla giurisdizione che si incontrano nel regime di Bruxelles I ruotano attorno alla regola di base secondo cui la competenza giurisdizionale spetta, in generale, ai giudici dello Stato membro in cui si trova il domicilio del convenuto¹⁰. Solo in casi specifici una persona domiciliata in uno Stato membro può essere attratta dall'attore davanti alle autorità di uno Stato membro diverso. Ciò accade, in particolare, quando una simile possibilità obbedisca a uno scrupolo di prossimità, cioè quando la lite presenti un collegamento particolarmente significativo con uno Stato diverso da quello del domicilio del convenuto, onde risulti ragionevole e opportuno permettere all'attore di adire i giudici di quel diverso Stato. È la stessa normativa europea che delimita le categorie di controversie per le quali esiste questa opportunità, e che indica i criteri mediante i quali si tratta di identificare, per le controversie ricomprese in ognuna di tali categorie, il giudice abilitato a conoscerne.

Obbedisce a questo schema, fra le altre, la norma che istituisce un foro speciale per le liti in materia contrattuale, originariamente prevista all'art. 5 punto 1 della convenzione di Bruxelles, transitata in seguito nell'art. 5 punto 1 del regolamento Bruxelles I, e infine nell'art. 7 punto 1 del regolamento Bruxelles I *bis*. La regola opera, testualmente, quando ci si interroga sulla possibilità di convenire, in quest'ambito, una persona «domiciliata in uno Stato membro» (in uno Stato contraente, per la convenzione) «in un altro Stato membro» (in un altro Stato contraente, sotto la disciplina originaria). Se il convenuto è domiciliato in uno Stato terzo, i presupposti applicativi della norma fanno difetto. Valgono, allora, come detto, le norme di fonte interna: quelle italiane, ove siano investiti della causa i giudici italiani e ci si chiede se spetti a loro, o meno, il potere di decidere la causa nel merito.

2.2. Lo spazio lasciato dalle norme europee alle regole di fonte interna

Il legislatore italiano, nel 1995, ha deciso di riempire lo spazio lasciato dalle norme europee in modo singolare. Ha stabilito che i giudici italiani, investiti di procedimenti rientranti nella sfera materiale della convenzione di Bruxelles ma proposti nei riguardi di convenuti extra-europei, debbano valutare la sussistenza della propria giurisdizione servendosi dei criteri (di taluni dei criteri, per essere più precisi) stabiliti dalla convenzione. Dispone l'art. 3 della l. n. 218/1995 che la giurisdizione italiana, oltre a sussistere quando il convenuto è domiciliato in Italia, oppure vi risiede o vi ha un rappresentante autorizzato a stare in giudizio, sussiste altresì «in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II» della convenzione di Bruxelles, «anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente», e ciò quando

disciplinare una situazione che rientra comunque nella portata del regolamento parlando di una situazione regolata «by reference to», «par référence à», le norme in vigore nello Stato del giudice adito.

¹⁰ Art. 2 della convenzione di Bruxelles; art. 2 del regolamento Bruxelles I; art. 4 del regolamento Bruxelles I *bis*.

la domanda verta su «una delle materie comprese nel campo di applicazione» della medesima convenzione. Le sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della convenzione includono la norma, sopra ricordata, che istituisce una competenza speciale in materia di contratti.

Rinviando alla convenzione, il legislatore italiano ha di fatto inteso annullare le conseguenze pratiche derivanti dalla distinzione accolta dal regime di Bruxelles I fra convenuti europei e convenuti extra-europei. In base all'art. 3, i giudici italiani devono applicare ai secondi i criteri stabiliti per i primi, ancorché si tratti di criteri di cui la convenzione, dal suo punto di vista, impone l'utilizzo nei soli confronti di chi sia domiciliato in Europa. In pratica, i criteri interessati dal rinvio, operanti per forza propria solo nei riguardi dei convenuti europei, hanno preso ad operare, in Italia, anche nei confronti dei convenuti extra-europei.

Si è trattato, giova sottolinearlo, di una *libera* determinazione del legislatore italiano: è quest'ultimo che ha deciso di allineare le sue regole ai criteri della convenzione¹¹.

2.3. Le norme europee evolvono, il rinvio resta invariato

L'art. 3 della l. n. 218/1995 non è mai stato emendato. Il legislatore non ha ritenuto di rivedere la formulazione di questa norma quando, nel 2002, il regolamento Bruxelles I ha preso il posto della convenzione nei rapporti fra gli Stati membri, modificando, fra le altre cose, la conformazione di alcuni dei criteri richiamati.

È sorto così il problema di sapere se il rinvio dovesse continuare ad essere letto come un rinvio alla fisionomia originaria dei criteri europei o dovesse invece essere riletto come un rinvio alla loro nuova veste di quei criteri, risultante dalle modifiche portate dal regolamento.

Il problema riveste un considerevole rilievo pratico, in particolare per le liti in materia di contratti. In occasione del passaggio dalla convenzione al regolamento, il foro speciale della materia contrattuale ha infatti subito, nella disciplina europea, una sostanziale modifica.

A differenza dell'art. 5 punto 1 della convenzione di Bruxelles, che attribuiva la competenza al «giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita», l'art. 5 punto 1 del regolamento Bruxelles I, pur conservando la previsione ora riferita, collocata nella lett. a), vi ha affiancato due regole speciali, applicabili in due ipotesi assai frequenti, contemplate nella lett. b) dell'art. 5 punto 1 del regolamento: in caso di «compravendita di beni» e in caso di «prestazione di servizi». Per la compravendita, il primo trattino della lett. b), indica che la competenza spetta al giudice del «luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto», mentre per le

¹¹ R. LUZZATTO, *Articolo 3*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, a cura di F. Pocar e altri, Padova, 1996, p. 28; G. GAJA, *Le convenzioni internazionali e le nuove norme sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Processo civile e riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1997, p. 16.

cause in materia di prestazione di servizi la competenza speciale, dice il secondo trattino della stessa lett. b), appartiene al giudice del luogo, sempre situato in uno Stato membro, «in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto»¹². La regola ereditata dalla convenzione, relegata a un ruolo residuale, è di fatto rimasta applicabile nelle sole situazioni estranee alle due nuove regole speciali, ossia: nei casi in cui la lite verta su un contratto che non presenta i caratteri né di una compravendita né di una prestazione di servizi, e nel caso in cui – pur trattandosi di una compravendita o di una prestazione di servizi – la consegna dei beni o la fornitura dei servizi debbano avvenire in uno Stato terzo.

Riassumendo: il regolamento Bruxelles I, pur tenendosi fedele all'idea che la competenza dipende in quest'ambito dalla proiezione geografica del momento esecutivo del rapporto, ha stabilito che l'obbligazione rilevante (quella dalla cui localizzazione dipende l'individuazione del giudice competente) non è più, per i due categorie contrattuali nominate della lett. b), l'obbligazione su cui poggia la domanda, ma quella che caratterizza il contratto, cioè quella in cui si compendia la funzione economico-sociale del rapporto: rispettivamente la consegna dei beni e il compimento dell'opera che il prestatore di servizi si è impegnato a realizzare.

L'assetto ora descritto non è stato modificato dal regolamento Bruxelles I *bis*. L'art. 7 punto 1 di tale regolamento, malgrado qualche intervento redazionale, ha confermato l'innovazione intervenuta oltre dieci anni prima, consolidando la rottura rispetto alla convenzione prodottasi con l'adozione del regolamento Bruxelles I.

2.4. Obiettivi della riforma europea del *forum destinatae solutionis*

Conviene spendere qualche parola sui motivi che hanno spinto i redattori del regolamento Bruxelles I a riconfigurare il foro speciale della materia contrattuale, e sugli accorgimenti tecnici di cui si sono serviti a questo fine.

La riformulazione del *forum solutionis* è stata pensata, innanzitutto, per promuovere la concentrazione del contenzioso relativo al contratto. Dando rilievo per i contratti nominati alla sola obbligazione caratteristica, quale che sia l'obbligazione dedotta in giudizio, il legislatore europeo ha inteso escludere in partenza la possibilità che la norma in discussione permetta a giudici di Stati diversi di pronunciarsi sul medesimo contratto, allorché le diverse obbligazioni che ne discendono devono trovare esecuzione in Stati differenti¹³.

La soluzione accolta obbedisce, del resto, anche a uno scrupolo di prevedibilità e prossimità, perché evita, sempre rispetto alle liti in materia di compravendita e di prestazione di servizi,

¹² Sulla disposizione v. in generale, per tutti, G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, 4ª ed., Oxford, 2024, p. 182 ss.

¹³ Il medesimo contratto può peraltro costituire l'oggetto di procedimenti avviati in Stati diversi sulla base di un titolo differente. In particolare, ognuna delle parti potrebbe agire davanti ai giudici dello Stato in cui si trova il domicilio dell'altra.

che la competenza possa dipendere dalla localizzazione di un'obbligazione pecuniaria (l'obbligo di pagare il prezzo dei beni o di corrispondere il compenso per i servizi). Il luogo di adempimento delle obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro, in effetti, non si presta ad essere determinato sulla scorta di riscontri empirici. Occorre ripiegare su criteri legali, i quali, però, non designano, o almeno non designano necessariamente, dei luoghi che possano dirsi significativi per la «geografia» sociale o economica del contratto¹⁴. Si tratta, in più, di criteri che variano da un sistema privatistico all'altro.

Proprio il desiderio di evitare le incertezze connesse alla variabilità dei criteri legali di determinazione del luogo dell'adempimento spiega un altro vantaggio ricercato dai redattori del regolamento Bruxelles I con la revisione del foro della materia contrattuale. Si tratta di uno sviluppo riguardante l'approccio da seguire per individuare il luogo di adempimento dell'obbligazione rilevante.

Riferendosi alla convenzione di Bruxelles, la Corte di Giustizia ha tradizionalmente indicato la necessità di servirsi a questo fine delle norme sui conflitti di leggi. Nella sentenza *Tessili*, ha affermato che il giudice adito, per verificare la propria competenza giurisdizionale, deve dapprima determinare la legge deputata a regolare la sostanza del contratto, per poi ricavare da essa i criteri che permettono l'individuazione del luogo di adempimento dell'obbligazione rilevante¹⁵. Per intendersi, il giudice italiano deve dapprima stabilire se il contratto litigioso è retto, quanto alla sostanza, dal diritto italiano o da quello, ad esempio, spagnolo, giacché nel primo caso dovrà servirsi delle regole italiane determinative del luogo dell'adempimento (a partire dall'art. 1182, comma 3, c.c., che in mancanza di diversa pattuizione esige il pagamento presso il domicilio del creditore al momento della scadenza), mentre nel secondo caso dovrà guardare alle corrispondenti regole spagnole (che invece designano a questo fine, a norma dell'art. 1171, comma 3, del *código civil*, il domicilio del debitore).

Il regolamento Bruxelles I ha escluso l'impiego del metodo ora descritto nei casi coperti dalla lett. b). Il luogo della consegna e quello di prestazione di servizi, ove non siano stati definiti convenzionalmente dalle parti, non vanno identificati sulla base della legge regolatrice del contratto, ma devono essere apprezzati – come ha confermato la Corte di Giustizia nel caso *Car Trim* – guardando alle circostanze del caso¹⁶. Nel caso della compravendita, per la Corte di Giustizia, deve intendersi per luogo di consegna, in mancanza di accordo delle parti, il luogo in cui i beni pervengono nella materiale disponibilità del compratore, a prescindere dalla circostanza che, in base alle norme che regolano la sostanza del contratto, il venditore possa

¹⁴ P. FRANZINA, *Place of Performance*, in *Encyclopedia of Private International Law*, a cura di J. Basedow, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio, G. Rühl, Cheltenham, 2017, p. 1361 ss.

¹⁵ Corte di Giustizia, 6 ottobre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como*, causa 12/76, ECLI:EU:C:1976:133, punto 13.

¹⁶ Corte di Giustizia, 25 febbraio 2010, *Car Trim*, causa C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90, punto 53.

essersi liberato dall'obbligo di consegna compiendo altrove una diversa attività (ad esempio, in caso di vendita con trasporto, rimettendo le merci al primo vettore, come prevede in Italia l'art. 1510, comma 2, c.c.)¹⁷. Quando si tratta di prestazione di servizi, l'individuazione su base empirica del luogo di adempimento dell'obbligazione caratteristica è in genere piuttosto agevole. Se però sorgono delle difficoltà, tipicamente perché l'attività richiesta al prestatore deve essere svolta in più luoghi, la Corte di Giustizia ha indicato nella sentenza *Wood Floor Solutions* che vale il luogo in cui i servizi sono stati forniti in via prevalente, da identificarsi avendo riguardo alla durata e all'importanza delle attività ivi svolte, con la precisazione che, in mancanza di indizi capaci di segnalare con chiarezza tale luogo, assume rilievo il luogo nel quale o a partire dal quale il fornitore del servizio organizza la propria attività¹⁸.

I due modelli che si sono confrontati sin qui – quello della convenzione, da un lato, e quello del regolamento Bruxelles I e Bruxelles I *bis*, dall'altro – conducono non di rado ad esiti opposti. Si pensi al caso di un venditore italiano che agisca per la condanna del compratore (europeo) al pagamento del prezzo. L'azione del primo poteva essere intentata, sotto la convenzione di Bruxelles, davanti ai giudici del domicilio del convenuto (in forza del foro generale) o davanti al giudice del luogo in cui il prezzo avrebbe dovuto essere corrisposto secondo i criteri della legge regolatrice del rapporto. Questo, nei fatti, significava poter agire in Italia nelle ipotesi (di fatto piuttosto frequenti) in cui le regole sostanziali applicabili al rapporto indicano che il pagamento è dovuto in Italia¹⁹. Il medesimo venditore italiano, sotto i regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I *bis*, si vedrà invece sovente preclusa la possibilità di agire in Italia, poiché, ove non voglia convenire il compratore nello Stato membro del domicilio di quest'ultimo, potrà adire solo il giudice del luogo di consegna della merce. E secondo la giurisprudenza *Car Trim*, citata poc'anzi, tale luogo – ove non consti un diverso accordo – coinciderà con quello in cui il compratore ha ottenuto la materiale disponibilità delle merci, e dunque, in caso di compratore straniero, si troverà generalmente all'estero.

In sintesi, e facendo astrazione delle molte specificità che possono emergere in relazione ai singoli casi concreti, le *chances* del venditore italiano di vedere accertato in Italia il diritto al prezzo erano maggiori sotto la convenzione di quanto non lo siano diventate con i regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I *bis*.

¹⁷ Ivi, punti 60 ss.

¹⁸ Corte di Giustizia, 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions*, causa C-19/09, ECLI:EU:C:2010:137, punti 40 ss.

¹⁹ È quanto avviene, in effetti, sia in forza dell'art. 57 della convenzione di Vienna del 1980 sui contratti internazionali di compravendita di merci, resa esecutiva in Italia con la l. 11 dicembre 1985, n. 765, sia in forza dell'art. 1498 del codice civile italiano.

3. I termini del problema: natura e funzione dell'art. 3 della l. n. 218/1995

Come detto, la competenza speciale contemplata dal regime di Bruxelles I per le liti in materia contrattuale opera *proprio vigore* nei soli confronti di persone domiciliate in Europa. Il legislatore italiano, con l'art. 3, comma 2, primo periodo della l. n. 218/1995 ne ha esteso l'impiego anche in rapporto ai procedimenti avviati in Italia nei confronti di convenuti extra-europei.

3.1. Un rinvio riferito ai criteri della convenzione, non alle sue norme, ma a carattere dinamico

Del rinvio appena evocato giova mettere in luce due caratteristiche. In primo luogo, l'art. 3 non estende l'operatività delle *norme* europee, ma dei *criteri* ivi previsti. Il legislatore italiano ha trasformato, se così si può dire, i criteri europei in criteri di diritto comune: ha cioè prodotto delle norme *proprie*, salvo che, anziché forgiarne tutti gli elementi, ne ha tratti alcuni da una fonte esterna: la convenzione di Bruxelles, testualmente²⁰. Rinviano alle norme delle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II di quest'ultime ha inteso appropriarsi di un particolare elemento in esse contenuto, ossia il criterio di giurisdizione ivi impiegato. In pratica, ha dato vita a delle norme che uniscono la *forza* dell'ordinamento italiano (sono norme italiane, che producono effetto in quanto tali) a uno schema operativo (il criterio, come detto) confezionato altrove.

Riferito alle norme sulla giurisdizione, il termine criterio indica la circostanza che permette di distinguere le domande ricomprese nell'ambito della giurisdizione dello Stato del foro da quelle che ne esulano. Dall'angolatura del giudice adito, il criterio assume la veste di un *titolo* di giurisdizione: per il giudice italiano, si tratta della circostanza che, perfezionandosi in Italia, lo legittima a decidere la domanda nel merito (sempre che non sussistano, beninteso, ostacoli giuridici di altra natura).

In materia di contratti, il criterio stabilito dalle norme richiamate dall'art. 3, avuto riguardo alla loro fisionomia originaria, è l'adempimento dell'obbligazione litigiosa. In pratica, per quanto riguarda la materia contrattuale, la norma prodotta per effetto del rinvio di cui all'art. 3, comma 2, primo periodo, della l. n. 218/1995, è una norma in forza della quale, stando all'originale intendimento del legislatore italiano, il giudice italiano sarebbe stato abilitato a statuire su una domanda proposta nei confronti di un convenuto extra-europeo relativa a un'obbligazione da eseguirsi in Italia.

²⁰ V. G. GAJA, *Il rinvio alla Convenzione di Bruxelles in tema di giurisdizione*, in *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, a cura di F. Salerno, Padova, 1997, p. 29, e V. STARACE, *Il richiamo dei criteri di giurisdizione stabiliti dalla Convenzione giudiziaria di Bruxelles nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1999, p. 13.

Preme rimarcare che l'art. 3, stando al suo tenore testuale, mutua dalle norme richiamate *solamente* il criterio in esse stabilito. Gli altri elementi che pure compongono le norme oggetto di rinvio restano privi di rilievo per la normativa interna. Agli effetti dell'art. 3 non interessano, in particolare, i presupposti applicativi delle norme europee: l'impiego dei criteri europei in forza del rinvio non è subordinato alla circostanza che la norma europea che li contempla voglia essere applicata al caso di specie. È del resto lo stesso art. 3 che chiede all'operatore di prescindere dalla prima delle condizioni di operatività della disciplina europea: questa si considera applicabile solo quando il convenuto sia domiciliato in Europa, mentre il legislatore italiano, tramite il rinvio, chiede al giudice di servirsi del criterio ivi stabilito in procedimenti avviati nei confronti di convenuti extra-europei. Bisogna peraltro intendersi: l'art. 3 fa proprio per suoi scopi solo il criterio previsto dalle norme europee oggetto di rinvio, non le norme in quanto tali, ma questo non significa che per l'art. 3 i criteri così «acquisiti» vengano in gioco in termini astratti e decontestualizzati. Il legislatore, nel richiamare in blocco i molteplici criteri previsti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della convenzione, ne ha sancito l'estensione secondo una logica che potrebbe chiamarsi di pertinenza: premesso che la sezione 2 contempla, fra gli altri, un criterio per la materia contrattuale e un diverso criterio per gli illeciti, l'estensione disposta dall'art. 3 rende operante il primo di quei criteri per le liti in materia di contratti, come intesi dal regime europeo, e il secondo criterio per le liti riguardanti un illecito. Se così non fosse, lo scrupolo di allineamento che ha animato il legislatore italiano finirebbe immediatamente con l'essere frustrato.

La seconda caratteristica che connota il rinvio stabilito all'art. 3 della l. n. 218/1995 consiste nel suo dinamismo. Il legislatore italiano si è rappresentato l'eventualità che la convenzione di Bruxelles potesse subire delle modifiche, come del resto era accaduto in passato, e ha voluto sincerarsi che, per effetto del rinvio, i criteri europei operassero sul piano del diritto interno nei termini di volta in volta definiti per il regime europeo. Da qui l'esplicita precisazione, nell'art. 3, che il rinvio si intende fatto alla convenzione di Bruxelles e alle sue «successive modificazioni in vigore per l'Italia». Si è in tal modo dato rilievo non ad una data manifestazione del regime europeo, ma a quel regime quale corpo normativo vivo. L'intento del legislatore era quello di istituire uno stabile raccordo fra il regime di Bruxelles I e la disciplina della giurisdizione operante a livello interno negli spazi lasciati vuoti da quest'ultimo. Da qui l'idea di conferire al parallelismo fra i due ambiti un carattere permanente.

Le due caratteristiche appena tratteggiate hanno indotto la dottrina a interrogarsi sulla natura del rinvio in discussione²¹. Chi vi ha visto un rinvio di tipo ricettizio ha perlopiù rimarcato il primo dei due elementi distintivi (un legislatore che fa proprio solo uno specifico elemento

²¹ Per una ricognizione delle posizioni della dottrina, v. P. FRANZINA, *Interpretazione e destino*, cit., p. 819 s.

della norma oggetto di rinvio sembra effettivamente volerne mutuare un contenuto determinato). Per gli autori inclini a scorgervi, invece, un rinvio mobile, il tratto caratteristico del meccanismo delineato dall'art. 3 corrisponde alla volontà del legislatore di ancorare la disciplina di diritto comune a una fonte esterna di cui il legislatore stesso ha accettato in partenza l'attitudine all'evoluzione. Vi è motivo di credere che non vi sia per forza contraddizione fra le due letture, o almeno che le due spinte possano combinarsi e coesistere: l'art. 3, comma 2, primo periodo, della l. n. 218/1995 recepisce selettivamente degli elementi della disciplina europea, ma non rinuncia a vedere in quegli elementi delle schegge di un corpo normativo che vive, e si sviluppa. Non è indispensabile stabilire se si tratti di un rinvio ricettizio a cui il legislatore ha infuso una certa attitudine dinamica, o piuttosto un rinvio mobile che il legislatore ha configurato in partenza come incompleto o selettivo.

Preme piuttosto segnalare, ai fini dell'analisi svolta in queste pagine, che la soluzione descritta è stata pensata per semplificare il paesaggio normativo, offrendo ai giudici italiani, nel campo materiale del regime di Bruxelles I, un unico insieme di norme, quelle europee, applicabili ora per forza propria, ora in virtù del rinvio. Il dinamismo impresso al rinvio soddisfa questo scrupolo di coerenza fra normativa uniforme e regole interne in un modo che si direbbe integrale: valgono nell'orizzonte della disciplina di matrice interna non solo le formali modifiche apportate alla normativa europea ma anche tutte le inflessioni che lo riguardano, a partire da quelle indotte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che dal 1975 è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del regime di Bruxelles I²². Merita aggiungere che accoppiare la normativa di diritto internazionale privato comune a quella europea ha avuto anche il vantaggio di preservare i convenuti extra-europei dal rischio di vedersi soggetti a regole attributive della giurisdizione fondate su criteri esorbitanti (criteri di cui il regime di Bruxelles I vieta l'impiego nei confronti dei convenuti europei), cioè dal rischio di essere attratti in giudizio in Italia rispetto a controversie prive di una significativa connessione con l'Italia²³.

²² In forza di un protocollo firmato a Lussemburgo il 3 giugno 1971, reso esecutivo in Italia con la l. 19 maggio 1975, n. 180. La giurisprudenza di legittimità ha largamente fatto ricorso alla giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa al regime di Bruxelles I per definire i contenuti delle norme interne prodotte in forza del rinvio per essere applicate ai convenuti extra-europei: v. ad esempio Sez. Un., 13 dicembre 2018, n. 32362.

²³ Sulla controversa giustificazione del diverso trattamento riservato ai convenuti europei ed extra-europei, v. di recente E. BENVENUTI, *Residual Jurisdiction in Civil and Commercial Matters Through the Lens of Non-discrimination and Reciprocity, in More Equal Than Others? Perspectives on the Principle of Equality from International and EU Law*, a cura di D. Amoroso, L. Marotti, P. Rossi, A. Spagnolo, G. Zarra, The Hague, 2022, p. 269 ss.

3.2. La *querelle* sull'interpretazione del rinvio: la tesi storica e quella dinamica

L'elemento di mobilità che il legislatore ha introdotto nel rinvio dell'art. 3 avrebbe dovuto, sulla carta, prevenire ogni difficoltà circa il significato da attribuire alle novità via via apportate a detto regime. Così però non è stato. Il legislatore italiano del 1995, nel rappresentarsi che la convenzione avrebbe conosciuto delle modifiche, non poteva infatti prevedere che la stessa, anziché subire il genere di modifiche che l'avevano periodicamente interessata sino ad allora ad opera di altre convenzioni, in occasione dell'adesione di nuovi Stati,²⁴ sarebbe stata interessata dopo qualche anno da un testo di natura diversa: una misura legislativa dell'Unione europea, il citato regolamento Bruxelles I, poi rifiuto, come detto, nel regolamento Bruxelles I *bis*. Non solo. Mentre le convenzioni con cui gli Stati contraenti hanno emendato la convenzione di Bruxelles fino agli anni '90 hanno dato vita a una sequenza di discipline successive separate (ogni nuova disciplina, entrando in vigore, provocava la cessazione degli effetti della precedente: all'apparire del testo nuovo quello vecchio restava applicabile solo alle fattispecie sorte anteriormente alla sua uscita di scena), il regolamento Bruxelles I, come si dirà meglio in seguito, non ha di per sé comportato l'estinzione della convenzione, ma si è affiancato ad essa, relegandone l'efficacia a un ridottissimo novero di casi.

Insomma, la convenzione di Bruxelles è stata, sì, modificata dal regolamento Bruxelles I, ma in un modo inedito: per un verso, per la natura della nuova fonte, non omologa alla precedente; per un altro verso, e in termini più problematici, perché l'intervento del legislatore dell'Unione non si è tradotta nell'integrale sostituzione della vecchia disciplina con la nuova, ma in un'articolata coesistenza delle due.

Da qui la questione di sapere se i regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I *bis* integrino, agli effetti dell'art. 3 della legge, una «modificazione» della convenzione di Bruxelles, ai sensi e per gli effetti dello stesso art. 3.

Rispondere in modo affermativo equivale ad accogliere una lettura evolutiva del rinvio, cioè a scorgerne in esso, oramai, un rinvio ai criteri del regolamento Bruxelles I e del regolamento Bruxelles I *bis*. Si tratta dell'orientamento maggioritario in dottrina²⁵. La tesi contraria postula

²⁴ La convenzione di Bruxelles ha formato l'oggetto di modifiche ad opera della convenzione relativa all'adesione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito, del 9 ottobre 1978 (attuata in Italia con l. 29 novembre 1980, n. 967), della convenzione relativa all'adesione della Grecia, del 25 ottobre 1982 (l. 18 ottobre 1984, n. 756), della convenzione relativa all'adesione di Spagna e Portogallo, del 26 maggio 1989 (l. 5 ottobre 1991, n. 339), e infine della convenzione relativa all'adesione di Austria, Finlandia e Svezia, di 29 novembre 1996 (l. 26 gennaio 1999, n. 24).

²⁵ Tra i sostenitori della tesi evolutiva, sia pure con argomentazioni non coincidenti, v. P. FRANZINA, *Interpretazione e destino del richiamo compiuto dalla legge di riforma del diritto internazionale privato ai criteri di giurisdizione della convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 822; C. CAMPIGLIO, *Il rapporto con i regolamenti europei e il diritto internazionale privato straniero*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 670; P. VENTURI, *Sul rinvio alla convenzione di Bruxelles nell'art. 3 della legge n. 218/1995*, in *Il diritto internazionale come sistema di valori*, a cura di A. Annoni, S. Forlati, P. Franzina, Napoli, 2021, p. 654

invece che solo un intervento del legislatore permetterebbe di riorientare il rinvio verso i nuovi testi: secondo i fautori di tale indirizzo, il rinvio di cui all'art. 3 della l. n. 218/1995 implicherebbe tuttora un'estensione della versione originaria dei criteri europei, quella consacrata nella convenzione²⁶.

Nel seguito dell'esposizione si parlerà, per semplicità, di tesi evolutiva, o dinamica, per alludere all'opinione che accredita il primo degli esiti ermeneutici appena riferiti, e di tesi storica, o statica, per indicare l'opinione opposta.

4. I precedenti

La Corte di cassazione si è occupata più volte del problema appena descritto, ma anziché optare per l'una o l'altra delle tesi riferite ha oscillato per circa quindici anni fra le due.

Prima di esaminare le ragioni invocate dalla Corte a favore ora dell'uno ora dell'altro orientamento, conviene brevemente ripercorrere le vicende che hanno alimentato questa lunga stagione di incertezza, dando conto in modo sintetico delle principali pronunce nelle quali il problema ha formato l'oggetto di riflessione (come si dirà, la Cassazione si è limitata in altre occasioni ad aderire al primo o al secondo indirizzo, senza indicare le ragioni della sua preferenza). Quella proposta qui sotto è una mera ricognizione delle pronunce selezionate a questo fine: il grado di persuasività degli argomenti spesi dalla Corte sarà apprezzato solo in seguito.

4.1. Il caso monegasco (2009)

La Cassazione si è occupata per la prima volta delle conseguenze della comunitarizzazione della convenzione di Bruxelles sull'interpretazione dell'art. 3 della l. 218/1995 in un caso deciso nel 2009²⁷. Una società italiana aveva venduto degli arredi a una società monegasca, consegnandoli nel Principato. Non avendone ricevuto il prezzo, la prima aveva convenuto la compratrice in Italia, dove assumeva esserle dovuta la somma pattuita.

Le Sezioni Unite hanno affermato la sussistenza della giurisdizione italiana, riferendosi, in forza del rinvio, alla fisionomia storica del foro europeo della materia contrattuale. La Corte non ha allora esitato a ritenere che il riferimento dovesse considerarsi fatto alla convenzione di

ss.; F. MARONGIU BONAIUTI, *Il rinvio della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato alle convenzioni internazionali, tra adeguamento al mutato contesto normativo e strumentalità alla tutela dei valori ispiratori*, ivi, p. 674 ss.; G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, 5ª ed., Torino, 2024, p. 22.

²⁶ V. in questo senso A. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 298, e F. POCAR, *Sulla riforma dell'art. 3 comma 2 della legge n. 218/1995*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 631 s. V. ora anche M. GRASSI, *Profili critici in punto di giurisdizione del giudice italiano* (Trib. Milano, 24 novembre 2022), in *Trusts e attività fiduciarie*, 2023, p. 507.

²⁷ Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22239.

Bruxelles, anziché al regolamento Bruxelles I, e ciò già in ragione del tenore testuale dell'art. 3 della l. n. 218/1995, dato che questo «rinvia appunto alla convenzione di Bruxelles del 1968 ... ed ovviamente non al reg. CE n. 44/2001». Le Sezioni Unite hanno comunque aggiunto, a sostegno della tesi storica, che la convenzione non è stata «definitivamente sostituita (e quindi implicitamente abrogata) dal sopravvenuto regolamento», dato che le sue disposizioni continuerebbero ad operare nei confronti di convenuti domiciliati «in uno degli Stati dell'Unione ovvero che non hanno adottato il predetto regolamento, pur facendo parte dell'Unione (ad esempio la Danimarca)»²⁸.

4.2. Il caso venezuelano (2018)

Le Sezioni Unite hanno dedicato al tema una nuova e articolata presa di posizione solo nel 2018²⁹. La vicenda, nei suoi elementi essenziali, era in fondo assai simile a quella all'origine la pronuncia del 2009. Una società italiana aveva venduto delle merci a una società venezuelana, senza esserne pagata. Ottenuta in Italia un'ingiunzione, la compratrice, in sede di opposizione, aveva eccepito la carenza di giurisdizione del giudice italiano.

La Suprema Corte ha deciso il caso adottando, del rinvio, una lettura opposta a quella sposata nel 2009. L'art. 3 della l. n. 218/1995, si legge nel provvedimento, rinvia alla convenzione di Bruxelles e alle sue «successive modificazioni», il che basta ad affermare che «la norma oggi applicabile è ... l'art. 7 [punto 1] lett. b)» del regolamento Bruxelles I *bis*, «sostitutivo dell'art. 5, n. 1, lett. b) del regolamento (CE) 22 dicembre 2000, n. 44»; tutte disposizioni, queste, «sostitutive della convenzione di Bruxelles del 1968».

Per determinare la sussistenza della giurisdizione italiana, ha spiegato allora la Corte, basta stabilire se la consegna delle merci sia avvenuta, o dovesse avvenire, in Italia. Non constando un accordo delle parti sul punto, il luogo della consegna deve ritenersi coincidere col luogo di destinazione finale dei beni. E dato che nella specie tale luogo non si trova in Italia, la giurisdizione italiana fa difetto.

L'orientamento accolto nel 2018 era stato annunciato, per la verità, da un provvedimento del Supremo Collegio reso nel 2013³⁰. Si trattava allora di una controversia sorta fra due

²⁸ Non è agevole comprendere se la soluzione accolta nella pronuncia del 2009 sia alla base anche di Sez. Un., 4 novembre 2011, n. 22883: per vagliare la sussistenza della giurisdizione italiana nei confronti di un convenuto extra-europeo la Corte ha allora richiamato il criterio del *locus solutionis* nella fisionomia della convenzione di Bruxelles, anziché in quella risultante dal regolamento, ma – in assenza di indicazioni nella motivazione che spieghino il ragionamento del Supremo Collegio, non è chiaro se la tesi storica sia stata seguita in adesione al precedente monegasco o semplicemente perché la domanda in rapporto alla quale si trattava di stabilire la giurisdizione era anteriore all'adozione del regolamento (nel provvedimento, reso su ricorso per cassazione, non si fa riferimento alla data in cui è stato instaurato il giudizio di primo grado).

²⁹ Sez. Un., 13 dicembre 2018, n. 32362.

³⁰ Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4211.

risparmiatori italiani e una banca sanmarinese. Già allora le Sezioni Unite avevano letto nel rinvio di cui all'art. 3, comma 2, primo periodo, della l. n. 218/1995 un riferimento al regolamento Bruxelles I. L'adesione alla tesi evolutiva si era tuttavia ridotto a un'asserzione non argomentata, inserita in un provvedimento privo di riferimenti all'opposto precedente del 2009.

La pronuncia del 2018 costituisce, in questo senso, la prima presa di posizione davvero articolata a favore dell'opinione c.d. dinamica. Colpisce, nondimeno, che anche nell'ordinanza del 2018 le Sezioni Unite non abbiano ritenuto di doversi confrontare con le ragioni poste a fondamento della contrastante soluzione del 2009, anche solo per segnalare che si trattava di un rigetto consapevole dell'indirizzo allora espresso.

4.3. Il caso di Guernsey (2019)

Nel 2019 le Sezioni Unite sono tornate al loro primo orientamento, quello storico, ribadendo che, per effetto del rinvio, devono ritenersi operanti in Italia i criteri originari della convenzione, non quelli nuovi del regolamento³¹. Nella motivazione con cui la Corte si è discostata dai precedenti del 2013 e del 2018 non si fa cenno, peraltro, a tali decisioni, né si spiegano le ragioni per cui l'argomentazione sviluppata nella pronuncia citata da ultimo meritasse di essere disattesa³².

La vicenda all'origine del ricorso non si discostava, per gli aspetti che qui interessano, da quelle che hanno portato alle pronunce precedenti. Si discuteva anche stavolta di un contratto³³, fonte di una pretesa pecuniaria che l'attore, un soggetto stabilito in Italia, avanzava nei riguardi di una società stabilita in un paese extra-europeo, a Guernsey³⁴. Rispetto ai casi del 2009 e del 2018 cambia appena l'oggetto del contratto: non una vendita di beni, ma la prestazione di

³¹ Sez. Un., 12 giugno 2019, n. 15748.

³² La Suprema Corte ha allora omesso, allo stesso modo, di richiamare le due decisioni più recenti in cui aveva avuto modo di occuparsi del rinvio ai criteri europei: Sez. Un., 19 febbraio 2019, nn. 4884 e 4885. Per quanto coeve, le due pronunce sembrano accogliere due letture diverse del rinvio, peraltro senza fornire indizi, nei due casi, circa le ragioni della preferenza per l'uno o l'altro indirizzo: la prima evoca solo la convenzione, e parrebbe dunque svelare un'indicazione per la tesi storica, mentre nella seconda si allude alla sostituzione della convenzione ad opera del regolamento, segno di un'adesione alla tesi evolutiva.

³³ Le domande proposte dall'attore evocavano per la verità una duplice responsabilità, contrattuale e precontrattuale. Anche questo secondo aspetto della controversia rileva, in linea di principio, ai fini dell'analisi proposta in queste pagine, dato che i criteri originariamente stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 della convenzione di Bruxelles valgono anche per le liti in materia di responsabilità precontrattuale. Nell'economia del presente scritto, tuttavia, non appare indispensabile seguire in modo specifico questa pista.

³⁴ Le isole del Canale, pur essendo un possedimento della Corona britannica, erano soggette al diritto dell'Unione, prima della Brexit, solo in relazione a specifiche materie. La cooperazione giudiziaria in materia civile non è mai stata fra queste: C. MARIOTTINI, *Article 68*, in *Brussels I bis*, a cura di M. Requejo Isidro, Cheltenham, 2022, p. 813.

servizi professionali. I termini del problema, tuttavia, sono gli stessi. Per il contenzioso della fornitura di servizi, come si è detto, il regolamento Bruxelles I ha infatti modificato la disciplina della convenzione del 1968 in modo identico a quanto avvenuto per il contenzioso della vendita. Che si discuta della qualità dei servizi o della mancata corresponsione del compenso, la competenza si determina, sotto il regolamento, avendo riguardo non già all'obbligazione litigiosa, ma a quella caratteristica (l'obbligo di prestare i servizi). E anche per tale obbligazione, come per quella di consegnare i beni in caso di compravendita, il luogo di adempimento si identifica in via «empirica», senza che si debba (o si possa) ricorrere alle norme sostanziali della legge applicabile al rapporto.

Il dubbio sull'interpretazione attuale del rinvio ai criteri della convenzione di Bruxelles rivestiva un rilievo decisivo per la soluzione della *quaestio iurisdictionis*. I servizi dei quali l'attore invocava il compenso erano stati prestati in Italia, ma il compenso, stando alla *lex causae*, avrebbe dovuto essere corrisposto all'estero. Di fatto, un rinvio storico ai criteri della convenzione portava a una declinatoria della giurisdizione, mentre un rinvio dinamico avrebbe permesso di affermarla.

Come detto, le Sezioni Unite hanno seguito qui la prima delle due vie, dando al precedente del 2009 una dignità che appena pochi mesi prima le avevano di fatto negato. Il richiamo alla convenzione, si legge nella pronuncia, non può essere inteso come un richiamo al regolamento Bruxelles I. È vero, si osserva, che il regolamento ha preso il posto della convenzione di Bruxelles, ma ciò è avvenuto «con esclusivo riferimento agli Stati membri dell'UE». La convenzione, sembra voler dire la Corte, è ancora efficace, e nulla impedisce di continuare a intendere il rinvio come un rinvio alla disciplina ivi prevista, non a quella del regolamento.

4.4. Il caso cinese (2021)

Il pendolo fra la tesi storica e quella dinamica ha ripreso a oscillare nel 2021, quando le Sezioni Unite si sono occupate di una lite che opponeva una società italiana e una società cinese. Le due erano legate fra loro da un contratto (di compravendita, nella prospettiva dell'attrice, a cui la Corte ha dichiarato di aderire) che imponeva alla società cinese di ordinare periodicamente delle merci presso la prima³⁵. La società italiana, lamentando l'inadempimento dell'obbligazione ora indicata, aveva convenuto la società cinese in Italia chiedendo la risoluzione del contratto e la condanna della convenuta al risarcimento del danno. La società cinese, eccetto il difetto di giurisdizione, ricorre alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 41 c.p.c.

³⁵ Sez. Un., 25 giugno 2021, n. 18299.

Le Sezioni Unite, mostrandosi questa volta consapevoli della duplicità di indirizzi emersi nella loro giurisprudenza, hanno preso posizione a favore della tesi dinamica. Dopo aver ricordato che l'art. 3 della l. n. 218/1995 rinvia alla convenzione di Bruxelles del 1968 alle sue «successive modificazioni in vigore per l'Italia», hanno osservato che, ai sensi dell'art. 68 del regolamento Bruxelles I, tale regolamento ha «sostituito» la convenzione nei rapporti fra gli Stati membri e ha precisato che ogni riferimento alla convenzione deve ormai intendersi fatto al regolamento: «[c]iò ha dato luogo ad una “modificazione in vigore per l'Italia” della convenzione di Bruxelles», agli effetti dell'art. 3, comma 2, primo periodo della l. n. 218/1995. Rilevato che il regolamento Bruxelles I è stato in seguito sostituito dal regolamento Bruxelles I *bis*, le Sezioni Unite hanno concluso che la convenzione di Bruxelles, «nazionalizzata» dalla stessa l. n. 218/1995, «si intende ormai trasfusa» nel regolamento Bruxelles I *bis*, «restando le disposizioni di quella convenzione operanti per i soli territori degli Stati membri UE che rientrano nell'ambito di applicazione territoriale di tale convenzione e che sono esclusi dal regolamento ai sensi dell'art. 355 [del trattato sul funzionamento dell'Unione europea]», cioè la disposizione, corrispondente all'art. 299 del trattato istitutivo della Comunità europea, che definisce la sfera geografica di efficacia del diritto dell'Unione.

Per sostenere la tesi dinamica, le Sezioni Unite hanno ritenuto di poter far leva, nella pronuncia del 2021, sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. In particolare, hanno ricordato delle decisioni della Corte di Giustizia in cui si osserva che il regolamento Bruxelles I *bis* «ha abrogato e sostituito il regolamento [Bruxelles I] che aveva, a sua volta, sostituito la convenzione del 27 settembre 1968 ..., come modificata dalle successive convenzioni relative all'adesione dei nuovi Stati membri a tale convenzione», e in cui la Corte ha asserito che «l'interpretazione fornita [dalla stessa Corte di Giustizia] circa le disposizioni di questi ultimi strumenti giuridici [cioè della convenzione e del regolamento Bruxelles I] vale anche per il regolamento [Bruxelles I *bis*] quando tali disposizioni possono essere qualificate come “equivalenti”», cioè quando si tratti di disposizioni che riprendono, senza alterarne la sostanza, le corrispondenti disposizioni delle versioni anteriori del regime di Bruxelles I.

4.5. Gli ultimi sussulti: i casi del 2022 e del 2023

L'argomentata presa di posizione del 2021, pur ripresa in varie pronunce successive³⁶, non ha avuto, a quanto pare, l'effetto di sopire tutti i dubbi.

Almeno due pronunce delle stesse Sezioni Unite, successive all'ordinanza del 2021, contengono, in effetti, delle proposizioni difficilmente conciliabili, almeno di primo acchito, con l'indirizzo appena riferito.

³⁶ V. in particolare Sez. Un., 10 novembre 2021, nn. 33002 e 33003/2021, e Sez. Un., 24 novembre 2021 n. 36371.

In uno dei due casi, deciso nel 2023, la Suprema Corte ha deviato solo nominalmente dalla tesi evolutiva. Si discorreva allora della giurisdizione italiana rispetto a una domanda con cui un commercialista stabilito in Italia reclamava il compenso dovutogli da una cliente domiciliata nel Regno Unito (la domanda era stata proposta dopo la fine del periodo transitorio previsto dall'accordo sul recesso del Regno Unito dall'Unione europea, onde la cliente convenuta doveva ritenersi domiciliata, ai fini del regolamento Bruxelles I *bis* in uno Stato terzo rispetto all'Unione). La Corte, dopo aver evocato l'art. 3 della l. n. 218/1995, ha fatto riferimento alla norma europea istitutiva del foro del contratto nella formulazione che questa aveva sotto la convenzione di Bruxelles del 1968, non nella versione riformata dai regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I *bis*. L'analisi della motivazione, che cita il precedente del 2021 e accoglie una soluzione di fatto conforme ai regolamenti, non alla convenzione, permette di ricondurre anche tale pronuncia al nuovo corso, e di scorgere nell'invocazione dei vecchi criteri, anziché dei nuovi, una semplice svista.

Nell'altra pronuncia, invece, risalente al 2022, il ritorno all'antico è reale, ancorché privo di conseguenze pratiche. Le Sezioni Unite hanno dato credito alla tesi storica, al punto di richiamarsi al precedente del 2019 (favorevole a tale indirizzo, come si è visto), senza fare cenno alle successive prese di posizione a sostegno dell'opposta lettura.

La vicenda all'origine della pronuncia non ruotava attorno a un contratto, ma a un fatto illecito. Poco cambia ai fini dell'interrogativo discusso in queste pagine, perché tra i criteri delle «sezioni 2, 3 e 4 del titolo II» della convenzione di Bruxelles figura, accanto a quello del *locus destinatae solutionis* in tema di contratti, il criterio del *locus commissi delicti* riguardante gli illeciti aquiliani. Una volta acquisito che il rinvio compiuto dall'art. 3 della l. n. 218/1995 conduce agli odierni criteri europei, era lecito aspettarsi che le Sezioni Unite tenessero ferma questa posizione per l'insieme di quei criteri, compreso quello in materia di illeciti. L'adesione alla tesi storica nell'arresto del 2022 è invece inequivocabile, come detto: ne è prova il fatto che le Sezioni Unite si sono sentite in dovere di spiegare come mai, pur servendosi di criteri vecchi di cinquant'anni, abbiano ritenuto di dare peso (un peso decisivo ai fini della decisione) a talune sentenze della Corte di Giustizia relative non già alla convenzione ma ai regolamenti, sforzandosi di dimostrare che l'adozione di questa angolatura prospettica, pur potendo sembrare innaturale, era giustificata. Se le Sezioni Unite avessero interpretato l'art. 3 della l. n. 218/1995 in modo evolutivo, come avevano fatto appena pochi mesi prima, la giurisprudenza europea – non importa se più o meno recente – sarebbe venuta in rilievo *de plano* nel ragionamento.

La pronuncia del 2022, pur dissonante da quella dell'anno precedente quanto al principio di diritto, non ha comunque prodotto nella specie un esito pratico diverso da quello a cui la Corte sarebbe pervenuta seguendo la tesi evolutiva. Ciò si deve al fatto che in materia di illeciti, a

differenza di quanto accaduto in materia di contratti, il passaggio dalla convenzione di Bruxelles al regolamento Bruxelles I e da questo al regolamento Bruxelles I *bis* non è stato accompagnato da una sostanziale mutamento del criterio scelto. Servirsi del criterio originario produce dunque le medesime conseguenze pratiche che discendono dall'impiego del criterio attuale. Resta nondimeno l'imbarazzo di un'ennesima oscillazione sul piano del principio, proveniente, di nuovo, dalle Sezioni Unite, a pochi mesi di distanza da quella che, già nel 2021, sembrava essere la pronuncia definitiva sul tema.

Figura 1. Le posizioni della giurisprudenza sul rinvio alla convenzione di Bruxelles



La *timeline* rappresenta, in basso, i periodi durante i quali il rinvio di cui all'art. 3 della l. n. 218/1995 è stato inteso dalle Sezioni Unite come implicante un riferimento ai criteri della convenzione di Bruxelles presi nella loro fisionomia originaria (tesi c.d. storica). In alto, invece, i periodi in cui il rinvio è stato inteso come implicante un rinvio alla versione di quei criteri risultante dai regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I *bis* (tesi c.d. dinamica).

4.6. Le ordinanze di rimessione della Seconda Sezione (2023)

È sullo sfondo di questa movimentata alternanza di opinioni che la Seconda Sezione della Corte ha prospettato, nel 2023, l'opportunità di investire nuovamente le Sezioni Unite del problema della interpretazione del rinvio. Sono state adottate, per questo, due ordinanze interlocutorie. Una ha riguardato il ricorso all'origine dell'ordinanza in commento. Al momento di licenziare questo scritto il ricorso interessato dall'altra ordinanza non risultava essere stato deciso³⁷.

5. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite

L'ordinanza resa dalle Sezioni Unite il 28 febbraio 2024 sul primo dei ricorsi testé indicati conferma l'adesione della Corte all'interpretazione evolutiva del rinvio: per la Cassazione, il

³⁷ L'ordinanza relativa a questo secondo ricorso è la n. 26495 del 14 settembre 2023.

rinvio che compare all'art. 3 della l. n. 218/1995, pur restando testualmente riferito ai criteri della convenzione di Bruxelles va oramai inteso come un rinvio alla nuova fisionomia che detti criteri hanno in seguito acquisito sotto la legislazione dell'Unione.

Gli argomenti spesi nell'ordinanza sono esattamente quelli su cui la Corte aveva fatto leva nella pronuncia del 2021, riportata poco sopra. La motivazione ricorda che nel 2009 le Sezioni Unite si erano pronunciate per la tesi storica, ma rileva che tale orientamento «ha costituito ... oggetto di rimeditazione da parte della giurisprudenza più recente, la quale, richiamando anche la giurisprudenza unionale ..., ha osservato che la convenzione di Bruxelles, nazionalizzata dall'art. 3, comma secondo, della legge n. 218 del 1995, s'intende ormai trasfusa nel regolamento [Bruxelles I *bis*], che ha sostituito il regolamento [Bruxelles I]». Da qui la conclusione per la quale, se il convenuto non è domiciliato in uno Stato membro dell'Unione, la giurisdizione italiana, quando si tratti di una delle materie già comprese nel campo di applicazione della convenzione, «sussiste in base ai criteri stabiliti dal regolamento [Bruxelles I *bis*], il quale ha sostituito il regolamento [Bruxelles I], che aveva a sua volta sostituito la convenzione». La Corte precisa che l'affermazione, riferita al regolamento Bruxelles I *bis*, vale anche in relazione al regolamento Bruxelles I, «applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, in quanto vigente alla data dell'instaurazione del ... giudizio».

6. Un esito condivisibile, basato su un'argomentazione non persuasiva

La conclusione a cui sono pervenute le Sezioni Unite nella pronuncia in commento è pienamente condivisibile. Il ragionamento che la sorregge appare, invece, criticabile. Le obiezioni che possono esserle mosse si articolano in tre passaggi: il primo attiene al metodo seguito dalla Corte, cioè l'angolatura da cui essa ha guardato al quesito di cui era investita; il secondo concerne i dati che la Corte ha raccolto per rispondervi: quelli usati dal Supremo Collegio sono solo una parte di quelli suscettibili di incidere sulla soluzione del problema; il terzo passaggio investe la lettura di quei dati, nel senso che la Corte, avendo omesso di considerare alcuni dati di partenza decisivi, non ha di fatto potuto ricavarne le indicazioni ermeneutiche che l'insieme dei fattori pertinenti suggeriva.

6.1. Un approccio che non rispecchia il senso e la funzione del rinvio

Investite di un quesito relativo al rinvio stabilito dall'art. 3 della l. n. 218/1995, le Sezioni Unite, anziché prendere le mosse da un'analisi della norma rinviante, hanno immediatamente rivolto lo sguardo alle norme oggetto del rinvio. Non si sono soffermate sulle ragioni che hanno spinto il legislatore italiano ad allineare le regole comuni al regime europeo, né sul significato e le implicazioni della particolare opzione tecnica – il rinvio – accolta a questo fine dal legislatore. Hanno sin da subito cercato la risposta al problema loro sottoposto nelle stesse norme oggetto

di rinvio, come se spetti a queste ultime illuminare il senso del rinvio di cui sono state fatte segno.

Si tratta di un'angolatura prospettica che lascia in ombra la ragion d'essere del rinvio compiuto dall'art. 3 e il suo particolare modo di operare.

Le norme europee, vale la pena ribadirlo, non hanno da dire alcunché, in quanto tali, rispetto ai casi soggetti all'art. 3 della l. n. 218/1995. La disciplina di quei casi, come detto, è delegata dalla normativa europea alle regole interne. La circostanza che il legislatore italiano abbia costruito alcune delle sue norme interne utilizzando un elemento ripreso da quelle europee (il criterio) non toglie che la disciplina delle fattispecie come quella considerata dalle Sezioni Unite è offerta dalle norme italiane, e solo da quelle.

Beninteso, se una norma si appropria degli elementi di un'altra, è lecito e doveroso che l'interprete della prima consulti la seconda. La norma a favore della quale risulta disposto il rinvio, tuttavia, non diviene in tal modo l'oggetto dell'analisi dell'interprete: essa resta una circostanza dell'interpretazione, un dato che l'interprete legge nel prisma della norma rinviante, guidato dalle considerazioni che quest'ultima (non la normativa oggetto di rinvio) impone alla sua attenzione³⁸.

Ora, è pacifico, come si è visto, che il rinvio dell'art. 3 della l. n. 218/1995, se anche non dovesse qualificarsi *tout court* come mobile, comporta comunque un elemento dinamico. Lo segnala in modo inoppugnabile la formulazione letterale dell'art. 3 nell'inciso che richiama, accanto alla convenzione di Bruxelles, le sue «successive modificazioni in vigore per l'Italia».

I dubbi investono il passaggio logico immediatamente successivo alla constatazione appena riferita.

Premesso che il rinvio è fatto alla convenzione e alle sue vicende, occorre preliminarmente stabilire quali vicende si sono prodotte a carico della convenzione di Bruxelles per effetto del regolamento Bruxelles I. La Corte ne ha vista una sola (la sostituzione delle disposizioni della convenzione con quelle del regolamento), non avvedendosi dell'altra (il permanere degli effetti della convenzione rispetto a un novero di situazioni meno ampio di quello precedente, ossia

³⁸ È quindi tutt'altro che decisiva, di per sé, a circostanza – sottolineata dalle Sezioni Unite – nella pronuncia del 2021 come nell'ordinanza in commento – che l'art. 68, par. 2, del regolamento Bruxelles I e l'identico art. 68, par. 2, del regolamento Bruxelles I *bis*, stabiliscano che ogni riferimento fatto alla convenzione deve oramai intendersi fatto al regolamento (rispettivamente Bruxelles I e Bruxelles I *bis*). Da un lato, i due regolamenti si preoccupano di precisare che la regola interpretativa appena ricordata opera solo «nella misura in cui» i regolamenti sostituiscono la convenzione: il fatto è che la convenzione, come si è spiegato, non è stata sostituita in toto dai regolamenti, e le difficoltà di cui la Cassazione è stata investita nascono proprio dalla circostanza che la convenzione ha seguito a produrre degli effetti. Dall'altro lato, la norma in esame – norma dell'Unione – non può pretendere di chiarire come vadano intese delle norme interne, come l'art. 3 della l. n. 218/1995, quando si faccia questione dell'interpretazione di queste ultime in rapporto a casi di cui lo stesso diritto dell'Unione lascia ai singoli Stati membri la disciplina.

solo nei rapporti fra certi Stati e solo in relazione a certi territori). Se avesse preso in considerazione tanto la prima vicenda quanto alla seconda, la Corte avrebbe dovuto, di fronte all'ambiguità dei due dati, cercare una chiave capace di sciogliere l'alternativa fra evoluzione e stabilità, a favore dell'uno o dell'altro orientamento. Se le premesse di metodo tratteggiate poco sopra avuto riguardo alla natura del rinvio sono esatte, quella chiave avrebbe allora dovuto essere cercata, per forza di cose, nell'interpretazione della norma rinviante, non (o almeno non in prima battuta) nei dati ricavabili dalla convenzione e dai suoi epigoni, i regolamenti.

6.2. Una ricostruzione incompleta dei dati pertinenti

Per sapere da quali modifiche è stata interessata la convenzione di Bruxelles occorre chiarire, per cominciare, a che cosa si riferisca, di preciso, l'art. 3 della l. n. 218/1995 quando parla di «modificazioni» della convenzione.

Non è chiaro se il legislatore italiano abbia inteso questa espressione in un'accezione tecnica determinata. È però plausibile che il concetto vada delineato, almeno in via di prima approssimazione, alla luce del significato che l'espressione riveste nel diritto dei trattati, come codificato nella convenzione di Vienna del 23 maggio 1969³⁹. La parte IV di quest'ultima convenzione, dedicata per l'appunto all'emendamento e alla modifica dei trattati, si apre con una norma generale, l'art. 39, secondo cui un «trattato» può essere modificato da un «accordo» concluso fra le parti⁴⁰. Per alterare il contenuto di un trattato non è dunque necessario porre in essere uno strumento che rivesta la stessa forma del trattato da modificare. Non vale, dunque, la regola dell'*acte contraire*, essendo sufficiente che consti una concorde volontà degli Stati interessati di procedere in questo senso⁴¹. Nelle parole della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, «[a]n amending agreement may take whatever form the Parties to the original treaty may choose»⁴². Può bastare anche un accordo tacito, comprovato dalla condotta delle parti nell'applicazione delle relative norme⁴³.

³⁹ La convenzione è stata attuata nell'ordinamento italiano con la l. 27 febbraio 1974, n. 112.

⁴⁰ Il diverso significato delle due espressioni si coglie già dalla definizione del termine «trattato» offerta dall'art. 2, lett. a), della stessa convenzione di Vienna: « "treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation ».

⁴¹ Come le regole che riguardano l'estinzione e la sospensione dei trattati, anche quelle in tema di modifica poggiano sull'idea che le vicende di una convenzione siano determinate dalla comune volontà degli Stati che ne sono vincolati, senza che si impongano per la sua espressione delle forme particolari: sul punto, per tutti, P. SANDS, *Art. 39*, in *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, a cura di O. Corten, P. Klein, Oxford, 2011, p. 967.

⁴² *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 232 s.

⁴³ *Ivi*, p. 233, nonché *ivi*, 1964, vol. II, p. 195.

La circostanza che il trattato preveda delle speciali procedure per le modifiche che lo riguardano (come effettivamente accade per la convenzione di Bruxelles, che dispone all'art. 67 in ordine alla sua revisione), non osta a che le relative norme vengano alterate tramite procedimenti diversi, se le parti ne convengono⁴⁴.

Non è del resto neppure necessario che all'accordo modificativo partecipino tutti gli Stati vincolati dalla convenzione oggetto di modifica. Il diritto dei trattati ammette che, per effetto di un accordo, un trattato multilaterale venga modificato solo nei rapporti fra gli Stati che intendono variarne il contenuto: nei confronti degli Stati estranei all'accordo modificativo, il trattato seguirà allora a produrre i suoi effetti originari, senza cambiamenti. Una valida modifica *inter partes*, ove non incontri già il consenso di tutte le parti del trattato, presuppone il rispetto delle condizioni poste dall'art. 41 della convenzione di Vienna⁴⁵.

Giova fare un cenno anche a un'altra norma del diritto dei trattati, utile all'analisi delle vicende della convenzione di Bruxelles del 1968. L'art. 29 della convenzione di Vienna sancisce che, per regola generale, un trattato vincola le parti in rapporto all'integralità del loro territorio; ciò, però, a meno che non consti una diversa intenzione delle parti, risultante dal trattato o stabilita altrimenti. Ai fini che qui interessano, ciò significa che le parti di una convenzione possono definire di comune accordo la portata geografica degli effetti delle relative disposizioni con riguardo al rispettivo territorio, e possono dunque, con un accordo successivo, ampliare o restringere il perimetro di quegli effetti.

È alla luce dei dati appena riferiti che bisogna ricostruire, nell'ottica dell'art. 3 della l. n. 218/1995, le conseguenze prodotte dall'adozione del regolamento Bruxelles I a carico della convenzione di Bruxelles.

Da un lato, tenuto conto della regola di base racchiusa nell'art. 39 della convenzione di Vienna, nulla impedisce di scorgere nel regolamento Bruxelles I la manifestazione, non equivoca, di una comune volontà degli Stati contraenti della convenzione di Bruxelles di procedere a una modifica della stessa convenzione. Gli Stati membri dell'Unione europea, a loro volta Stati contraenti della convenzione, si sono espressi in questo senso tramite un'organizzazione, l'allora Comunità europea, a cui hanno affidato il compito di dettare regole uniformi di diritto internazionale privato, e tale organizzazione si espressa tramite un organo – il Consiglio – in

⁴⁴ Come ricorda a titolo d'esempio A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 3ª ed., Cambridge, 2013, p. 233, la Convenzione sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatica in pericolo di estinzione (CITES), del 3 marzo 1973, che pure contempla una particolare procedura per l'emendamento delle sue disposizioni, è stata modificata nel 1986 mediante una risoluzione della conferenza delle parti.

⁴⁵ Occorre, in particolare che la possibilità di una modifica *inter partes* sia prevista dal trattato oppure non sia esplicitamente esclusa da questa (operando in questa seconda ipotesi delle altre condizioni, che non è qui indispensabile richiamare).

cui siedono i rappresentanti di tutti gli Stati membri, con una determinazione a cui gli stessi Stati contraenti hanno comunque prestato una sicura acquiescenza. La volontà degli Stati vincolati dalla convenzione di rimpiazzarne le disposizioni con il regolamento Bruxelles I è esplicitamente indicata nell'art. 68 del regolamento, là dove si afferma che quest'ultimo «sostituisce, tra gli Stati membri, le disposizioni della convenzione di Bruxelles», con la precisazione che la convenzione resta applicabile in taluni casi residuali, di cui si dirà meglio tra un istante. Ciò porta a credere che per effetto dell'adozione del regolamento, la convenzione di Bruxelles abbia subito una modifica, il che spiega come mai gli Stati contraenti, i cui giudici ormai non si conformano più ai criteri della convenzione ma a quelli del regolamento, non incorrano, così facendo, in alcuna responsabilità internazionale⁴⁶. Le norme del regolamento costituiscono, pertanto, perlomeno nella prospettiva dell'art. 3 della l. n. 218/1995 (l'unica che interessa qui), una «modificazione» della convenzione. E tale modificazione è stata confermata dal regolamento Bruxelles I *bis*, che integra la «rifusione» del primo, cioè la sua integrale sostituzione, come si indica all'art. 68.

Dall'altro lato, il regolamento Bruxelles I non ha determinato l'estinzione della convenzione di Bruxelles. Questa ha infatti continuato a produrre i suoi effetti, senza alcuna modifica di

⁴⁶ Un'articolata critica a questa tesi è avanzata da M. GRASSI, op. loc. cit., e in nota (a p. 512). Questi ritiene che, per spiegare come mai l'applicazione dei criteri dei regolamenti non dia luogo a una responsabilità internazionale degli Stati contraenti della convenzione, basta il richiamo all'art. 30 della convenzione di Vienna. Si tratta della norma per la quale, quando le parti di un trattato precedente (qui, la convenzione di Bruxelles) sono anche parti a un trattato posteriore (i trattati che hanno conferito all'allora Comunità e oggi all'Unione il potere di adottare misure nel campo del diritto internazionale privato), il trattato anteriore, se ha per oggetto «la stessa materia» del successivo («per quanto qui interessa, la cooperazione giudiziaria in materia civile»), si applica solo nella misura in cui le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato posteriore. Pare dubbio, a chi scrive, che la situazione, ricostruita in questi termini, sia quella di un conflitto fra trattati relativa alla stessa materia, perché i due strumenti citati differiscono per l'oggetto e la funzione delle loro norme (i trattati istitutivi contemplano una competenza nel campo del diritto internazionale privato, la convenzione di Bruxelles detta delle norme che, al limite, potrebbero costituire una manifestazione di quella competenza). Il dubbio sparirebbe considerando come «trattato posteriore», ai fini della regola dell'art. 30, non già i trattati istitutivi ma i «prodotti» delle competenze ivi previste, cioè i regolamenti Bruxelles I e Bruxelles I *bis*. Ma una simile assimilazione dei regolamenti a un trattato sarebbe una forzatura almeno altrettanto grave di quella che lo stesso M. GRASSI rimprovera alla tesi qui difesa. Ciò detto, chi scrive concorda con M. GRASSI che il problema dei rapporti fra la convenzione di Bruxelles e i suoi epigoni nella legislazione dell'Unione è *anche* un problema di compatibilità fra discipline diverse: con l'adozione del regolamento Bruxelles I, come si è detto, sono venute ad esistere, negli Stati contraenti della convenzione, due discipline parallele, quella originaria e quella modificata, fra loro divergenti in qualche punto. La constatazione, tuttavia, non muta i termini del problema. Il nodo della incompatibilità delle due discipline è infatti stato sciolto dallo stesso regolamento, che ha indicato per quali fattispecie la convenzione debba intendersi sostituita dalle nuove disposizioni e per quali, invece, essa continui ad operare come tale. Resta che il regolamento, nel chiedere agli Stati membri di non usare più la convenzione, e di servirsi piuttosto delle nuove norme (almeno per la maggior parte delle situazioni), ha inteso alterare (e ha effettivamente alterato) gli effetti che la convenzione produceva sin lì. Si può discutere sul significato di tale alterazione secondo il diritto dei trattati, ma – almeno agli effetti dell'art. 3, comma 2, primo periodo, della l. n. 218/1995 – è opinione di chi scrive che la vicenda descritta rappresenti una «modificazione» della convenzione.

contenuto, nei rapporti fra certi Stati e in relazione a certi territori degli Stati contraenti. Va infatti osservato, in primo luogo, che il regolamento non ha prodotto di per sé alcun effetto con riguardo ad uno Stato contraente della convenzione, la Danimarca. Ciò in virtù del regime di «opting out» che i trattati accordano a questo paese (anche) nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile⁴⁷, con la conseguenza che le misure legislative adottate dalle istituzioni in quest'ambito non si applicano *come tali* in Danimarca e sono senza effetto *come tali* per quest'ultima. In secondo luogo, il regolamento, come precisa lo stesso art. 68, non ha prodotto alcun effetto nei territori soggetti alla convenzione di Bruxelles ma non ricompresi nella sfera di applicazione territoriale dell'allora trattato istitutivo della Comunità europea ai sensi del suo l'art. 299, come ad esempio Aruba, che è un territorio soggetto alla sovranità dei Paesi Bassi che gode però di uno statuto particolare⁴⁸. Questa duplice limitazione, imposta dal diritto primario dell'Unione europea, si è prodotta, in termini analoghi, anche per il regolamento Bruxelles I *bis*, come attesta l'art. 68 di tale regolamento e come si desume dall'art. 355 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Insomma, almeno nell'immediato, l'adozione del regolamento Bruxelles I ha comportato per la convenzione di Bruxelles due conseguenze assai diverse. La convenzione, sia pure sostituita dal regolamento nei rapporti fra gli Stati membri, esclusa la Danimarca, è rimasta in vita, senza modifiche di contenuto, nei rapporti con la Danimarca e con riferimento a territori soggetti alla convenzione ma estranei alla portata territoriale dei trattati istitutivi e degli atti delle istituzioni.

La convenzione di Bruxelles è dunque uscita di scena a certi effetti, ma non per altri. Uno stato di cose, questo, che non si concilia col modo in cui una norma legislativa segue ad un'altra, ma che non ha nulla di insolito quando si discute, invece, delle vicende di un trattato internazionale, segnatamente multilaterale, dato che una medesima convenzione può produrre certi effetti nei rapporti fra determinati Stati e certi altri nelle relazioni fra gli altri, così come può restare inalterata in relazione a certe aree degli Stati contraenti e produrre invece degli effetti nuovi in relazione ad altre zone di quei medesimi Stati.

Questa condizione, per quanto fisiologica nella prospettiva del diritto dei trattati, si risolve, per il rinvio di cui all'art. 3 della l. n. 218/1995, un'intollerabile contraddizione. La norma rinvia alla convenzione di Bruxelles e alle sue successive modificazioni, ma, nella specie, dato che le modificazioni sono due e il rinvio può logicamente farne propria solo una, l'interprete si trova

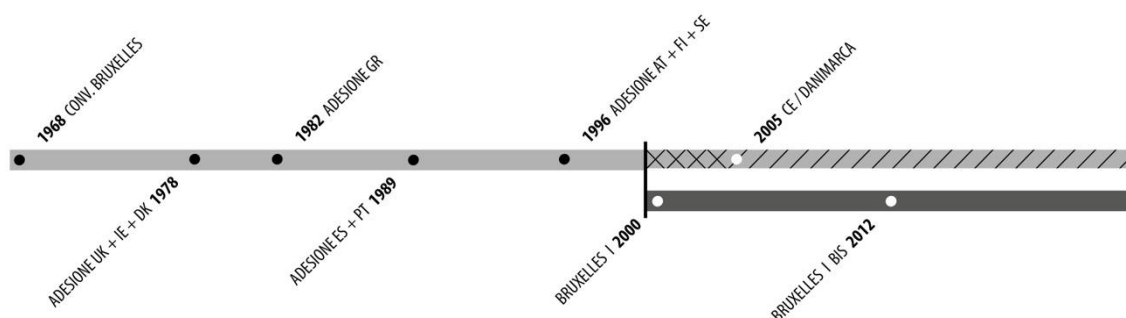
⁴⁷ Il riferimento è al protocollo n. 5 allegato al trattato sull'Unione europea (nella versione anteriore al trattato di Lisbona) e al trattato istitutivo della Comunità europea, e al protocollo n. 22 allegato all'attuale trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

⁴⁸ Sulla portata territoriale del regime di Bruxelles I, nelle sue successive incarnazioni, v. per tutti H. GAUDEMET-TALLON, M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 7^a ed., Paris, 2024, p. 105 ss.

davanti a un bivio: deve stabilire se agli effetti del rinvio occorre dare rilievo alle novità che segnalano un’evoluzione del *contenuto* dei criteri europei o quelle che indicano che i criteri originari, pur restando in vigore, rivestono oramai una *portata* ridotta.

Se il dubbio è questo, non serve a molto rimarcare, come invece fanno le Sezioni Unite nell’ordinanza esaminata, che il rinvio è mobile e che i regolamenti hanno preso il posto della convenzione. I regolamenti, come osservato, veicolano un duplice accordo degli Stati membri: un accordo per sostituire la convenzione per certi aspetti, e un accordo per mantenerla in vigore per altri. Entrambi gli intendimenti sono espressi con chiarezza, l’uno accanto all’altro nell’art. 68 dei regolamenti stessi. Questa duplicità era del resto già emersa nei precedenti della Corte esaminati poc’anzi, se è vero che l’art. 68 del regolamento Bruxelles I è stato invocato dalle Sezioni Unite ora per sostenere la tesi evolutiva (è il caso dell’ordinanza del 2018) ora per spiegare l’adesione all’indirizzo opposto (nella pronuncia del 2019).

Figura 2. Le vicende del regime di Bruxelles I



La *timeline* raffigura la sequenza di interventi che hanno interessato il regime originariamente racchiuso nella convenzione di Bruxelles (le convenzioni di adesione a cui si fa riferimento sono quelle elencate nella nota 24). Come si spiega nel testo, il regolamento Bruxelles I ha sostituito la convenzione nei rapporti fra gli Stati membri dell’allora Comunità europea (linea di colore grigio scuro), salvo rimanere in vigore dapprima nei rapporti fra gli Stati membri dell’allora Comunità europea e la Danimarca e rispetto ad alcuni territori non compresi nella sfera di applicazione dei trattati (tratteggio incrociato), quindi, dopo l’accordo del 2005 fra Comunità europea e Danimarca, solamente in relazione ai territori indicati da ultimo (tratteggio semplice).

6.3. La chiave per sciogliere l'ambivalenza rilevata

Resta da capire, come anticipato, se ai fini del rinvio di cui all'art. 3 della l. n. 218/1995 debba aversi riguardo alle vicende della convenzione di Bruxelles che ne hanno alterato il contenuto o a quelle che ne segnalano il permanere in vigore, sia pure entro una sfera circoscritta.

Il quesito si traduce in un problema di interpretazione dell'art. 3 della l. n. 218/1995 (non certo della convenzione o dei regolamenti), e come tale va affrontato, secondo le regole ermeneutiche proprie dell'ordinamento italiano. Assume rilievo, a questo fine, lo scopo dello stesso art. 3, che – come detto – consiste nell'allineare la disciplina di diritto comune a quella seguita in Europa secondo le norme uniformi. Se lo scopo è questo, allora la lettura più convincente del rinvio è quella per effetto della quale il rinvio stesso estende ai convenuti extra-europei non già dei vecchi criteri di impiego residuale (i criteri della convenzione, nella loro fisionomia originaria, ormai condannati a un'applicazione del tutto occasionale), ma i nuovi criteri elaborati dalle istituzioni dell'Unione in sostituzione della disciplina convenzionali, essendo questi, oramai, i criteri di applicazione generale.

Ad avvalorare questa lettura militano due considerazioni. Entrambe riguardano lo spazio residuo che il regolamento ha lasciato alla convenzione e rafforzano l'idea che la convenzione, condannata ad un'operatività ridottissima, quasi virtuale, ha del tutto perduto l'attitudine, riconosciuta invece dal legislatore italiano del 1995, a fungere da modello per il diritto interno.

Va rilevato, innanzitutto, che la convenzione di Bruxelles ha cessato molto presto, dopo il regolamento Bruxelles I, di regolare i rapporti fra gli Stati membri e la Danimarca. Con un accordo concluso il 19 ottobre 2005, la Comunità europea e il Regno di Danimarca hanno convenuto di estendere ai loro rapporti le disposizioni del regolamento Bruxelles I, in sostituzione della convenzione di Bruxelles⁴⁹. In pratica, con l'entrata in vigore di tale accordo, il regolamento – sin lì privo di effetto nei confronti della Danimarca per i limiti già segnalati imposti dal diritto primario all'azione delle istituzioni nel campo della cooperazione giudiziaria civile – è divenuto applicabile in Danimarca e nei confronti della Danimarca in forza del diritto internazionale. Il medesimo accordo ha previsto che in caso di adozione di modifiche al regolamento, la Danimarca avrebbe notificato alla Commissione la sua decisione di attuare o meno il contenuto di tali modifiche. Sin qui, la Danimarca ha aderito a tutte le modifiche apportate al regolamento, comprese quelle conseguenti all'adozione del regolamento

⁴⁹ Il testo dell'accordo si legge in G.U.C.E., L 299 del 16 novembre 2005, p. 62 ss.

Bruxelles I *bis*⁵⁰. In definitiva, non vi è più alcuno spazio, da anni, per la convenzione di Bruxelles nei rapporti che legano l'Italia (e gli altri Stati membri) alla Danimarca.

Mette conto segnalare, poi, che l'Unione ha posto le basi per una definitiva sostituzione della convenzione di Bruxelles del 1968 anche per quanto concerne i territori, estranei all'Unione, per i quali essa seguita sin qui a produrre i suoi effetti. Lo ha fatto con la convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, che riproduce con poche modifiche di sostanza il regolamento Bruxelles I ed è in vigore per l'Unione (e dunque tutti suoi Stati membri, a norma dell'art. 216 del trattato sul funzionamento), la Svizzera, la Norvegia e l'Islanda (oltre alla Danimarca)⁵¹. Ai sensi dell'art. 69, par. 7, quest'ultima convenzione sostituisce la convenzione di Bruxelles con riferimento alle relazioni tra gli Stati membri dell'Unione e i predetti territori non europei. Ciò, peraltro, avverrà solo con l'entrata in vigore della stessa convenzione nei confronti dei territori in questione, a seguito dell'adesione alla convenzione da parte degli Stati membri interessati⁵².

Giova qui aggiungere una notazione sulla portata temporale del rinvio. Come si è rilevato poco sopra, la Suprema Corte ha affermato nell'ordinanza in commento che, per quanto il rinvio vada inteso come riferibile alla nuova fisionomia dei criteri della convenzione, quelli che vengono in gioco nel caso di specie non sono i criteri europei nella loro più recente incarnazione (cioè nel regolamento Bruxelles I *bis*), ma i criteri risultanti dalla versione immediatamente precedente dalla disciplina europea (i criteri del regolamento Bruxelles I, dunque), essendo questa la disciplina «applicabile *ratione temporis*» al procedimento in parola, avuto riguardo alla data di instaurazione dello stesso. L'affermazione è in sé condivisibile, ma anche qui, per ragioni analoghe a quelle già esposte, il ragionamento delle Sezioni Unite non convince. Il ricorso nella specie al regolamento Bruxelles I, anziché al regolamento Bruxelles I *bis*, non dipende, a rigore, dal fatto in sé che il primo dei due testi «voleva» disciplinare il caso in discussione, e il secondo no. Nessuna delle due misure legislative dell'Unione, come detto, pretendeva veramente, di per sé, di guidare le determinazioni del giudice italiano nella specie. A disciplinare la giurisdizione era qui l'art. 3 della l. n. 218/1995, e solo quello. Il punto, semmai, è che l'art. 3 si propone di allineare i criteri interni a quelli europei, e il modo migliore per soddisfare questo obiettivo consiste, per l'interprete, nell'estendere i criteri europei alle situazioni che – se non fosse per il domicilio del convenuto in uno Stato terzo – vedrebbero l'applicazione di quei criteri. Sono dunque i canoni ermeneutici del diritto italiano (non il diritto dell'Unione) che impongono al giudice

⁵⁰ V., per quanto riguarda il regolamento Bruxelles I *bis*, l'avviso apparso in G.U.U.E., L 79 del 21 marzo 2013, p. 4

⁵¹ Il testo è in G.U.U.E., L 147 del 10 giugno 2009, p. 5 ss.

⁵² Sin qui, nessuno Stato membro ha aderito a questo titolo alla convenzione di Lugano. La Francia, che pure ha contemplato di procedere in questo senso, come si evince dalla l. 2019-983 del 26 settembre 2019, nella banca dati Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr>, non ha depositato, per il momento, alcuno strumento di adesione.

italiano di servirsi ora dei criteri vecchi (della convenzione), ora dei criteri nuovi (del regolamento Bruxelles I), ora infine dei criteri nuovissimi (del regolamento Bruxelles I *bis*) nei casi in cui tali criteri, rispettivamente, opererebbero *ratione temporis* se il convenuto fosse europeo. Si tratta, in fondo, di un'altra implicazione della logica di pertinenza esaminata sopra, quella per la quale, in virtù del rinvio, i criteri europei valgono sul piano interno entro il campo di applicazione materiale che la disciplina europea assegna loro.

6.4. Cenni ad altri interrogativi posti dal rinvio

Il rinvio ai criteri europei stabilito all'art. 3 della l. n. 218/1995 suscita, in realtà, anche degli interrogativi che non trovano riscontro nella pronuncia esaminata in questo scritto. Una decisione pensata per far luce una volta per tutte sulle incertezze suscitate dalla norma in discorso avrebbe forse potuto spingersi fino a dire qualche parola anche su di essi.

Non è possibile esaminarli in questa sede tutti e in modo approfondito. Ci si limiterà ad evocarne due⁵³.

Il primo, in realtà, può dirsi implicitamente risolto dall'ordinanza in commento, come del resto dalle precedenti pronunce che hanno aderito alla tesi evolutiva. I termini del problema sono questi: una volta acquisito che il rinvio va interpretato come un rinvio ai criteri della convenzione come riconfigurati da regolamenti, vi sono casi in cui potrebbe non essere immediatamente chiaro quali siano, di preciso, quei criteri. Il problema si pone, ancora, in relazione al foro del contratto, per via di una caratteristica di quest'ultimo a cui sin qui si è fatto solamente un breve cenno. Si consideri, per semplicità di esposizione, solo la norma attualmente in vigore, ossia l'art. 7 punto 1 del regolamento Bruxelles I *bis*. La disposizione, come si è detto, contiene nella lett. *b*) due previsioni speciali applicabili rispettivamente nel caso della compravendita e in quello della prestazione di servizi. Tali previsioni, tuttavia, operano solo nell'ipotesi in cui, rispettivamente, il luogo di consegna delle merci o quello di fornitura dei servizi siano situati in uno Stato membro, giacché, se così non fosse, si ritornerebbe, ai sensi della lett. *c*), alla regola che vale, in generale, per la «materia contrattuale», stabilita alla lett. *a*). Ciò significa che non esiste, nel regolamento, *un* criterio per le liti in tema di vendita e *uno* per quelle riguardanti una prestazione di servizi. Per il regolamento, le liti ora indicate sono soggette ora ai criteri «nuovi» (introdotti da Bruxelles I), ora a quelli «vecchi» (quelli da sempre previsti dalla convenzione), a seconda delle circostanze: in particolare, a seconda di dove si trovi, nella specie, il luogo della consegna o quello dei servizi. Che rilievo riveste questa ambiguità ai fini del rinvio? La Cassazione non affronta tale domanda, ma implicitamente fornisce una risposta: se si verte in tema di compravendita, l'art.

⁵³ V. più ampiamente P. VENTURI, op. cit., p. 657 ss.

3 rende operante sempre e solo il criterio della consegna (se si tratta di una prestazione di servizi, sempre e solo il criterio del servizio), a prescindere dal fatto che quel luogo si trovi nel territorio dell'Unione europea o altrove. La risposta è pienamente condivisibile. Resta da capire su che cosa si regga.

Ad avviso di chi scrive, le ragioni sono le stesse che si sono espresse nelle pagine precedenti per ricostruire il senso e della funzione del rinvio. Basti ricordare qui la premessa da cui si sono prese le mosse anche sopra e il criterio (dell'allineamento) con cui si è ritenuto di poter sciogliere l'ambiguità fra i criteri vecchi e quelli nuovi.

La premessa, innanzitutto. L'art. 3 della l. n. 218/1995 non rinvia alla *norma* sul foro del contratto, ma ai *criteri* ivi previsti. La lett. c), in quanto dispositivo che ordina i rapporti fra i vari criteri della norma, integra la norma, non i criteri. Quanto vi si dispone è dunque irrilevante ai fini del rinvio.

Resta che i criteri sono più d'uno: quelli innovativi, specificamente pensati per i due contratti nominati della lett. b), e quelli tradizionali, ereditati dalla convenzione. Se lo scrupolo è quello di allineare le regole interne a quelle europee, il dubbio fra innovazione e tradizione non può che essere risolto a favore della prima.

La conclusione a cui le Sezioni Unite sono implicitamente pervenute è dunque, anche su questo aspetto, condivisibile in sé, ma priva di qualsiasi spiegazione.

Il secondo quesito legato al rinvio che la Corte non affronta concerne il perimetro del rinvio. Nella sua formulazione testuale, l'art. 3 della l. n. 218/1995 richiama, come detto, le sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della convenzione di Bruxelles. La sezione 2 riguarda le competenze c.d. speciali (come quella «in materia contrattuale», di illeciti, etc.), mentre la sezione 3 è dedicata alla materia assicurativa e la sezione 4 concerne i contratti conclusi dai consumatori. Nel passaggio dalla convenzione di Bruxelles al regolamento Bruxelles I, tuttavia, anche la topografia del regime di Bruxelles I è mutata. Le controversie in materia di rapporti individuali di lavoro, originariamente disciplinate nell'art. 5 punto 1 della convenzione di Bruxelles, cioè all'interno del foro del contratto, sono state assoggettate con il regolamento ad una specifica disciplina a cui è stata dedicata una nuova sezione del titolo II, la sezione 5. Di quali criteri deve servirsi il giudice italiano per verificare la propria giurisdizione quando si discuta di una controversia di lavoro e il convenuto sia domiciliato in uno Stato estraneo all'Unione? Se il perimetro del rinvio va ricostruito avendo riguardo alla convenzione, allora – dato che ci si deve arrestare alle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II – l'uso dei criteri contemplati dalla nuova sezione 5 risulta escluso in partenza. Viceversa, se anche il perimetro va riletto in chiave aggiornata, allora valgono, in forza del rinvio, anche i criteri della sezione 5.

La lettura senz'altro preferibile, per le ragioni già esposte, è la seconda, perché è la sola che allinea le norme di diritto comune a quelle europee⁵⁴.

6.5. Il futuro del rinvio ai criteri europei

I benefici in termini di certezza prodotti dall'ordinanza delle Sezioni Unite analizzata in questo scritto potrebbero perdere ogni utilità in tempi relativamente brevi: un esito ironico, se si considerano gli sforzi (già di per sé mal spesi, come si dirà subito sotto) per giungere a questo risultato.

La prossima revisione del regolamento Bruxelles I *bis*, annunciata dall'art. 79 dello stesso regolamento e già ora oggetto di diverse proposte scientifiche⁵⁵, potrebbe comportare – come del resto venne prospettato al momento della rifusione del regolamento Bruxelles I nello stesso regolamento Bruxelles I *bis* – una radicale revisione, se non senz'altro la soppressione, della previsione attualmente contenuta nell'art. 6 del regolamento, quella che affida alle norme degli Stati membri, con certi limiti, la disciplina della giurisdizione nei confronti dei convenuti extra-europei. Non è possibile in questo scritto discutere anche solo per sommi capi del senso di una simile innovazione, e delle implicazioni che ne discenderebbero⁵⁶. Basti dire che un'abrogazione del meccanismo di «delega» al diritto interno previsto all'art. 6 priverebbe l'art. 3, comma 2, primo periodo, della l. n. 218/1995 di ogni portata pratica.

7. Quindici anni di evitabili incertezze: la spia di un problema più generale

Quella raccontata in questo articolo è una storia di incuria, di inefficienza e di dialoghi mancati. L'incuria è quella del legislatore. Con un tratto di penna avrebbe potuto modificare la formulazione dell'art. 3, comma 2, primo periodo, della l. n. 218/1995, sostituendo il riferimento alla convenzione di Bruxelles del 1968 e alle sue successive modificazioni con un riferimento al regolamento Bruxelles I e, di nuovo, alle sue successive modificazioni. Un intervento di questo genere, che pure avrebbe impegnato le Camere per un tempo misurabile tutt'al più in qualche ora, non è stato mai preso in considerazione, malgrado i ripetuti richiami della dottrina.

A mostrare inefficienza, non si vede come ci si possa esprimere diversamente, sono stati i giudici, e in particolare la Suprema Corte. Chi scrive non conosce altre questioni su cui la Corte, oltretutto a Sezioni Unite, è riuscita a dire nell'arco di quindici anni, alternativamente, una cosa

⁵⁴ In questo stesso senso, v. G. CONETTI, S. TONOLO, F. VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, cit., p. 27.

⁵⁵ V. in particolare B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, *The Reform of the Brussels Ibis Regulation - Academic Position Paper - Vienna Research Paper 2024*, nella piattaforma Social Science Research Network, <https://ssrn.com>.

⁵⁶ Su tutta la tematica, v. di recente i contributi raccolti in *Jurisdiction Over Non-EU Defendants*, a cura di T. Lutzi, E. Piovesani, D. Zgrabljic Rotar, Oxford, 2023.

e il suo contrario. Il disorientamento dei pratici e degli studiosi, non serve rimarcarlo, è stato grande, tanto più che per oltre dieci dei quindici anni di oscillazioni sopra ricordati la Suprema Corte è parsa agire, di volta in volta, come se la questione dell'interpretazione del rinvio disposto dall'art. 3 della l. n. 218/1995 fosse una questione nuova, e non invece una questione già decisa, suscettibile, certo, di ripensamenti, purché nella consapevolezza delle indicazioni risultanti dalla pronunce precedenti.

Quanto al dialogo, la sua assenza è riferibile a tutti gli attori operanti sulla scena: il legislatore, nel non curarsi della sorte della l. n. 218/1995, si è manifestamente disinteressato della giurisprudenza relativa alle sue disposizioni; la giurisprudenza non è riuscita a farsi incuriosire dalla dottrina, che pure si è abbondantemente occupata della questione; gli studiosi, dal canto loro, hanno perlopiù alimentato un dibattito interno alla cerchia degli specialisti, che di fatto non ha risuonato altrove, in particolare presso il legislatore e presso i giudici.

Eppure, a guardar bene vi erano delle ottime ragioni per prevenire questa evitabilissima stagione di incertezza, o almeno per farla durare assai meno di quanto di fatto è durata. L'art. 3 della l. n. 218/1995, a dispetto di un'apparenza «fredda» e tecnica, è una sorta di collo di bottiglia per il quale devono transitare, in particolare, le imprese che intendono far valere in Italia i loro diritti nei confronti di persone stabilite in Stati extra-europei. Si tratta, il più delle volte, di imprese piccole e medie (quelle grandi hanno spesso altri mezzi, compreso l'arbitrato, per vedere attuate le proprie ragioni), non di rado per il recupero di importi non grandissimi, presi individualmente. Per queste imprese, adire il giudice italiano e scoprire ad anni di distanza che la giurisdizione non sussiste equivale, spesso, a rinunciare al credito. Le risorse spese in funzione di un primo infruttuoso tentativo in Italia sono spesso troppo consistenti per insistere con una seconda iniziativa altrove, tanto più quando l'alternativa – un'azione in un paese extra-europeo – comporta dei costi elevati o si scontra con altri ostacoli rilevanti. L'incertezza sulla giurisdizione, cioè sull'accesso alla giustizia, si traduce per le imprese interessate non solo in un aggravio dei costi, ma anche, potenzialmente, in un disincentivo a proiettare all'estero la propria attività per cogliere le opportunità offerte da mercati non di rado più vivaci di quello nazionale o europeo.

Un paese in cui l'export genera il 34% del prodotto interno lordo⁵⁷, coinvolgendo un numero ragguardevole di attori economici⁵⁸, spesso di dimensioni piccole e piccolissime⁵⁹, ha ottimi motivi per investire nella cura dei testi normativi che accompagnano la vita di quegli attori e nella riflessione, da parte di giudici e studiosi, sull'interpretazione e il funzionamento ordinato di quei testi⁶⁰.

La verità è che, malgrado qualche segnale incoraggiante, fra cui la stessa ordinanza delle Sezioni Unite commentata in questo scritto, che in fondo segnala la determinazione con cui la Suprema Corte ha inteso porre rimedio alle incongruenze della sua giurisprudenza, il quadro generale resta tutt'altro che confortante. E ciò non solo per quanto concerne le questioni che riguardano l'attività a carattere internazionale delle imprese, ma per il diritto internazionale privato in generale.

L'incuria di cui il legislatore ha dato prova con riferimento all'art. 3 della l. n. 218/1995 si riscontra anche in rapporto ad altre previsioni della medesima legge. Molte di esse, per esempio, si riferiscono a situazioni che nel frattempo sono divenute l'oggetto di nuovi testi uniformi, convenzionali o dell'Unione europea. Vi è motivo di chiedersi se tali disposizioni interne non debbano essere riformulate, vuoi per segnalare all'operatore l'esistenza di tali altri fonti (se si ritiene che una legge di sistema, come appunto la l. n. 218/1995, sia investita anche di una funzione «pedagogica»), vuoi, soprattutto, per assolvere più efficacemente i nuovi compiti residuali a cui sono chiamate. Un esempio per tutti: con l'adozione del regolamento (CE) n. 864/2007 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)⁶¹, l'art. 62 della l. n. 218/1995 si è visto privato quasi interamente della sua originaria portata applicativa. Continua a operare, nondimeno, per gli illeciti a cui il regolamento Roma II non intende applicarsi, come la diffamazione e la violazione dei diritti della personalità. La

⁵⁷ *L'Italia nell'economia internazionale – Rapporto ICE 2022-2023*, a cura di R. Monducci, G. Giangaspero, Roma, 2023, p. 56.

⁵⁸ L'edizione 2024 dell'annuario statistico di Istat e ICE su Commercio estero e attività internazionale delle imprese registra, per il 2022, quasi 121.000 imprese esportatrici, che impiegano, nel complesso, più di 4 milioni di addetti: <https://annuarioistatice.istat.it>, tavola 3.2.1.

⁵⁹ Delle 121.000 imprese esportatrici censite, quelle che hanno meno di cinquanta addetti sono quasi 108.000. Queste ultime sono responsabili di circa il 19% del valore totale delle esportazioni italiane. La fonte di questi dati è la tavola citata nella nota precedente.

⁶⁰ Visto che lo spunto per la riflessione condotta in queste pagine è offerta da una norma, l'art. 3, comma 2, primo periodo, della l. n. 218/1995, che riguarda il contenzioso con soggetti stabiliti al di fuori dell'Unione, non è inutile ricordare che le esportazioni italiane che si indirizzano verso gli Stati membri dell'Unione europea (e gli Stati vincolati dalla citata convenzione di Lugano) sono pari, per valore, a circa il 57% del totale. In pratica, in termini di valore, almeno 4 operazioni di esportazione su 10 avvengono con partner commerciali extra-europei, con i quali dunque, in caso di contenzioso, la giurisdizione italiana dipende dai criteri a cui rinvia il citato art. 3.

⁶¹ G.U.C.E., L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss.

formulazione dell'art. 62, a cui il legislatore non ha mai messo mano, meriterebbe di essere rivista alla luce delle particolarità dei pochi casi in cui la norma resta applicabile⁶².

L'inerzia della politica sul terreno del diritto internazionale privato non si esprime del resto solo nella mancanza di iniziative legislative. Sul piano delle relazioni internazionali, negli spazi lasciati liberi dall'azione esterna dell'Unione europea, il governo, risoluto fino all'eccesso quando si tratta di sancire certi disimpegni (emblematica la decisione di uscire dalla Commissione Internazionale dello Stato Civile)⁶³, fatica a svolgere, in molti casi, anche attività di semplice manutenzione delle convenzioni esistenti, ad esempio denunciando quelle obsolete (come la convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alla vendita di beni mobili, che la giurisprudenza ormai non applica quasi più), o accettando – ove non vi siano ragioni per fare il contrario – l'adesione di nuovi Stati alle convenzioni multilaterali che prevedono un passaggio di questo genere. Colpisce, per esempio, che all'adesione dell'Albania e della Moldavia alla convenzione dell'Aja del 1° giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi⁶⁴ non abbia mai fatto seguito un'accettazione italiana, con la conseguenza che la convenzione non produce effetto fra l'Italia e tali paesi⁶⁵.

La giurisprudenza di legittimità, per quanto impegnata specie in tempi recenti a porre rimedio ad altre consolidate incertezze⁶⁶, e a cui sarebbe ingiusto non riconoscere la capacità di elaborare degli indirizzi ricostruttivi al tempo stesso limpidi e originali⁶⁷, non manca di esprimersi in qualche caso in decisioni che suscitano sorpresa, e che sarebbe poco definire non

⁶² V. al riguardo A. MALATESTA, *Riflessioni per una revisione della legge n. 218/1995 in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali*, in *Un nuovo diritto internazionale privato*, a cura di C. Campiglio, Milano, 2019, p. 125 ss.

⁶³ Il protocollo istitutivo della Commissione, reso esecutivo in Italia con la l. 26 novembre 1957 n. 1296, è stato denunciato dall'Italia con effetto dal 2 ottobre 2014.

⁶⁴ Resa esecutiva con l. 10 giugno 1985, n. 301.

⁶⁵ Le ragioni della mancata accettazione sono forse da ricercarsi nel dubbio che l'Italia e gli altri Stati membri dell'Unione parti della convenzione possono nutrire circa l'esistenza di una competenza esterna esclusiva della stessa Unione a decidere sul seguito da dare alle adesioni a questa convenzione, per ragioni analoghe a quelle valutate in altro contesto dalla Corte di Giustizia nel parere 1/13 del 14 ottobre 2014, ECLI:EU:C:2014:2303. Sta di fatto che restano per ora prive di riscontro anche le ultime adesioni fatte da Stati terzi a una diversa convenzione che prevede un meccanismo di «bilateralizzazione» come quello ora descritto, e rispetto alla quale vari Stati membri dell'Unione hanno ritenuto di poter procedere in modo autonomo, senza preoccuparsi di interferire con i poteri dell'Unione. Il riferimento è alla convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 sull'assunzione delle prove all'estero, attuata nell'ordinamento interno con la l. 24 ottobre 1980, n. 745. Le adesioni ancora non accettate sono quelle di Paraguay e El Salvador. È anche possibile, beninteso, che il governo abbia studiato l'eventualità di accettare tali adesioni e si sia risolto a non procedere.

⁶⁶ V. di recente, per esempio, Cass., 19 dicembre 2023, n. 35437, che ha definitivamente chiarito in base a quali disposizioni deve apprezzarsi il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di adozione di minori.

⁶⁷ Un'illustrazione recente, in tema di efficacia delle decisioni straniere, è offerta da Cass., 16 settembre 2021, n. 25064, su cui v. P. FRANZINA, *Violation of Public Policy as a Ground for Non-Recognition of Foreign Judgments – The Case of Judgments Preceded by a Mareva-Type Freezing Order*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, p. 140 ss.

condivisibili. Capita di imbattersi, per esempio, in pronunce che contraddicono apertamente dei principi consolidatissimi della materia⁶⁸, o che – per l’omessa considerazione delle disposizioni pertinenti, che permetterebbero di pervenire in pochi e semplici passaggi a delle soluzioni piane e ragionevoli – si inerpicano in argomentazioni sofisticatissime e inutilmente creative⁶⁹.

Resta soprattutto la sensazione che, quando mancano appena pochi mesi al trentennale della l. n. 218/1995, alcune delle tecniche impiegate dalla riforma non sembrano essere state assimilate dai giudici, generando esitazioni e contraddizioni. Una delle tecniche mal comprese è proprio quella del rinvio «estensivo» alle fonti internazionali, che figura nell’art. 3 e in altre disposizioni, ossia la tecnica che consiste nel richiamare una certa fonte per disporre l’applicazione, sul piano interno, a fattispecie che quella fonte non regolerebbe per forza propria.

Particolarmente significativo da questo punto di vista è l’uso che la Cassazione fa dell’art. 42 della l. n. 218/1995, relativo alla protezione dei minori. La disposizione, anch’essa mai rivista

⁶⁸ Emblematica Sez. Un., 15 maggio 2018, n. 11849, dove si legge che criteri dell’art. 3 della l. n. 218/1995 definirebbero l’ambito della giurisdizione «soltanto nell’ipotesi in cui sia convenuto in giudizio uno straniero», mentre non varrebbero «come limite alla giurisdizione nei confronti del cittadino italiano», nel senso che nei confronti di quest’ultimo, sembra dire la Corte, la giurisdizione italiana sussisterebbe sempre. L’abbandono del principio che la Corte ha in un certo senso fatto rivivere ha rappresentato una delle principali innovazioni della riforma realizzata con la l. n. 218/1995. È significativo, del resto, che per corroborare l’affermazione le Sezioni Unite abbiano richiamato un unico precedente, relativo a un caso deciso secondo le regole anteriori alla riforma. Si noti che in diverse altre pronunce la Suprema Corte si è mostrata perfettamente consapevole della novità: v. la già citata Cass., 21 ottobre 2009, n. 22239, e di recente Sez. Un., 4 luglio 2023, n. 18847, dove si afferma che l’art. 3, comma 1, della l. n. 218/1995, «abbandonato il previgente criterio della cittadinanza italiana del convenuto, attribuisce rilievo al fatto di trovarsi in Italia il domicilio o la residenza o, implicitamente, la sede per le persone giuridiche, o la presenza di un rappresentante autorizzato a stare in giudizio», notando che «[s]i è in tal modo privilegiato, ai fini della giurisdizione, il radicamento effettivo in Italia della persona del convenuto, sia esso cittadino o straniero, avuto riguardo ai rapporti giuridici che a lui o a lei fanno capo». Registrano il mutamento di principio, in altri contesti, anche: Sez. Un., 4 luglio 2016, n. 13569; Sez. Un., 22 dicembre 2016, n. 26646, e Sez. Un., 20 novembre 2018, n. 29879. L’opposta posizione espressa nella decisione del 2018, citata all’inizio della nota, non è nondimeno rimasta isolata: a dispetto dei precedenti che attestano la novità introdotta dalla riforma del 1995, Cass., 3 gennaio 2024, n. 121, riafferma l’abrogato principio secondo cui la cittadinanza italiana del convenuto basta a determinare (addirittura «senza riserve», si legge nella motivazione) la sussistenza della giurisdizione italiana.

⁶⁹ Un’illustrazione particolarmente significativa si ha in Sez. Un., 19 ottobre 2022, n. 30903. Si trattava di un’azione tesa ad ottenere la condanna del padre di un minore al versamento di un assegno di mantenimento. Il convenuto contestava la sussistenza della giurisdizione italiana. La Suprema Corte, pur citando, anche se solo *en passant*, il solo testo normativo applicabile alla fattispecie – il regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari (G.U.C.E., L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.), ritiene – senza spiegarne il perché – di non potersene servire (si può solo supporre che all’origine dell’equivoco vi fosse il fatto che la fattispecie presentava consistenti collegamenti con uno Stato estraneo all’Unione: una circostanza, questa, che è però del tutto priva di rilievo ai fini della applicabilità di quel regolamento). Le Sezioni Unite, non rinvenendo altre norme uniformi applicabili al caso, hanno allora colmato la lacuna nella quale credevano di essersi imbattute facendo applicazione (in via analogica, viene da pensare) dell’art. 37 della l. n. 218/1995, sulla giurisdizione in materia di filiazione.

dal legislatore, reca testualmente un rinvio alla convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961. A quest'ultima è però succeduta nel frattempo la convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, che vincola anche l'Italia, dal 1° gennaio 2016, e forma l'oggetto di un ordine di esecuzione dato con la l. 18 giugno 2015 n. 101. Ebbene, la Suprema Corte, a dispetto della legge indicata da ultimo (che pure si trova citata nei suoi provvedimenti), continua a ritenere di poter applicare la convenzione del 1996 solo attraverso il richiamo fatto dall'art. 42 alla convenzione del 1961, osservando che quest'ultima ne è stata ormai sostituita⁷⁰.

Questo modo di ragionare fa astrazione dei meccanismi che presiedono ai rapporti fra diritto interno e convenzioni internazionali, e soprattutto rende complicata un'operazione che di per sé sarebbe semplice. La convenzione del 1996, che in Italia si applica in virtù della citata legge di esecuzione, non certo grazie al rinvio disposto all'art. 42 della l. n. 218/1995, disciplina direttamente, senza bisogno d'altro (e senza intralci interni di sorta, come vuole l'art. 2 della stessa l. n. 218/1995), tutte le situazioni ricomprese nella sua sfera di applicazione. Rispetto a queste situazioni, l'art. 42 è di fatto divenuto inutile: il rinvio in essa previsto aveva una funzione estensiva che si giustificava in rapporto alla convenzione del 1961, ma a cui la convenzione del 1996 non lascia quasi più alcuno spazio. Insistere con l'art. 42 della l. n. 218/1995 equivale a non cogliere la funzione della l. n. 101/2015 e, con essa, il ruolo dell'art. 2 della l. n. 218/1995⁷¹. Sul piano pratico, questo approccio rischia di accreditare l'idea che la convenzione del 1996 valga in Italia solo perché ripresa dal diritto internazionale privato di fonte interna, e dunque «nazionalizzata»: un'idea, questa, manifestamente estranea alle intenzioni del legislatore (la l. n. 101/2015 dispone l'adattamento del l'ordinamento interno alla convenzione del 1996 tramite procedimento speciale, non ordinario), e foriera di letture «internistiche» della convenzione, là dove questa esige semmai un'interpretazione autonoma e uniforme.

La dottrina, dal canto suo, fatica a svolgere la funzione di supporto ai pratici e al legislatore che pure rientrerebbe fra i suoi compiti, complice anche la crisi che caratterizza da anni in Italia (in controtendenza rispetto a quanto accade in numerosi altri paesi) lo studio del diritto internazionale privato, nei corsi di laurea come sul terreno della ricerca.

Non è questa la sede per ragionare sulle misure che potrebbero contribuire a migliorare il quadro. Basti dire che le esperienze maturate in altri paesi in quest'ambito potrebbero costituire un'utile fonte di ispirazione anche per l'Italia. In alcuni paesi l'attenzione delle giurisdizioni superiori per il diritto internazionale privato si traduce in iniziative concrete di un certo interesse. In Francia, per esempio, la Cour de Cassation ha recentemente pubblicato uno

⁷⁰ Un esempio recente è offerto da Cass., 16 ottobre 2023, n. 28637.

⁷¹ P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, 2ª ed., Torino, 2023, p. 285 s.

studio sul trattamento del diritto internazionale privato ad opera di quella istanza, corredato da un'analisi comparativa su quanto avviene in altri paesi, che si estende per oltre cento pagine⁷². La stessa Corte, nel corso degli anni, ha sistematicamente integrato fra i suoi consiglieri, secondo un meccanismo per vari aspetti simile a quello previsto in Italia dalla l. 5 agosto 1998, n. 303, degli eminenti studiosi del diritto internazionale privato, fra cui Hugues Fulchiron e, di recente, Sabine Corneloup.

Più in generale, le esperienze straniere indicano come particolarmente utili le iniziative tese a dar vita stabilmente a occasioni di confronto fra gli attori (politici, giudiziari, forensi e accademici) della materia. Risponde a questa esigenza, in Germania, il Deutscher Rat für Internationales Privatrecht, dialogando con il Ministero Federale della Giustizia, e – in Francia – il Comité français de droit international privé, costituito per promuovere il dialogo fra giudici, pratici e studiosi.

L'Italia, considerata l'ampiezza e l'intensità delle relazioni che la sua società e la sua economia intrattengono con gli altri paesi, ha interesse a dotarsi di strumenti utili a far emergere rapidamente le criticità che interessano le norme di diritto internazionale privato, elaborare delle risposte condivise a tali criticità, accelerare la diffusione delle buone pratiche e lavorare al miglioramento del quadro attuale, prospettando soluzioni di cui il legislatore e i giudici possano tenere conto, secondo le prerogative a loro spettanti e nei termini propri del loro ufficio. Può trattarsi di occasioni di dialogo simili a quelle praticate altrove, o di nuova concezione. Appare importante, in ogni caso, che la loro messa a punto non venga ulteriormente ritardata.

Pietro Franzina
Ordinario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore

⁷² *Le traitement du droit international privé à la Cour de cassation*, del 9 febbraio 2024, nel sito web della Corte, <https://www.courdecassation.fr>.



FABIO SAVINO

Cassazione Civile, Sezioni Unite, 10 aprile 2024, n. 9611

Nel procedimento ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c., come disciplinato dal d.lg. n. 149 del 2022, il presidente della sezione o il consigliere delegato, che abbia formulato la proposta di definizione accelerata, può far parte, ed eventualmente essere nominato relatore, del collegio che definisce il giudizio ai sensi dell'art. 380-bis.1, non versando in situazione di incompatibilità agli effetti degli artt. 51, comma 1, n. 4 e 52 c.p.c., atteso che tale proposta non rivela una funzione decisoria e non è suscettibile di assumere valore di pronuncia definitiva, né la decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta del ricorrente si configura quale fase distinta, che si sussegue nel medesimo giudizio di cassazione con carattere di autonomia e con contenuti e finalità di riesame e di controllo sulla proposta stessa.

Le Sezioni Unite escludono l'incompatibilità dell'estensore della proposta di definizione accelerata: una soluzione che desta perplessità per la peculiarità del nuovo rito e per le possibili criticità di ordine costituzionale

Il lavoro prende spunto dalla pronuncia delle Sezioni Unite che esclude l'incompatibilità dell'estensore della proposta di definizione accelerata. Analizza il nuovo procedimento introdotto dall'art. 380-bis c.p.c. e la natura della proposta, soffermandosi poi sull'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 51 comma n. 1 n. 4 c.p.c. ed infine, mette in luce le possibili criticità della soluzione adottata, anche sotto il profilo della compatibilità costituzionale.

The work is inspired by the ruling of the United Sections which excludes the incompatibility of the drafter of the accelerated definition proposal. Analyzes the new procedure introduced by the art. 380-bis c.p.c. and the nature of the proposal, then focusing on the hypothesis of incompatibility referred to in the art. 51 paragraph n. 1 no. 4 c.p.c. and finally, it highlights the possible critical issues of the solution adopted, also in terms of constitutional compatibility.

Sommario: 1. Introduzione: il caso e il decreto di rimessione alle Sezioni Unite; 2. La decisione del Sezioni Unite; 3. Il procedimento dell'art. 380-bis c.p.c. e la natura della proposta di definizione; 4. La conoscenza della causa in altro grado (ed anche in altra fase) del giudizio integra un pre-giudizio che compromette l'imparzialità e la terzietà del giudice; 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione: il caso e il decreto di rimessione alle Sezioni Unite.

Per la prima volta, le Sezioni Unite si esprimono sull'incompatibilità dell'estensore della proposta nel procedimento per la decisione accelerata e lo fanno nell'ambito di un giudizio in tema di accertamento positivo e negativo e costituzione di servitù.

Il Consigliere delegato dal Presidente di Sezione ha formulato proposta di definizione accelerata ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c. con la quale ha prospettato l'inammissibilità e/o la manifesta infondatezza del ricorso, poiché i quattro motivi si risolvevano in doglianze di merito relative all'accertamento del fatto e alla valutazione delle prove acquisite agli atti del giudizio di merito.

Con apposita istanza, veniva richiesta la decisione e, fissata la trattazione in camera di consiglio, a norma degli artt. 375, comma 2, 4-*ter*, e 380-*bis*. 1 c.p.c., era nominato relatore lo stesso estensore della proposta di definizione accelerata.

I ricorrenti hanno allora sollevato la questione della legittimità della composizione del Collegio giudicante, perché di esso faceva parte proprio il Consigliere estensore della proposta che sarebbe stato in una situazione di incompatibilità, in ragione del principio di imparzialità del giudice.

Con decreto del 19 settembre 2023¹, la Prima Presidente disponeva che sul ricorso la Corte si pronunciasse a Sezioni Unite, presentando la questione di massima di particolare importanza, se l'estensore della proposta di definizione accelerata ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c. possa far parte ed eventualmente essere nominato relatore del collegio nella fase decisoria richiesta con l'istanza del difensore munito di nuova procura speciale.

Il provvedimento di rimessione, rilevando la potenziale definitività del rito e del filtro introdotto dall'art. 380-*bis* c.p.c. strettamente dipendente dal comportamento della parte interessata in rapporto alle finalità deflative del contenzioso, osservava che la complessità della questione era accentuata dal rapporto con il principio di imparzialità del giudice.

Veniva sottolineato come una parte minoritaria degli interpreti escludesse problemi di incompatibilità², poiché la proposta non è vagliata dal solo proponente, bensì dal Collegio che si pronuncerà secondo un'ampia scelta di esiti decisori tutti impregiudicati. Di conseguenza, non vi potrebbe essere alcun pregiudizio derivante dalle valutazioni espresse in occasione del provvedimento adottato nella precedente fase processuale, posto che la successiva ed eventuale prosecuzione del giudizio si concluderebbe con una decisione destinata ad assorbire

¹ Cass., Prima Presidente M. CASSANO, 19 settembre 2023.

² Il riferimento dovrebbe essere ad M. ACIERNO - R. SANLORENZO, *La Cassazione tra realtà e desiderio. Riforma processuale e ufficio del processo: cambia il volto della Cassazione?*, in *Quest. Giust.*, 2021, speciale su *La riforma della giustizia civile secondo la legge delega 26 novembre 2021, n. 206*, p. 96 ss. e a F. DE STEFANO, *La riforma prossima ventura del giudizio di legittimità – note a lettura immediata sulla legge 206/21*, in *www.giustiziainsieme*.

il precedente provvedimento. Così, la continuità del medesimo giudice nel condurre il processo, oltre a rispondere ad un principio di economia endoprocessuale, offrirebbe anche garanzia di maggiore ponderazione delle ragioni svolte.

Diversamente, la parte maggioritaria della dottrina esclude che il Consigliere estensore della proposta decisoria sia imparziale³, in quanto influenzato dal suo anteriore pre-giudizio sulla medesima *res iudicanda*.

Un indice normativo a supporto di tale tesi si ricaverebbe anche dalla disciplina degli articoli 183 *ter* e 183 *quater* c.p.c., applicabile all'esito dell'accoglimento del reclamo avverso le neo-introdotte ordinanze provvisorie.

Sulla base degli argomenti esposti, il ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite, affinché si pronunciasse sulla questione, se nel procedimento ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c., il Consigliere che ha redatto la proposta di decisione accelerata opposta possa entrare a comporre, anche con la veste di relatore, il Collegio giudicante.

Il P.G. ha depositato la memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c. concludendo per l'insussistenza dell'incompatibilità del proponente.

2. La decisione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite all'esito di un'articolata disamina negano che il Consigliere estensore della proposta di decisione accelerata versi in una situazione di incompatibilità agli effetti degli articoli 51 comma 1 numero 4 e 52 c.p.c., tale da escluderne la partecipazione, anche quale relatore, al collegio che definisce il giudizio ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c.

La decisione si fonda prevalentemente sulle seguenti valutazioni:

- a) la proposta definitiva sarebbe priva di una funzione decisoria e, dunque, insuscettibile di assumere valore di pronuncia definitiva;
- b) la decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta del ricorrente non si configurerebbe quale fase distinta del medesimo giudizio di cassazione con carattere di autonomia e con contenuti e finalità di riesame e controllo sulla proposta stessa.

³ Così, A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 681; B. CAPPONI, *Il giudice monocratico in Cassazione*, in *Foro it.*, 2023, V, p. 23; ID., *Dei giudici monocratici in cassazione*, in www.judicium.it; ID., *L'art. 380-bis c.p.c. sotto la lente delle Sezioni Unite*, in www.judicium.it; ID., *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento "accelerato" (art. 380 bis c.p.c.)*, in *Legittimità, interpretazione, merito. Saggi sulla Cassazione civile*, Napoli, 2023, p. 261; F. SANTAGADA, *Commento all'art. 380-bis*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, Pisa, p. 2023, p. 582 ss.; R. TISCINI, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite*, in www.judicium.it; R. VACCARELLA, *Note sull'art. 380-bis c.p.c.*, in www.judicium.it.

La motivazione parte dall'analisi della nuova formulazione dell'art. 380-bis c.p.c. e dalla funzione di filtro del procedimento che, sin dalle prime applicazioni⁴, viene qualificato come uno strumento di agevolazione delle definizioni delle pendenze in sede di legittimità.

Muovendo da tale inquadramento, le Sezioni Unite passano in rassegna l'elaborazione della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵ e della Corte Costituzionale⁶ sul

⁴ Cfr. Cass. Sez. Un. Ord., 27 dicembre 2023, n. 36069; Cass. Sez. Un. Ord., 13 ottobre 2023, n. 28540; Cass. Sez. Un. Ord., 27 settembre 2023, n. 27433; Cass. Sez. Un. Ord., 22 settembre 2023, n. 27195.

⁵ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'interpretare l'art. 6 par. 1 della Convenzione a proposito del diritto "*a un tribunale indipendente e imparziale per legge*" definisce l'imparzialità come assenza di pregiudizio (Corte EDU, 9 gennaio 2018, Nicholas c. Cipro), da intendersi sia in base ad un criterio soggettivo, relativo ad un determinato giudice con riguardo ad una causa particolare, sia in base ad un criterio oggettivo che riguarda soprattutto le garanzie offerte dalla composizione del tribunale (Corte EDU, 25 settembre 2018, Denisov c. Ucraina). Il difetto di imparzialità dell'organo giurisdizionale, oltre che da situazioni di natura personale può derivare da situazioni di natura funzionale, quali quelle correlate allo svolgimento di diverse funzioni, ad esempio consultive e giurisdizionali nella medesima causa da parte dello stesso soggetto (Corte EDU, 6 maggio 2003, Kley n e altri c. Paesi Bassi, n. 39343). Tuttavia, per stabilire se la partecipazione del medesimo giudice a diverse fasi di una causa civile sia conforme al requisito di imparzialità di cui all'art. 6 par. 1 CEDU, occorre procedere ad una valutazione caso per caso (Corte EDU, 20 ottobre 2020, Pasquini c. San Marino n. 2; Corte EDU, 1 dicembre 2020, Guomundur Andri Astraosson c. Islanda), poiché il fatto che un giudice abbia adottato una decisione nella fase preprocessuale o abbia una conoscenza particolareggiata della causa non comporta alcun pregiudizio sulla imparzialità al momento della pronuncia finale, purché questa sia svolta al momento della sentenza che chiude il giudizio, sulla base delle difese svolte dalle parti e non sia vincolata alle questioni definite nella fase pregressa (Corte EDU, 24 luglio 2012, Toziczka c. Polonia; Corte EDU, 6 giugno 2000, Morel c. Francia). Inoltre, il difetto di imparzialità oggettiva in relazione ad un componente del collegio che abbia prima della decisione assunto una particolare posizione nel processo non mina *ex se* l'imparzialità del collegio, dovendosi tener altresì conto del numero dei giudici che partecipano alla sentenza e del ruolo rivestito nell'organo collegiale (Corte EDU, 31 agosto 2021, Karrar c. Belgio; Corte EDU, 4 marzo 2014, Fazli Aslaner c. Turchia).

⁶ La Consulta afferma che il principio di imparzialità e terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo ed è compreso nel giusto processo (Corte Cost., 15 ottobre 1999, n. 387. La si legge con nota di G. SCARSELLI, *La Consulta detta nuove regole sull'incompatibilità del giudice nel processo civile*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3441 ss.; con commento di R. TISCINI, in *Corr. giur.*, 2000, p. 40 ss. e di C. CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, n. 4 (in relazione all'art. 28 st. lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 56 ss.; con nota di M.C. GIORGETTI, *L'incompatibilità del giudice civile da precedente provvedimento decisorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 1188 ss.). La disciplina sull'incompatibilità del giudice trova la sua *ratio* proprio nella salvaguardia dei valori della terzietà ed imparzialità del giudice, mirando ad escludere che questi possa pronunciarsi condizionato dalla forza della prevenzione e, cioè, dalla tendenza a ripercorrere l'identico itinerario logico precedentemente seguito ed a confermare una decisione o a mantenere un atteggiamento già assunto, derivante da valutazioni che sia stato precedentemente chiamato a svolgere in ordine alla medesima *res iudicanda* (Corte Cost., 27 luglio 2023, n. 172; Corte Cost., 10 marzo 2022, n. 64; Corte Cost., 21 gennaio 2022, n. 16; Corte Cost., 18 gennaio 2022, n. 7. Corte Cost., 29 marzo 2019, n. 66; Corte Cost., 09 luglio 2013, n. 183; Corte Cost. 15 ottobre 1999, n. 387, *cit.*). L'imparzialità del giudice richiede che le funzioni del giudicare siano assegnate a un soggetto terzo, scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto e anche sgombrato da convinzioni precostituite in ordine alla materia su cui pronunciarsi (Corte Cost., 20 maggio 1996, n. 155). Dunque, per la Corte Costituzionale l'incompatibilità endoprocessuale del giudice sussiste quando concorrono le seguenti condizioni e cioè che: a) le preesistenti valutazioni cadano sulla medesima *res iudicanda*; b) il giudice sia stato chiamato a compiere una valutazione (e non abbia avuto semplice conoscenza) di atti anteriormente compiuti, strumentale all'assunzione di una decisione; c) che quest'ultima abbia natura non formale, ma di contenuto, ovvero comporti valutazioni sul merito; d) che la precedente valutazione si collochi in una diversa fase del procedimento. Tale ultima condizione, poi, si spiega con la contemporanea

principio di imparzialità e terzietà della giurisdizione e sull' incompatibilità del giudice che subisca *"la forza della prevenzione"*, per aver già conosciuto della causa.

Il richiamo alla giurisprudenza convenzionale ed a quella costituzionale introduce alle implicazioni poste dall'art. 111, secondo comma, Cost. e all'interpretazione dell'art. 51 comma 1 numero 4 c.p.c., per il quale vi è obbligo di astensione del giudice che ha conosciuto la causa come magistrato in *"altro grado del processo"*, che fa nascere la possibilità di ottenere la riconsiderazione ai sensi dell'art. 52 c.p.c.⁷: secondo le Sezioni Unite, la piena realizzazione

esigenza che all'interno di ciascuna delle fasi (intese come sequenze ordinate di atti che possono implicare apprezzamenti incidentali anche di merito, su quanto in esse risulti, prodromici alla decisione conclusiva) resti preservata l'esigenza di continuità e di globalità, venendosi altrimenti a determinare una frammentazione del procedimento tale per cui disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi, quanti sono gli atti da compiere. In tali ipotesi, il provvedimento non costituisce anticipazione di un instaurando giudizio, ma si inserisce nel giudizio di cui il giudice è già correttamente investito (Corte Cost., 27 luglio 2023, n. 172, *cit.*; Corte Cost., 09 maggio 2023, n. 91; Corte Cost., 10 marzo 2022, n. 64, *cit.*; Corte Cost., 21 gennaio 2022, n. 16, *cit.*; Corte Cost., 18 gennaio 2022, n. 7, *cit.*).

⁷ La Suprema Corte ripercorre minuziosamente l'interpretazione della nozione di *"altro grado del processo"*, da intendersi non solo con riguardo alla relazione di competenza funzionale tra i diversi uffici giudiziari subordinati e sovraordinati previsti dall'ordinamento giudiziario, ma anche con riferimento alla progressione tra le distinte fasi che si susseguono nel medesimo giudizio civile con carattere di autonomia, con contenuti e finalità impugnatorie e, ove si tratti di dover rendere una pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario circoscritta alla cognizione di *errores in procedendo o in iudicando*, eventualmente commessi dal giudice del primo segmento procedimentale (Corte Cost., 17 marzo 2023, n. 45; Corte Cost., 13 maggio 2015, n. 78; Corte Cost., 23 dicembre 2005, n. 460; Corte Cost., 15 ottobre 1999, n. 387, *cit.*). Per contro, non sussiste (rebbe) l'esigenza di ordine costituzionale dell'astensione rispetto alla pronuncia della sentenza del giudice che abbia emesso un'ordinanza con effetto anticipatorio della decisione definitiva nell'ambito di un meccanismo potenzialmente idoneo a concludere il grado del processo, stabilito ai fini essenzialmente deflattivi del contenzioso, conseguibili grazie alla eventuale rinuncia delle parti ad una successiva pronuncia di tale sentenza. Ferme le garanzie difensive, cioè, la continuità del medesimo giudice nel condurre il processo fino alla decisione conclusiva salvaguarda l'esigenza di un pieno rendimento dell'attività giurisdizionale, secondo il principio di concentrazione degli atti e di economia endoprocessuale (Corte Cost., ord., 23 novembre 2000 n. 533; Corte Cost. ord. 31 maggio 2000, n. 168). Così, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51 comma 1 numero 4 c.p.c. è nel senso che: a) si debba riconoscere connotata di intrinseca natura impugnatoria la fase che si svolge davanti al medesimo ufficio giudiziario e sottoponga a *revisio* un provvedimento avente una funzione decisoria idonea di per sé a realizzare un assetto di rapporti tra le parti, non meramente incidentale o strumentale e provvisorio ovvero interinale (fino alla decisione nel merito), ma anzi suscettibile – in caso di mancata opposizione – di assumere valore di pronuncia definitiva, con effetti di giudicato tra le parti; b) il provvedimento preveniente sia volto ad esprimere una valutazione delle condizioni che ne legittimano l'adozione non divergente, quanto a parametri di giudizio, da quella che deve compiere il giudice dell'eventuale opposizione, se non per il carattere del contraddittorio e della cognizione sommaria (Corte Cost., 17 marzo 2023, n. 45, *cit.*; Corte Cost., 23 dicembre 2005, n. 460, *cit.*; Corte Cost., 15 ottobre 1999, n. 387, *cit.*). Infine e per completare l'esame del profilo, vengono elencate le critiche della dottrina verso la lettura riduttiva, in ordine alle incompatibilità del giudice nel processo civile a seguito della riformulazione dell'art. 111 Cost. Si segnala come l'attuazione del principio di terzietà ed imparzialità fosse legata al solo funzionamento dei meccanismi degli articoli 51 e 52 c.p.c., rispetto ai quali il legislatore aveva meritoriamente proceduto ad una possibile tipizzazione delle ipotesi di incompatibilità per la trattazione dei giudizi di opposizione o la partecipazione ai collegi di reclamo del giudice che abbia pronunciato il provvedimento opposto o reclamato ed un ulteriore esempio si rinviene nei modelli degli articoli 183-ter e 183-quater c.p.c.,

dell'imparzialità del giudice ex art. 111 comma 2 Cost. impone una corretta esegesi della nozione di "*altro grado del processo*"⁸.

Nuovamente evocato il decreto di rimessione della Prima Presidente, invero con qualche considerazione aggiuntiva che non si rinviene così espressamente nel provvedimento stesso, la motivazione del massimo consesso nomofilattico si addentra nel raffronto tra la precedente versione dell'art. 380-*bis* c.p.c. e quella attuale, introdotta con il d. lg. 10 ottobre 2022, n. 149⁹.

pur trattandosi sempre di ipotesi di incompatibilità azionabili attraverso il rimedio della ricusazione di cui all'art. 52 c.p.c., e non già in sede di impugnazione come motivo di nullità (Cass. Sez. Un., 20 gennaio 2017, n. 1545).

⁸ Secondo l'orientamento consolidato della Corte Costituzionale "*l'altro grado del processo*" che abbia procurato al giudice la preveniente conoscenza della causa non si esaurisce nel catalogo dei mezzi di impugnazione indicati dall'art. 323 c.p.c., dovendosi ravvisare l'alterità del grado del processo ogniqualvolta ci si trovi in presenza di un procedimento che: a) postula un riesame della medesima situazione sostanziale oggetto del giudizio, senza l'apporto di nuovo materiale probatorio e per il tramite della decisione assunta proprio da quel determinato magistrato in maniera da prevenire all'esito di tale rinnovata verifica delle questioni che questo aveva già esaminato, ad una pronuncia che ha natura ed effetto sostitutivi di quella gravata; b) resta rimesso all'indispensabile e tempestiva iniziativa di una parte che abbia interesse a modificare la regolamentazione delle contrapposte ed interdipendenti pretese contenuta in detta decisione la quale diviene altrimenti immutabile; c) viene affidato alla competenza funzionale di un giudice diverso da quello che si è già pronunciato.

⁹ Viene osservato che, nella vigenza della precedente disciplina del procedimento, la giurisprudenza aveva escluso che ricorresse l'obbligo di astensione di cui all'art. 51 comma 1 n. 4 c.p.c., in capo al giudice autore della relazione e della proposta, non ravvisandosi in queste carattere decisorio, né configurandosi anticipazione di giudizio da parte del relatore tale da incidere sul verdetto finale del collegio (Cass., 07 ottobre 2021, n. 27305; Cass. ord., 31 marzo 2021, n. 8939; Cass. ord., 05 febbraio 2020, n. 2720; Cass. ord. 05 novembre 2019, n. 7541; Cass. ord. 29 novembre 2010, n. 24140; Cass. Ord., 26 novembre 2007, n. 24612; Cass. Sez. Un. Ord., 27 marzo 2009, n. 7433; Cass. Ord., 16 aprile 2009, n. 8999). Del resto, era anche stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 377 e 380-*bis* c.p.c. con riferimento all'art. 52 c.p.c. ed all'art. 111 comma 2 Cost., nella parte in cui si consentiva che il giudice relatore potesse comporre il collegio giudicante. Nel precedente modello di procedimento camerale, cioè, la concisa esposizione a sostegno della decisione veniva descritta nelle pronunce non come segmento della decisione da sottoporre all'approvazione del collegio, ma quale proposta ipotetica di definizione processuale accelerata, volta ad indicare alle parti e al collegio a contraddittorio formato la possibile ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 375 c.p.c. (Cass. ord., 02 luglio 2008, n. 18047; Cass. ord., 05 ottobre 2007, n. 20965; Cass. ord., 16 aprile 2007, n. 9094). Si trattava della versione dell'opinamento rispetto alla quale, a fronte del sospetto del *deficit* di terzietà del relatore, si era evidenziato che la relazione opinata era funzionale ad assicurare la preventiva ostensione della proposta di definizione, in modo da evitare sorprese alle parti, per favorire scelte difensive consapevoli. Quanto al nuovo art. 380-*bis* c.p.c., viene affermato che la norma non ha inciso sull'essenza collegiale della giurisdizione di legittimità, posto che la proposta di definizione accelerata continuerebbe a rappresentare un mero opinamento privo di valore decisionale, in cui l'elemento di novità sarebbe rappresentato esclusivamente dalla necessità di interlocuzione con la parte e l'impulso di definizione del giudizio resterebbe rimesso alla volontà del ricorrente di provocare la decisione con istanza non motivata, ovvero di rinunciare tacitamente al ricorso aprendo la strada all'applicazione degli articoli 390 e 391 c.p.c. (Cass. ord., 15 novembre 2023, n. 31839). In altri termini, mentre il vecchio schema procedimentale dell'art. 380-*bis* c.p.c. prevedeva una decisione veicolata nella relazione anticipata ai difensori che però non chiudeva mai il procedimento, occorrendo sempre la decisione della Corte con ordinanza o sentenza, secondo appunto il modello dell'ordinanza opinata che, dunque, sorreggeva la tesi della non incompatibilità del relatore autore dell'unico atto del procedimento decisorio, privo di autonomia provvedimentale e la cui la partecipazione al collegio risultava funzionale allo scopo acceleratorio, il meccanismo introdotto dal nuovo art. 380-*bis* c.p.c. risulterebbe diversamente congegnato: esso sarebbe caratterizzato da una prima fase di formulazione della proposta, ovvero di un provvedimento autonomo a valenza potenzialmente decisoria che, in assenza di

All'esito di tale approccio ermeneutico, le Sezioni Unite affermano il principio che esclude l'incompatibilità dell'estensore della proposta sintetica di definizione accelerata e si dedicano analiticamente a motivarlo.

Spiegano che l'istanza con cui il ricorrente chiede la decisione del ricorso non apre una nuova fase del giudizio di cassazione e non provoca una frammentazione del procedimento, non potendosi imporre che per la medesima fase del giudizio vi siano tanti giudici diversi, quanti siano gli atti da compiere¹⁰. L'istanza sottoscritta dal difensore, cioè, pur necessitando di una nuova procura speciale è attributiva solo dell'effetto dichiarativo del permanente interesse alla decisione del ricorso incardinato e si caratterizza come "*atto di impulso processuale che coinvolga personalmente la parte ricorrente*"¹¹ ed escluderebbe ogni possibile differenza funzionale, rispetto alla decisione finale del collegio, tra la relazione o proposta delle precedenti formulazioni dell'art. 380-*bis* e quella attuale¹².

La vera novità del novellato art. 380-*bis* c.p.c. viene individuata nel conferire significativo rilievo al comportamento omissivo del ricorrente che non richiede la decisione entro i 40 giorni dalla comunicazione della proposta, dando vita ad una manifestazione di volontà abdicativa, ovvero ad una tacita rinuncia all'impugnazione¹³.

richiesta di decisione, determina la rinuncia del ricorso; viceversa, ove la richiesta di decisione venga formulata, il collegio sarebbe investito di una *revisio prioris instantiae* sulla medesima *res iudicanda* valutata dal proponente. Dunque, vi sarebbe una seconda fase procedimentale che duplica la prima ed impone l'alterità dei giudici, con la conseguenza che quest'ultimo sarebbe incompatibile ad assumere la qualità di componente del collegio.

¹⁰ Non influisce su tale valutazione la previsione che l'istanza del ricorso sia sottoscritta dal difensore munito di nuova procura speciale che non è una nuova procura alle liti, ma va considerata una procura a compiere uno specifico ed eventuale atto del processo di cassazione che postula doveri di informazione dell'avvocato verso il cliente e, per altro verso, onera la Corte di verificare la diretta riferibilità alla parte della peculiare attività processuale svolta in tale segmento dal difensore ed è "*mirata attivazione consapevole della giurisdizione di legittimità*" (Corte Cost., 20 gennaio 2022, n. 13).

¹¹ In tal senso la Relazione illustrativa al d.lg. n. 149 del 2022.

¹² Mentre le precedenti erano rivolte alle parti per evitare loro sorprese, assicurando dialetticità della procedura, provocando l'eventuale contraddittorio e, infine, non imponendo alcun vincolo o preclusione per il giudizio del collegio, l'attuale proposta di definizione è ad avviso delle Sezioni Unite priva di autonomia, non decide anticipatamente, definendo il procedimento, e nemmeno si colloca in una fase diversa rispetto a quella della decisione ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c.

¹³ Invero, era già sancito dalla giurisprudenza di legittimità che l'instaurazione del procedimento camerale ex art. 380-*bis* c.p.c., con la comunicazione della relazione o della proposta che prospetti un determinato esito del ricorso, sia in ogni caso destinata a recedere ove la parte rinunci allo stesso, dovendo comunque alla manifestazione di tale volontà abdicativa seguire la declaratoria di estinzione, anche qualora sussista una causa di inammissibilità o di manifesta infondatezza dell'impugnazione. Così Cass. Sez. Un. Ord., 16 luglio 2008, n. 19514.

La complessa motivazione si arricchisce, ancora, dell'osservazione relativa al tenore letterale dell'art. 380-*bis* c.p.c. che non depone nel senso della obbligatorietà della partecipazione al collegio dell'autore della proposta, ma neppure lascia presupporre un suo obbligo di astensione in vista di una possibile ricusazione.

Di conseguenza, l'esclusione dell'obbligo di astensione del presidente di sezione o del consigliere delegato che abbia formulato la proposta viene espressamente fondata sulla valutazione che la decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta della parte ricorrente non si configura come fase distinta del medesimo giudizio di cassazione con carattere di autonomia e con contenuti e finalità di riesame e controllo sulla proposta di definizione accelerata e non può tramutarsi in un meccanismo di reiterazione provvedimentale. La proposta, cioè, non rivela funzione decisoria e non è suscettibile di assumere valore di pronuncia definitiva, né la decisione del collegio rivela una intrinseca natura impugnatoria rispetto a quella: la proposta e l'ordinanza del collegio non danno luogo a due decisioni sulla stessa causa, rimanendo unico il convincimento decisorio espresso nel provvedimento finale ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c. L'ordinanza del collegio ha ad oggetto la decisione sul ricorso e non la legittimità della proposta di definizione anticipata e ciò poggerebbe anche sul rinvio operato dal terzo comma dell'art. 380-*bis* c.p.c. al procedimento in camera di consiglio, ove si accorda alle parti soltanto la facoltà di depositare sintetiche memorie illustrative relative alle censure già proposte¹⁴.

Dunque, per le Sezioni Unite, la proposta realizza un assetto meramente strumentale e interinale ed è prodromica alla decisione conclusiva che spetta al collegio. Se alla proposta non segue la richiesta, il giudizio viene definito dal decreto che dichiara l'estinzione del giudizio ai sensi dell'art. 391 e non con una statuizione confermativa dell'inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza ipotizzate dal proponente¹⁵.

La conclusione è che la partecipazione del presidente della sezione o del consigliere delegato al collegio che definisce il giudizio non rileva quale ragione di incompatibilità ai sensi dell'art. 51 comma 1 numero 4 e dell'art. 52, poiché egli non ha neppure manifestato indebitamente il proprio convincimento sul merito della *res iudicanda* ed anzi la sua partecipazione al collegio

¹⁴ La considerazione che non si apre un apposito contraddittorio sulla proposta di definizione del giudizio si uniforma alla constatazione che la proposta non entra innovativamente nell'oggetto del processo di cassazione e non può essere posta dal collegio a fondamento della decisione.

¹⁵ La previsione secondo cui "*la Corte provvede ai sensi dell'art. 391*" comporta altresì l'operatività altresì del terzo comma di tale norma per cui il decreto ha efficacia di titolo esecutivo, se nessuna delle parti chiede la fissazione dell'udienza nel termine di 10 giorni dalla comunicazione. Tale richiesta si spiega come sollecitazione alla fissazione dell'udienza per la decisione collegiale non avente natura di impugnazione del provvedimento, quanto di atto che rimette alla Corte di valutare se l'estinzione sia stata correttamente dichiarata e, in caso contrario, di elidere qualsiasi valore del decreto di estinzione ai fini della definizione del giudizio di cassazione (Cass., Sez. Un., 23 settembre 2014, n. 19980).

può contribuire ad assicurare una maggiore celerità della decisione e perciò una migliore qualità dell'accertamento su cui la stessa deve poggiare.

Prima di enunciare il principio di diritto, le Sezioni Unite tengono ancora a precisare come la decisione non sia la sintesi del bilanciamento tra il canone oggettivo di efficienza dell'amministrazione della giustizia e il diritto delle parti ad un processo che si svolge in contraddittorio davanti ad un giudice terzo ed imparziale, trattandosi di valori che non possono entrare in comparazione, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie per le quali rileva la durata del giusto processo¹⁶, ma si fonda sulla considerazione che la partecipazione del proponente non sia una deroga all'attuazione del giusto processo e sia pur ritenuta utile allo scopo di abbreviare la durata del procedimento di cassazione.

In conclusione, il principio di diritto espresso è il seguente: nel procedimento ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c. come disciplinato dal d. lg. n. 149 del 2022, il presidente della sezione o il consigliere delegato che abbia formulato la proposta di definizione accelerata, può far parte ed eventualmente essere nominato relatore del collegio che definisce il giudizio ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c., non versando in una situazione di incompatibilità agli effetti degli artt. 51 comma 1, n. 4 e 52 c.p.c., atteso che tale proposta non rivela una funzione decisoria e non è suscettibile di assumere valore di pronuncia definitiva, né la decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta del ricorrente si configura quale fase distinta, che si sussegue nel medesimo giudizio di cassazione con carattere di autonomia e con contenuti e finalità di riesame e di controllo sulla proposta stessa.

3. Il procedimento dell'art. 380-*bis* c.p.c. e la natura della proposta di definizione.

I profili centrali su cui è imperniata la motivazione delle Sezioni Unite sono strettamente connessi, così appare opportuno analizzarli congiuntamente.

Il primo concerne l'istanza con cui il ricorrente chiede la decisione del ricorso, all'esito della comunicazione della possibile definizione accelerata in termini che ne escluderebbero la qualificazione di elemento introduttivo di una nuova fase del giudizio di cassazione.

Il secondo, dal peso specifico maggiore, riguarda l'assenza di autonomia del procedimento e di decisorietà della proposta sintetica che non sarebbe in grado di definire il procedimento e non si collocherebbe una fase diversa (e antecedente) rispetto a quella della decisione Collegiale.

¹⁶ Corte Cost., 09 maggio 2022, n. 111; Corte. Cost., 04 dicembre 2009, n. 317.

Appare allora utile indagare la disciplina del nuovo art. 380-*bis* c.p.c., poiché da essa si traggono quegli elementi identificativi del procedimento, idonei a connotare la proposta di definizione accelerata in termini verosimilmente differenti da quelli tratteggiati dalla pronuncia in commento per escludere l'incompatibilità dell'estensore della proposta.

Come noto, anche il giudizio di Cassazione non è risultato immune dall'ultima riforma del processo civile¹⁷ che ha, per un verso, riguardato interventi di modesto rilievo, in quanto di semplice coordinamento con le altre modifiche apportate dal legislatore e, per l'altro, previsto modifiche più rispondenti agli obiettivi di semplificazione, razionalizzazione e speditezza anche del giudizio di legittimità.

Tra le novità di maggior rilievo vi è l'unificazione almeno in parte della trattazione dei ricorsi in camera di consiglio, con la previsione del modello generale di cui al nuovo art. 380-*bis*.1 c.p.c. e l'eliminazione della sezione filtro e del relativo procedimento camerale dinanzi a questa regolato.

In sostituzione, il riformatore ha introdotto un diverso procedimento semplificato con uguale funzione che, in attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1 comma 9, lett. e) della l. 26 novembre 2021, n. 206, è rivolto alla definizione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati¹⁸.

¹⁷ In proposito e senza pretesa di esaustività, si vedano, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206, Torino, 2023, p. 108 ss.; F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 218 ss.; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, op. cit., p. 667 ss.; F. S. DAMIANI, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *La riforma del processo civile*, L. 26 novembre 2021 n. 206 e d. leg. 10 ottobre 2022, n. 149, a cura di D. DALFINO, fasc. speciale n. 4/22 del Foro it., 2023, p. 219 ss.; P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Giust. civ.*, 2023, p. 389 ss.; C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 2023, p. 474 ss.; R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e cassazione*, in *Giust. civ.*, 2023, p. 413 ss.; G. COSTANTINO, *De profundis per la sezione filtro della Cassazione civile*, in *Quest. Giust.*; E. BERNINI, *Il procedimento innanzi alla Corte di cassazione*, in C. CECHELLA (a cura di) *Il processo civile dopo la riforma. d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Bologna 2023, p. 594 ss.; F. SANTAGADA, *Commento all'art. 380-bis c.p.c.*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, op. cit., p. 575 ss.; B. CAPPONI, *Il giudice monocratico in Cassazione*, op. cit., p. 24 ss.; ID., *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento "accelerato" (art. 380 bis c.p.c.)*, in ID., *Legittimità, interpretazione, merito. Saggi sulla Cassazione civile*, op. cit., p. 261 ss.; ID., *Dei giudici monocratici in Cassazione*, op. cit.; R. VACCARELLA, *Note sull'art. 380-bis c.p.c.*, op. cit. Si vedano anche M. ACIERNO – R. SANLORENZO, *La Cassazione tra realtà e desiderio. Riforma processuale e ufficio del processo: cambia il volto della Cassazione?*, op. cit., p. 96 ss.; F. DE STEFANO, *La riforma prossima ventura del giudizio di legittimità – note a lettura immediata sulla legge 206/21*, op. cit.; F.M. GIORGI, *Riforma del processo civile in Cassazione: unificazione dei riti camerali e procedimento accelerato (focus sulle controversie lavoristiche)*, in *Giust. civ.com.*

¹⁸ Si noti come la nuova previsione escluda l'ipotesi della manifesta fondatezza del ricorso. Sul punto, si veda per tutti, B. CAPPONI, *Il giudice monocratico in Cassazione*, op. cit., p. 24 ss., il quale afferma che in pratica la definizione accelerata è solo per gli "scarti".

L'art. 380-bis c.p.c. rubricato *“Procedimento per la decisione accelerata”* dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati così dispone: *“Se non è stata ancora fissata la data della decisione, il presidente della sezione o un consigliere da questo delegato può formulare una sintetica proposta di definizione del giudizio, quando ravvisa la inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto. La proposta è comunicata ai difensori delle parti. Entro quaranta giorni dalla comunicazione la parte ricorrente, con istanza sottoscritta dal difensore munito di procura speciale, può chiedere la decisione. In mancanza, il ricorso si intende rinunciato e la Corte provvede ai sensi dell'art. 391. Se entro il termine indicato al secondo comma la parte chiede la decisione, la Corte procede ai sensi dell'art. 380-bis.1 e quando definisce il giudizio in conformità alla proposta applica il terzo e il quarto comma dell'art. 96”*. Dal testo della norma, senza tuttavia tralasciare la rubrica che include il termine decisione, occorre muovere per comprendere se, diversamente da quanto affermato dalle Sezioni Unite, il procedimento acceleratorio abbia natura autonoma e dia vita ad una proposta che abbia il carattere della decisione.

All'esito, i risultati ottenuti andranno parametrati con l'esegesi della previsione di incompatibilità del giudice che abbia conosciuto la causa in *“altro grado del processo”* prevista dall'art. 51 comma 1 n. 4 c.p.c., per valutare nel complesso la soluzione offerta dal massimo consesso nomofilattico al quesito rimesso.

Il procedimento introdotto dall'art. 380-bis c.p.c. si applica a tutti quei ricorsi che alla valutazione del presidente della sezione o di un giudice da questi delegato si avviino ad un rigetto in rito per inammissibilità o improcedibilità, o nel merito per manifesta infondatezza. Si tratta, dunque, di uno strumento per la decisione accelerata dei ricorsi che aspira a coprire dal punto di vista applicativo un'ampia gamma di ipotesi di rigetto che variano dal rito (inammissibilità ed improcedibilità) al merito (manifesta infondatezza).

Esso inizia con una proposta di definizione del giudizio da parte del presidente di sezione o di un consigliere da questo delegato che anticipa il possibile rigetto del ricorso e che viene comunicata ai difensori delle parti.

A questo punto, lo sviluppo del giudizio può assumere due vie differenti che lo rendono peculiare.

La prima: le parti scelgono di volere comunque la decisione del ricorso, nonostante la proposta di rigetto, sicché i difensori muniti di una nuova procura speciale depositano una specifica istanza, chiedendo che si proceda comunque alla decisione che naturalmente sarà collegiale ed ai sensi dell'art. 380-bis.1 c.p.c.

Questa opzione si completa con un monito dissuasivo, poiché la norma prevede che, ove il giudizio sia definito in conformità alla proposta, la Corte applica il terzo e il quarto comma dell'art. 96 c.p.c.

La seconda: ove l'effetto deterrente generato dalla proposta di definizione di rigetto e dalle sanzioni pecuniarie applicabili alla parte che abbia comunque (ed improvvidamente) insistito per la decisione prevalga, i difensori non presentano alcuna richiesta di decisione e tale silenzio/inerzia provoca l'estinzione del processo con l'applicazione dell'art. 391 c.p.c.

Le parti che si sono accontentate della definizione accelerata possono beneficiare della condanna alle sole spese processuali sino a quel momento maturate, con esclusione di quelle relative alla fase decisoria, evitando, altresì, il pagamento del doppio del contributo unificato dovuto per il caso di rigetto dell'impugnazione.

Ora, la possibile incompatibilità dell'estensore della proposta di definizione accelerata passa necessariamente per l'accertamento del carattere decisorio della proposta di definizione.

Gli argomenti utilizzati dalle Sezioni Unite per escluderla appaiono in certa misura apodittici e non pienamente convincenti, risultando invero più fondate le argomentazioni che prefigurano il procedimento di definizione accelerata come autonomo (rispetto alla eventuale decisione camerale) e la proposta di definizione come dotata di carattere propriamente decisorio.

Per quanto sia corretto ritenere che la rubrica di una norma non abbia valore esegetico assoluto, va comunque considerato che l'art. 380-bis c.p.c. include in essa il termine decisione, recitando *"Procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili o manifestamente infondati"*¹⁹, sostanzialmente in linea di continuità con la precedente versione della disposizione che, a sua volta, era rubricata *"Procedimento per la decisione in camera di consiglio sull'inammissibilità o sulla manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso"*.

La possibile asimmetria tra la rubrica della norma e il suo contenuto precettivo da cogliersi nella dicotomia *"procedimento per la decisione accelerata"* e *"sintetica proposta di definizione del giudizio"* pare più apparente che reale, posto che la sintetica proposta di definizione

¹⁹ Sottolinea l'uso del termine decisione nella rubrica della norma per tutti B. CAPPONI, *Il giudice monocratico in Cassazione*, op. cit., p. 23 ss.; ID., *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento accelerato*, in *Il Processo*, 2023, p. 313 ss. Si veda anche G. De Cesare, *Il nuovo procedimento accelerato per la decisione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e l'astuzia del legislatore*, in questa rivista, 2023, p. 585, specificamente in nota 3. Si veda, però, anche la diversa prospettiva della memoria ex art. 378 c.p.c. del P.G., il quale rileva l'uso del termine decisione nella rubrica della norma con i connaturati limiti esegetici, e comunque afferma che essa non depone nel senso che la proposta abbia veste di decisione poiché *"la rubrica dell'art. 380-bis c.p.c. non configura, infatti, la "proposta di definizione" come una "decisione", ma riferisce quest'ultima solo e soltanto al provvedimento adottato a seguito dell'eventuale istanza della parte che ritenga di non prestare acquiescenza allo iter che conduce alla rinuncia del ricorso e all'estinzione del giudizio, non alla decisione"*.

formulata dal presidente della sezione o dal consigliere da questo delegato può essere considerata come una vera e propria decisione, veicolata attraverso un provvedimento avente la forma dell'ordinanza (o del decreto in caso di controricorrente non costituito), contenente appunto la proposta sintetica di definizione.

Che il provvedimento denominato nel corpo della disposizione "sintetica proposta di definizione del giudizio" si avvicini, o meglio, sia una vera e propria decisione può desumersi da plurimi ed univoci indici contenuti nel nuovo art. 380-*bis* c.p.c.

In primo luogo, può rilevarsi come l'accelerazione del procedimento si colga e si esaurisca esclusivamente nella fase dinanzi al presidente di sezione o al consigliere da questo delegato, ovvero il giudice singolo, che formula la proposta di definizione che dissimula la vera e propria decisione (di rigetto).

Questa qualificazione si pone come una diretta conseguenza della previsione secondo cui il provvedimento acceleratorio è idoneo a chiudere il giudizio di legittimità, allorquando le parti, ricevuta la comunicazione della proposta di definizione, non formulino l'apposita istanza di decisione accompagnata dal rilascio di una nuova procura speciale.

A questo punto, si producono due distinti effetti: uno immediato, l'altro mediato.

Il primo opera nel senso che il ricorso si intende rinunciato ed il giudizio si estingue con applicazione dell'art. 391 c.p.c.

Sotto tale profilo, va più a fondo osservato come la parte dissuasa a richiedere la decisione per effetto della proposta di definizione dia vita ad una sorta di rinuncia tacita retta dal suo silenzio/inerzia²⁰, che provoca non solo l'estinzione della fase accelerata, ma dell'intero giudizio di Cassazione.

Questa estinzione promana da una fattispecie identificabile come complessa, in quanto composta dalla proposta sintetica di definizione (che anche sotto tale luce pare confermare la sua vocazione totalmente decisoria) e appunto dal contegno omissivo della parte nei 40 giorni successivi alla comunicazione della proposta.

Il secondo e più significativo consiste nel passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

Tali rilievi si accompagnano ad ulteriori caratteri che valgono a connotare quale vera e propria decisione la proposta sintetica di definizione accelerata, nel senso che questa pre-cognizione dell'estensore è anche in grado di chiudere una fase identificabile come autosufficiente del giudizio di legittimità.

²⁰ Efficacemente B. CAPPONI, nei saggi citati la qualifica come una rinuncia per *facta concludentia*.

Si consideri che il giudice che formula la proposta di definizione accelerata agisce del tutto autonomamente rispetto al Collegio e rispetto al P.G. e questo è un elemento sintomatico di differenziazione tra l'attuale procedimento dell'art. 380-*bis* c.p.c. e quello precedentemente in vigore, caratterizzato dalla cd ordinanza opinata.

Diversamente dall'attuale sistema, quest'ultima si distingueva per essere una vera e propria proposta alle parti con cui si rendeva noto e si anticipava in l'orientamento del relatore in vista della decisione collegiale, senza la necessità di particolari (ed ulteriori) manifestazioni di volontà.

La relazione nel precedente sistema, cioè, non poteva essere assimilata ad un provvedimento giudiziale, tale da incidere sulla posizione soggettiva delle parti, anche perché del tutto priva di autonomia, almeno sino al momento in cui non fosse stata (eventualmente, ove condivisa) recepita dalla decisione collegiale²¹.

Del resto, se la relazione e la proposta sintetica di definizione fossero totalmente sovrapponibili, risulterebbe difficilmente comprensibile l'ultima scelta del legislatore di prevedere l'estinzione del giudizio, per l'ipotesi in cui il ricorrente nel termine di 40 giorni dalla comunicazione della proposta non abbia formulato un'apposita istanza corredata di una nuova procura speciale per richiedere comunque la decisione (collegiale)²².

Se in termini rigorosi l'estinzione del giudizio di legittimità conseguente all'omessa richiesta di decisione con la successiva applicazione del dell'art. 391 c.p.c. potrebbe naturalmente non considerarsi una decisione in senso stretto, appare tuttavia difficilmente superabile il rilievo

²¹ In tal senso, si veda R. TISCINI, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite, op. cit.*, la quale dopo aver rilevato il rischio che poteva materializzarsi nel precedente modello, se si fosse esclusa la partecipazione del relatore al collegio giudicante, ovvero il venir meno dei vantaggi in termini di accelerazione connessi alla posizione qualificata del relatore, evidenzia con estrema chiarezza le differenze tra l'ordinanza opinata e l'attuale proposta di definizione accelerata. L'Autrice segnala che quella attuale non è un opinamento volto ad indirizzare la procedura verso il rito camerale (difatti l'opinione del relatore appunto non vincolante per il collegio poteva essere disattesa da questo, ove riscontrava l'insussistenza delle fattispecie idonee alla decisione camerale, rinviando pubblica udienza) ma "spezza oggi il procedimento e mostra quella autonomia che era mancata nella precedente versione, dal momento che – nel silenzio del ricorrente – essa è destinata a condurre verso l'estinzione del giudizio... che si tratti di un provvedimento che separa in maniera drastica la prima fase dalla seconda e che ha una sua autonoma identità - tanto da essere qualificato come una decisione – è dimostrato dalle conseguenze che tale provvedimento produce sulla procura alle liti...".

²² Sul punto, si rinvia anche ai rilievi critici formulati da B. CAPPONI in, 2023: *Odissea nel Palazzaccio*, in www.judicium.it, il quale osserva in rapporto all'estinzione del giudizio conseguente alla proposta di definizione non seguita dalla richiesta di decisione come vi sia una deviazione rispetto agli articoli 390 e 391 c.p.c. trattandosi di "una proposta singolare, dunque: perché non richiede accettazione pur nel contesto formalizzato del giudizio di legittimità, ove nulla avviene per *facta concludentia* e vale il principio dell'impulso officioso. L'art. 390 c.p.c. richiede infatti la forma scritta per la rinuncia al ricorso principale o incidentale, che deve provenire dalla parte personalmente e dal difensore, o anche da quest'ultimo se munito di mandato speciale a tale effetto. L'adesione alla rinuncia, di cui all'art. 391, comma 4, c.p.c. presuppone anch'essa un atto scritto".

che questa estinzione del giudizio di legittimità produca il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, determinando effetti che incidono sulla posizione soggettiva delle parti, andandosi così a differenziare chiaramente da una mera estinzione non soddisfattiva del giudizio, quale quella che potrebbe ad esempio verificarsi nel primo grado di giudizio e che certamente non comporta le medesime ed importanti conseguenze nella sfera soggettiva delle parti.

Ed altresì per tale via, non pare così agevole escludere l'autonomia della fase della accelerata rispetto a quella successiva di decisione camerale ai sensi dell'art. 380-bis.1 c.p.c., poiché altrimenti non potrebbe spiegarsi la necessità per i difensori di munirsi di una nuova procura speciale²³, rilasciata successivamente alla comunicazione della proposta.

La necessità della nuova procura speciale non sembra avere una *ratio* facilmente individuabile e appare una scelta piuttosto irrazionale, non riuscendosi ad intravedere una utilità concreta nell'opzione adottata dal legislatore, che potrebbe così considerarsi solo un vano e superfluo formalismo²⁴.

²³ Al riguardo, non del tutto condivisibilmente osserva C. BESSO in, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, op. cit., p. 477 "la formulazione del requisito, non richiesto dalla legge delega, può far sorgere il dubbio che debba essere conferita una nuova procura alle liti, procura che, non rientrando la richiesta della decisione tra gli atti elencati al terzo comma dell'art. 83 c.p.c., richiederebbe il conferimento con atto pubblico o scrittura privata autenticata. Al dubbio va risposto, a mio avviso, in maniera negativa. Quella in esame non è una nuova procura alle liti, che è già stata data, ma una procura a compiere uno specifico atto del giudizio di cassazione, in questo senso speciale che dovrebbe essere nuova, ossia conferita successivamente alla comunicazione della proposta. La procura alle liti, infatti, attribuisce al difensore il potere di compiere tutti gli atti, con l'eccezione di quelli che la legge riserva alla parte...". Orbene, la richiesta di una nuova procura appare del tutto superflua, posto che è già stata rilasciata e sicuramente quella procura comprende ed esplica anche la volontà della parte di chiedere la decisione del ricorso. Sul punto, osserva condivisibilmente R. TISCINI in, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite*, op. cit., la nuova procura "segna un passaggio essenziale nella dinamica del giudizio esprimendo un vincolo fiduciario che coinvolge non solo le parti ed il loro legale, ma anche il giudice (il quale proprio in virtù delle procura, può dialogare con il professionista). Imporre una nuova procura significa spezzare quel vincolo fiduciario, gettare un'ombra nelle relazioni che ruotano intorno al processo". Sempre sul punto, si condivide pienamente quanto osservato da A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, op. cit., p. 682, il quale bolla come poco decifrabile la *ratio* di tale previsione ed osserva che "L'interpretazione che forse può apparire più plausibile – benchè maliziosa – di questa oscura disposizione, è che essa riveli semplicemente una sorta di diffidenza del legislatore nei confronti del difensore del ricorrente, il timore, insomma, che l'avvocato, dinanzi alla prospettiva di dover informare il proprio cliente che il giudice considera il ricorso inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato, possa esser tentato di chiedere la prosecuzione del processo senza aver previamente consultato il proprio cliente, avvalendosi semplicemente dei poteri previsti dal suddetto art. 84 c.p.c.; cosa che invece viene resa impossibile dalla necessità di farsi rilasciare la nuova procura speciale di cui all'art. 380-bis c.p.c. Se invece non è questa l'interpretazione corretta della norma in esame (e forse è auspicabile che non lo sia...), rimane a mio avviso di difficile identificazione la sua *ratio* processuale e di sistema". Sul punto, si vedano anche tutti i saggi citati di B. CAPPONI che concorda sulla inutilità di prevedere il rilascio di una nuova procura.

²⁴ La definisce un inutile formalismo, D. DALFINO, *La riforma del processo civile*, Città di Castello, 2023, p. 240.

Invero, se proprio si vuol riconoscere una funzione al (necessario) rilascio della nuova procura speciale, essa non può che essere ricercata in direzione opposta a quella tracciata dalla Sezioni Unite, nel senso che questa nuova procura vale a rimarcare la (netta) discontinuità tra le diverse fasi del giudizio di legittimità.

In altri termini, è come se la procura originariamente rilasciata per la proposizione del ricorso avesse esaurito la sua funzione ed il suo effetto di conferire il potere rappresentativo al difensore nella sola fase accelerata, con la conseguenza che per chiedere la decisione e accedere alla autonoma (oltre che successiva ed eventuale) fase del giudizio di legittimità, ne divenga necessaria una nuova, ovvero rilasciata successivamente alla comunicazione della proposta di definizione²⁵.

Ora, pur senza necessariamente accedere a quanto più volte acutamente osservato da autorevole dottrina²⁶, la richiesta di decisione proveniente dal difensore munito di nuova procura speciale appare proprio un'istanza di prosecuzione del giudizio di legittimità, una volta chiusasi la fase acceleratoria con il sigillo dalla proposta di rigetto del ricorso, per muovere verso la posteriore fase della decisione collegiale.

L'autonomia tra la fase acceleratoria e quella della decisione collegiale trova ulteriore conferma, se si considera il rapporto tra le possibili sanzioni che il Collegio applica quando il ricorrente abbia comunque chiesto la decisione e questa si sia conformata alla proposta di definizione, ed il possibile aspetto premiale per lo stesso ricorrente che, alla luce della proposta di definizione accelerata, accetti di rinunciare al ricorso, restando inerte.

Quanto al primo profilo, in aggiunta alla sanzione del raddoppio del contributo unificato per il rigetto dell'impugnazione già da tempo in vigore, la disciplina dell'art. 380-bis c.p.c. ha previsto l'applicazione dell'art. 96 comma 3° e 4° c.p.c., ovvero la condanna per il soccombente a favore della controparte di una somma equitativamente determinata e

²⁵ In tal senso si veda per tutti ancora B. CAPPONI, *Il giudice monocratico in Cassazione*, op. cit., 23 ss.

²⁶ Il riferimento principale è a B. CAPPONI che in, 2023: *Odissea al Palazzaccio*, op. cit., qualifica la decisione dinanzi al Collegio come una opposizione (sulla scia di quella al decreto ingiuntivo) o come reclamo avverso la proposta definitoria e l'Autore compie un'analoga qualificazione in, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento accelerato*, op. cit., p. 313 ss. Ma si veda anche R. TISCINI, in, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite*, op. cit., secondo cui qualora la proposta definitoria "sia seguita dalla richiesta di una nuova decisione, la successiva propaggine procedimentale ha lo scopo di riportare il collegio sulla medesima res iudicanda con un approccio non dissimile dalla revisio prioris instantiae... Vale la pena di insistere, infatti, non tanto sulla natura impugnatoria o meno della seconda fase, quanto su ciò che è oggetto di sindacato ad opera del collegio, alla luce dei poteri delle parti di contraddire. Quanto a quest'ultimo profilo, l'attuale art. 380-bis.1 c.p.c. stabilisce che una volta fissata la modalità camerale, le parti possono depositare sintetiche memorie illustrative.....solo una mera illustrazione (tra l'altro sintetica) di quanto addotto negli atti introduttivi".

l'ulteriore condanna al pagamento alla cassa delle ammende di una somma di denaro non inferiore ad euro 500 e non superiore ad euro 5000²⁷.

Quanto all'aspetto premiale, esso appare piuttosto modesto, poiché limitato al mancato pagamento del doppio del contributo unificato e alla condanna alle sole spese processuali sino a quel momento maturate con esclusione di quelle della fase decisoria.

Da ultimo, la decisorietà della proposta sintetica di definizione accelerata appare anche considerando propriamente il suo contenuto, nel senso che essa espande con forza il proprio effetto, influenzando comunque sulla decisione collegiale, se richiesta.

Ed infatti, si è visto che se decisione collegiale coincide con quella assunta in sede di proposta, la Corte applica le sanzioni di cui all'art. 96 commi 3° e 4°, generando così un effetto aggiuntivo nella sfera della parte che abbia replicato incautamente la richiesta di decisione.

Gli elementi di valutazione sviluppati portano così ad allontanarsi dalla conclusione delle Sezioni Unite, poiché il rapporto di autonomia tra la fase accelerata e quella della eventuale decisione camerale e la connotazione di vera e propria decisione della proposta sembrano ricostruzioni fondate su basi argomentative molto solide.

A loro volta, questi caratteri incidono direttamente sul profilo oggetto di rimessione, facendo propendere per l'incompatibilità dell'estensore della proposta, sia ad essere membro del collegio decidente, e ancor più, ad assumere la funzione di relatore.

²⁷ Si tratta per il comma quarto dell'art. 96 di una disposizione aggiunta dall'art. 3 comma 6 d. lg. 10 ottobre 2022, n. 149. Sull'interpretazione delle sanzioni applicabili ai sensi dell'art. 96 comma 3° e comma 4°, si segnala che secondo alcuni l'utilizzo del verbo nella forma dell'indicativo presente "*applica*" farebbe propendere per un'applicazione automatica delle sanzioni che dovrebbero così essere irrogate senza che vi sia alcuna altra valutazione da compiersi. In tal senso, sono orientati ad esempio B. CAPPONI, R. TISCINI e A. CARRATTA negli scritti già ricordati. Suggerisce una diversa interpretazione F.P. LUISE in, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, op. cit., p. 220, secondo cui "*avendo il legislatore richiamato la norma e non il contenuto della stessa, la Corte debba valutare se vi sono gli estremi, previsti dall'art. 96 comma terzo, per la condanna, e quindi escluderla se ritiene che quegli estremi non vi siano. Per quanto riguarda l'art. 96 quarto comma non si pongono particolari problemi, perché, ..., la sanzione di cui a questo comma segue automaticamente l'applicazione della sanzione di cui al terzo comma, che ne costituisce necessario presupposto. Quindi....la condanna a favore della cassa ammende sarà disposta ogni volta che è disposta la condanna a favore della controparte*". Ulteriore soluzione è prospettata da S. RUSCIANO, *La decisione conforme alla proposta definitiva ex art. 380 bis, comma terzo c.p.c.: una forma codificata di abuso del processo o una mera presunzione*, in www.judicium.it, secondo cui "... la Corte non deve in automatico condannare la parte ricorrente che non si è accontentata della proposta definitiva al pagamento della somma a favore della controparte, né è tenuta in ogni caso ad effettuare una valutazione specifica della abusività della sua specifica condotta, bensì il legislatore ha inteso porre una presunzione circa la sussistenza delle condizioni richieste per l'applicazione dell'art. 96 citato". Sarebbe, cioè, una presunzione superabile, allorquando la particolarità e la specificità del caso concreto rendano inique, irragionevoli e sproporzionata l'applicazione delle sanzioni.

Non pare, dunque, potersi escludere come fanno le Sezioni Unite che egli si sia già pronunciato sulla *res iudicanda*, poiché la sua pre-cognizione appare piuttosto evidente, anche ove si consideri l'innegabile (e probabilmente naturale) tendenza a ripercorrere un itinerario logico, già seguito nella (precedente) fase accelerata.

E tale ultima considerazione si rafforza proprio tenendo presente la possibilità espressamente sancita nell'art. 380-*bis* c.p.c. che la decisione del Collegio possa essere integralmente confermativa del rigetto per inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso, veicolato proprio attraverso la proposta sintetica di definizione, cosicché la decisione del Collegio non sarà svincolata da quella di rigetto assunta nella fase accelerata, a riprova della piena incidenza nella fase decisoria delle questioni (già) definite in quella fase pregressa²⁸.

4. La conoscenza della causa in altro grado (ed anche in altra fase) del giudizio integra un pre-giudizio che compromette l'imparzialità e la terzietà del giudice.

Quanto appena osservato in tema di autonomia delle fasi del giudizio di legittimità e di decisorietà della proposta va correlato all'altro profilo affrontato dalle Sezioni Unite, ovvero l'interpretazione della locuzione "*altro grado del processo*" contenuta nell'art. 51 comma 1 n. 4 c.p.c.

Prima di analizzarla nello specifico, va premesso che l'art. 51 c.p.c. individua una serie di ipotesi a presidio della imparzialità dell'organo giudicante riconosciuta dall'art. 111 comma 2 Cost. e dall'art. 6 CEDU²⁹.

La disposizione tipizza i casi in cui il giudice deve necessariamente astenersi³⁰ e si chiude con la previsione dell'astensione, ove ricorrano "*gravi ragioni convenienza*"³¹.

²⁸ Sul punto, si richiamano anche le pronunce della Corte EDU, 24 luglio 2012, *Toziczka c. Polonia* e del 6 giugno 2000, *Morel c. Francia*, citate pure in nota 5 che affermano appunto il principio che il giudice che abbia adottato una decisione nella fase preprocessuale o abbia una conoscenza particolareggiata della causa non comporta alcun pregiudizio sulla imparzialità al momento della pronuncia finale, purché questa sia svolta al momento della sentenza che chiude il giudizio, sulla base delle difese svolte dalle parti e non sia vincolata alle questioni definite nella fase pregressa.

²⁹ In argomento si veda F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958; L. DITTRICH, *Incompatibilità e ricazione del giudice civile*, Padova, 1991; G. SCARSELLI, *Il giudice tra principi deontologici e regole comportamentali*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 273 ss.; C. CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nella dinamica dei processi non penali*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 212 ss.; L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice civile e la sua tutela processuale*, Napoli, 2017.

³⁰ I singoli motivi di astensione obbligatoria sono esaminati analiticamente da L. DITTRICH, *Incompatibilità e ricazione del giudice civile*, op. cit., p. 83, 107, 137; A. TEDOLDI, *Astensione, ricazione e responsabilità dei giudici*, in *Commento al codice di procedura civile*, diretto da S. CHIARLONI, Bologna, 2015, p. 85 ss.; L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice civile e la sua tutela processuale*, op. cit., p. 378. Per un ulteriore approccio, si veda anche C. CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nella dinamica dei processi non penali*, op. cit., p. 23 ss.

³¹ Sul punto, per tutti si veda A. TEDOLDI, *Astensione, ricazione e responsabilità dei giudici*, op. ult. cit., p. 278.

Ancora, la disciplina dell'astensione e della ricsuzione³² si completa di uno specifico procedimento, da esperire per ottenere la seconda, allorquando il giudice non si sia (volontariamente) astenuto³³, generando la specifica contestazione della parte che abbia dubitato della sua imparzialità.

Questa possibilità non può ovviamente fondarsi su mere valutazioni soggettive o sospetti della parte³⁴, ma deve essere ricondotta nell'alveo dei casi dell'art. 51 c.p.c. il cui carattere di tassatività rimane estremamente dibattuto³⁵.

³² Per completezza in argomento, S. COSTA, *Astensione e ricsuzione del giudice*, in *Nss. Dig. it.*, I, Torino, 1958, p. 461; S. SATTA, *Astensione e ricsuzione*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1959, p. 947; T. SEGRÈ, *Astensione, ricsuzione e responsabilità dei giudici*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, I, Torino, 1973, p. 626; R. Romboli, *Astensione e ricsuzione del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, p. 1988; L. DITTRICH, *op. ult. cit.*, p. 58; S. LA CHINA, *Giudice (astensione e ricsuzione)*, in *Dig. Civ.*, IX, Torino, 1993, p. 26; G. SCARSELLI, *Terzietà del giudice e processo civile*, in *Foro it.*, 1996; I, p. 3616; A. PANZAROLA, *La ricsuzione del giudice civile. Il problema della impugnabilità della decisione*, Bari, 2008; F. TIZI, *Sull'effettività della garanzia dell'imparzialità del giudice con particolare riferimento alla ricsuzione del giudice civile*, in *Giust. proc. civ.*, 2011, p. 513; A. TEDOLDI, *Astensione, ricsuzione e responsabilità dei giudici*, *op. cit.*, p. 245 ss.; L. PRENDINI, *op. cit.*, p. 298; L. P. COMOGLIO, *Mito, fantasia, e realtà del giudice imparziale*, Milano, 2021.

³³ Secondo S. SATTA, *op. cit.*, p. 950, cui adde L. DITTRICH, *op. ult. cit.*, p. 206, si tratterebbe di un vero e proprio dovere giuridico di astenersi, sanzionabile sul piano disciplinare. Diversamente, osservano S. COSTA, *op. ult. cit.*, p. 1463, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, 3 a ed., Napoli, 1953, p. 177; T. SEGRÈ, *op. ult. cit.*, p. 628 che al di là dell'obbligo puramente formale che è sanzionato solo indirettamente sul piano disciplinare, la legge opera sul potere del giudice, così influenzando sulla validità dei suoi provvedimenti.

³⁴ Sul punto, si veda per tutti, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 1, 29 a ed., Torino, 2024, p. 250 che esclude le fattispecie ove fondate su "considerazioni soggettive o su generici sospetti".

³⁵ Nel senso della tassatività dell'elencazione si collocano, S. COSTA, *op. ult. cit.*, p. 1463; V. ANDRIOLI, *op. ult. cit.*, p. 177; R. ROMBOLI, *Astensione e ricsuzione del giudice (dir. proc. civ.)*, *op. cit.*, p. 2. In giurisprudenza, si vedano Cass. Sez. un., 23 giugno 2015, n. 13021; Cass. 08 ottobre 2001, n. 12345, con nota di G. SCARSELLI, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1612. Diversamente, propendono per la non la tassatività delle ipotesi E. ALLORIO, *In tema di ricsuzione di giudici e degli estremi a ciò richiesti*, in *Giur. it.*, 1950; I, 2, p. 517 ss.; T. SEGRÈ, *Astensione, ricsuzione e responsabilità dei giudici*, *op. cit.*, p. 630; B. CAVALLONE, *Conscientia deposita aedificat ad Gehennam, ovvero: un lodevole provvedimento di astensione*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 880 ss.; A. TEDOLDI, *Astensione, ricsuzione e responsabilità dei giudici*, *op. cit.*, p. 56; L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice civile e la sua tutela processuale*, *op. cit.*, p. 349. Qualche precisazione merita poi la posizione di L. DITTRICH il quale nel lavoro monografico, *Incompatibilità e ricsuzione del giudice civile*, *op. cit.*, p. 57 ss. si era originariamente espresso per una possibile interpretazione estensiva ed analogica dei motivi di ricsuzione, salvo poi aderire all'idea della non tassatività *tout court* dei motivi di astensione obbligatoria e così di ricsuzione. Al riguardo, si veda L. DITTRICH, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1145 ss. La motivazione è poi ricordata dall'Autore in, *L'astensione e la ricsuzione del giudice*, in *Diritto Processuale civile*, I, Milano, 2019, opera a cura dello dallo stesso, p. 503, ove si legge "...se la parte ha, come è ormai pacifico, un vero e proprio diritto ad un giudice imparziale ex artt. 111, comma 2, Cost. e 6 CEDU, non vedo come possa essere compreso in motivi tassativi e non suscettibili di interpretazione analogica o estensiva". Sul punto e dello stesso Autore si veda anche, *Sul procedimento di ricsuzione, sulla posizione di "parte" del giudice ne procedimento di ricsuzione e sulla grave inimicizia come motivo di ricsuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1198 ss., nota a Cass, Sez. Un., 22 luglio 2014, n. 16628.

L'ipotesi di incompatibilità della fattispecie qui in esame è contemplata all'art. 51 comma 1 n. 4 c.p.c., ed è quella del giudice che abbia conosciuto la causa come magistrato in "*altro grado del processo*"³⁶.

Si tratta dei casi in cui il giudice abbia già maturato un convincimento sulla causa dal quale difficilmente in futuro potrebbe prescindere.

La *ratio* della norma preserva l'esigenza di garantire un corretto funzionamento del processo, per giungere ad un accertamento dei fatti nel rispetto del contraddittorio delle parti³⁷.

Cosa debba specificamente intendersi per "*altro grado nel processo*" è però particolarmente dibattuto, dal momento che non si rinviene nel codice di rito una definizione di grado del processo.

Poche sono le ipotesi in cui non paiono esservi dubbi, ovvero quella del giudice che abbia deciso o concorso a decidere la controversia in primo grado e si ritrovi a deciderla nuovamente in grado di appello o, ancora, quella di analoga e speculare incompatibilità del giudice chiamato a far parte del collegio decidente del ricorso per cassazione, proposto contro una sentenza in cui sia stato giudice in corte di appello o in primo ed unico grado.

Al di fuori di esse, si registrano idee piuttosto contrastanti sia in dottrina, che in giurisprudenza.

Sul versante dottrinale, la tendenza è nel senso di interpretare estensivamente il concetto di "*grado*", parametrandolo in sintesi a tutte le ipotesi in cui vi possa essere una "*ripetitività decisoria*", sul medesimo *thema decidendum*³⁸, aprendo così ad una lettura idonea a ricomprendere anche la distinta fase del processo.

³⁶ Ovviamente, qui non rilevano qui le altre ipotesi contemplate dall'art. 51 comma 1 n. 4 c.p.c. e cioè quella del giudice che abbia dato consiglio nella causa, quella in cui abbia prestato patrocinio nella causa o deposto in essa come testimone, o vi abbia prestato assistenza come consulente tecnico.

³⁷ In tal senso, L. DITTRICH, *L'astensione e la ricusazione del giudice*, in *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 529, il quale evidenzia la diversità della *ratio* rispetto alle prime ipotesi di cui all'art. 51 comma 1 c.p.c. che sono più propriamente relative alla parzialità del giudice.

³⁸ Ne dà conto in questi termini L. DITTRICH, *L'astensione e la ricusazione del giudice*, in *Diritto processuale civile*, op. ult. cit., p. 533, il quale ricorda descrivendole come particolarmente estensive del concetto di grado una serie di ipotesi di incompatibilità: a) quella del giudice del decreto repressivo della condotta antisindacale con la funzione di giudice della successiva opposizione ex art. 28 comma 3 St. Lav. (su cui si veda la più volte richiamata Corte Cost. 15 ottobre 1999, n. 387, cit., che suggella una conclusione già anticipata da Corte Cost., ord., 21 novembre 1997, n. 356); b) quella tra il giudice che ha pronunciato l'ordinanza decisoria ex art. 186 *quater* c.p.c. ed il giudice che eventualmente pronuncerà la successiva sentenza in caso di richiesta dell'intimato; c) quella tra il giudice dell'esecuzione ed il giudice delle opposizioni esecutive; d) quella tra il giudice che dichiara l'estinzione del processi e quello del reclamo; e) quella del giudice che ha emesso un provvedimento cautelare, sommario, anticipatorio ed il giudice del successivo giudizio di merito; f) quella del giudice che ha emesso un provvedimento decisorio ed il giudice del reclamo ex art. 26 l.f.; g) quella tra il giudice che ha concesso il decreto ingiuntivo ed il giudice della eventuale opposizione.

Viceversa, la giurisprudenza interpreta la locuzione in senso restrittivo, così da circoscrivere al massimo le ipotesi di incompatibilità del giudice legate alla sua possibile pre-cognizione³⁹. Brevemente esemplificando, mentre per la Suprema Corte non vi sarebbe alcuna incompatibilità per il giudice d'appello che abbia conosciuto la causa senza però deciderla nel grado precedente⁴⁰, sono state elaborate soluzioni più articolate che escludono la possibile incompatibilità del giudice che abbia pronunciato la sentenza poi rinviata dalla Corte di Appello o dalla Corte di Cassazione⁴¹.

³⁹ Secondo L. DITTRICH, *L'astensione e la ricusazione del giudice*, op. ult. cit., p. 534, la *ratio* della norma non risiederebbe nell'esigenza di assicurare il l'imparzialità del giudice, quanto in quella di garantire *"la funzionalità del sistema delle impugnazioni"* per cui andrà valutato di volta in volta se *"il legislatore ha inteso costruire un rimedio impugnatorio in senso stretto, tenendo però presente che lo svolgimento del processo conosce inevitabilmente fasi in cui il giudice può essere chiamato ad anticipare un giudizio sul possibile esito della causa"*. Inoltre, per l'Autore nella valutazione, occorrerà considerare l'art. 97 Cost. che assicura il buon andamento dei pubblici uffici, l'art. 111 Cost. che prescrive una durata ragionevole del processo, senza trascurare l'assenza di copertura costituzionale del doppio grado di giudizio per cui *"non ogni ipotesi di ripetitività decisoria"* può essere considerata come un grado, ai fini del rispetto delle norme costituzionali.

⁴⁰ Cass. ord. 8 novembre 2022, n. 32837; Cass. ord. 21 settembre 2021, n. 25487; Cass. 18 novembre 2016, n. 23520; Cass. 4 dicembre 2014, n. 25643; Cass. 10 marzo 2009, n. 5753; Cass. 28 marzo 2007, n. 7578; Cass. 5 marzo 2007, n. 5030; Cass. 20 giugno 2003, n. 9905; Cass. 27 marzo 2001, n. 4412; Cass. 6 dicembre 2000, n. 15487; Cass. 09 febbraio 1998, n. 1223. Si vedano anche Corte Cost., 24 luglio 1998, n. 341. Una critica a tale orientamento è svolta da F. CIPRIANI, *Come si istruisce senza conoscere e come si giudica senza istruire (l'istruttore, il collegio e le sezioni distaccate di tribunale)*, in *Foro it.*, 1999, p. 3376. La Suprema Corte in sostanza ritiene che l'obbligo di astensione vada circoscritto alla sola ipotesi in cui il giudice abbia partecipato alla decisione del merito della controversia nel precedente grado di giudizio.

⁴¹ In estrema sintesi, sui casi di rinvio dalla Corte di Appello o dalla Cassazione per i motivi dell'art. 354 (nullità della notificazione della citazione, mancata integrazione del contraddittorio o erronea estromissione di una parte, nullità della sentenza per mancanza della sottoscrizione del giudice) e dell'art. 383 comma 3 c.p.c. (cassazione della sentenza per i motivi di cui all'art. 360 nn. 1, 2 e 4 c.p.c.), la giurisprudenza esclude l'incompatibilità, sicché il giudice del rinvio potrà essere quello che ha pronunciato la sentenza cassata o annullata. Si vedano in particolare per la cassazione della sentenza per motivi di giurisdizione Cass. 4 aprile 2005, n. 1477, Corte Cost. 24 luglio 1998, n. 341 ed anche Cass. 10 agosto 1995, n. 8797 e Cass., 19 dicembre 1991, n. 13714. La ragione sottesa a questa scelta sta nella considerazione che nella prima decisione non vi era stata una effettiva cognizione (conoscenza), impedita dalle nullità presenti. Allo stesso modo e per le stesse ragioni di fondo, la giurisprudenza esclude l'incompatibilità a decidere nel merito del giudice che si sia dichiarato incompetente e la decisione sia stata cassata in seguito al vittorioso esperimento del regolamento di competenza (in tal senso Cass. 10 marzo 2009, n. 5753, *cit.*; Cass. 14 luglio 2006, n. 16119). Una regolamentazione diversa è prevista per l'ipotesi di cassazione con rinvio ai sensi dell'art. 383 comma 1 c.p.c. e cioè per i casi di cui all'art. 360 numeri 3 e 5. Qui è evidente come la sentenza cassata sia stata pronunciata ed è il risultato della cognizione piena della causa. Così, l'art. 383 comma 1 prevede il rinvio ad altro giudice di grado pari a quello che ha pronunciato la sentenza cassata (cfr. Cass. Sez. Un., 27 febbraio 2008, n. 5087; Cass. 22 giugno 2005, n. 13370).

Sempre in tema di impugnazioni, si esclude l'incompatibilità ai sensi dell'art. 51 comma 1 n. 4 c.p.c. per il giudice dell'opposizione di terzo, qualora sia lo stesso che abbia pronunciato la sentenza impugnata⁴², e per quello della revocazione che abbia pronunciato la sentenza revocata⁴³, con l'ovvia esclusione dell'ipotesi di cui all'art. 395 n. 6 c.p.c.

L'interpretazione restrittiva della giurisprudenza si coglie anche nel campo dei provvedimenti cautelari.

Qui, il possibile pre-giudizio rispetto alla futura decisione, oltre ad aver generato un ampio dibattito in dottrina⁴⁴, ha visto sia la giurisprudenza costituzionale⁴⁵, che quella di legittimità⁴⁶ escludere la possibile incompatibilità del giudice per aver conosciuto la causa in altro grado (*rectius* altra fase) del giudizio.

Allo stesso modo, la giurisprudenza si è orientata sul rapporto tra il giudice del procedimento possessorio e quello della successiva fase di merito⁴⁷ e su quello tra il giudice che ha emanato la misura cautelare e quello adito per la successiva declaratoria di inefficacia della stessa⁴⁸.

Altre possibili incompatibilità comunque escluse dalla giurisprudenza riguardano il rapporto tra il giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo e quello dell'opposizione⁴⁹, quello tra il giudice che ha emesso un provvedimento anticipatorio di condanna ed il giudice che deve decidere il merito della controversia (il riferimento in particolare è alle ordinanze ex artt. 186 *bis*, *ter* e *quater* e 423 c.p.c., ed anche all'ordinanza provvisoria di rilascio di cui all'art. 665

⁴² Si vedano Cass. 22 marzo 2006, n. 6358; Cass. 19 novembre 1992, n. 12373; Cass. 9 giugno 1969, n. 2033. La *ratio* qui è si basa sul fatto che cognizione è estesa a causa della partecipazione del terzo al processo.

⁴³ Cfr. Cass. 9 ottobre 2017, n. 23498; Cass. 12 settembre 2006, n. 19498; Cass. 3 marzo 1987, n. 2222, secondo cui trattandosi di errore percettivo e non già valutativo, esso può essere riparato anche dallo stesso giudice o collegio giudicante. Sempre in tema di revocazione, si segnala Cass. 12 gennaio 2017, n. 656 secondo cui, per l'ipotesi di impugnazione della sentenza di appello sia con ricorso per cassazione che per revocazione e la pronuncia della corte di appello sulla revocazione sia a sua volta impugnata con ricorso per cassazione, il collegio che deve giudicare su quest'ultimo può anche essere composto con magistrati che abbiano partecipato al giudizio di cassazione.

⁴⁴ Un punto centrale del dibattito è la nota sentenza del Giudice delle leggi ovvero Corte Cost., 15 ottobre 1999, n. 387 *cit.*, che ha ritenuto incompatibile il giudice che ha emanato il decreto di repressione della condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 St. lav. a conoscere della successiva opposizione. Per i commenti favorevoli alla tesi estensiva dell'incompatibilità, si rinvia agli scritti degli autori citati in nota 6. Di diverso avviso, L. DITTRICH, *La precognizione del giudice*, *op. cit.*, p. 1145 ss.; B. CAVALLONE, *Un "frivolo amor proprio": precognizione e imparzialità del giudice civile*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di GIUSEPPE TARZIA*, Milano, 2005, p. 19 che appaiono contrari alla possibile estensione dell'ipotesi di incompatibilità per la pre-cognizione.

⁴⁵ Così, Corte Cost., 23 dicembre 2005, n. 460, *cit.*; Corte Cost. 7 novembre 1997, n. 32; Corte Cost., 26 maggio 1998, n. 193.

⁴⁶ Cass. ord. 14 marzo 2023, n. 7378; Cass. 31 ottobre 2018, n. 27924; Cass. 12 gennaio 2006, n. 422; Cass. Sez. lav., 13 agosto 2001, n. 11070. Si veda anche quale giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 7 luglio 2011.

⁴⁷ Corte Cost., 18 marzo 2004, n. 101; Corte Cost., 19 giugno 2000, n. 220.

⁴⁸ Cass. 8 settembre 2005, n. 17866.

⁴⁹ App. Campobasso 2 maggio 2017, n. 109; App. Campobasso, 3 febbraio 2015, n. 261

c.p.c.)⁵⁰ ed il rapporto tra il presidente della fase camerale nei procedimenti di separazione personale dei coniugi e di scioglimento del vincolo matrimoniale ed il giudice istruttore nella successiva fase a cognizione piena⁵¹.

La giurisprudenza esclude poi che rientri nel campo applicativo dell'art. 51 comma 1 n. 4 c.p.c. l'ipotesi in cui il giudice abbia già pronunciato una sentenza in altra sede (ad esempio un altro processo civile, o al limite anche un processo penale) che abbia accertato gli stessi fatti oggetto del nuovo processo⁵².

Altra potenziale incompatibilità parimenti esclusa è quella derivante dalla pre-cognizione nell'ambito della struttura bifasica del cd. Rito Fornero.

Qui non viene ravvisato alcun pregiudizio all'imparzialità del giudicante con riguardo all'ipotesi del giudice che abbia pronunciato l'ordinanza ai sensi dell'art. 49 della l. 28 giugno 2012, n. 92 e quello della successiva fase di opposizione ai sensi dell'art. 51.

Invero, sia la Corte Costituzionale⁵³ che la Corte di Cassazione⁵⁴ hanno ritenuto la compatibilità delle funzioni, interpretando in senso particolarmente limitativo la locuzione "*grado di giudizio*", che nella specie mancherebbe del carattere della diversità.

Guardando al processo esecutivo è stata esclusa l'incompatibilità, sia nell'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione sia stato lo stesso che aveva deciso nella cognizione, sia in quella riguardante il rapporto tra il giudice di merito e quello delle eventuali opposizioni⁵⁵, mentre un'espressa incompatibilità è prevista ai sensi dell'art. 186-*bis* disp. att. c.p.c. tra il giudice dell'esecuzione autore del provvedimento opposto e la sua funzione di giudice dell'opposizione agli atti esecutivi.

⁵⁰ Corte Cost. 23 novembre 2000, n. 533 *cit.*; Corte Cost. 31 maggio 2000, n. 168, *cit.*; Trib. Roma 18 maggio 2002, per l'ipotesi dell'ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione.

⁵¹ Trib. Ferrara 20 giugno 2002.

⁵² Si vedano quanto alla giurisprudenza Costituzionale Corte Cost. 18 luglio 2002, n. 361; quanto alla giurisprudenza di legittimità Cass. ord. 5 giugno 2019, n. 15268; Cass. 29 settembre 2017, n. 22930; Cass. ord. 10 febbraio 2015, n. 2593; Cass. ord., 24 novembre 2014, n. 24934; Cass. 23 febbraio 2006, n. 4024; Cass. Sez. Un. 8 ottobre 2001, n. 12345. Per la giurisprudenza di merito e sempre per l'esclusione dell'incompatibilità, si vedano Trib. Bari 3 gennaio 2005; App. Firenze 19 luglio 2011, n. 934. Si vedano anche Cass. 20 febbraio 2009, n. 4230 sulla distinzione tra *an* e *quantum* del giudizio, ai fini della individuazione della diversità delle controversie, che precisa che non sussiste l'incompatibilità, ove la partecipazione del giudice al primo processo abbia riguardato il *quantum* e non l'*an* e Cass. 17 gennaio 2003, n. 601 che esclude l'incompatibilità quando le cause siano diverse in relazione agli elementi distintivi della domanda, con particolare riguardo al *petitum* e alla *causa petendi*.

⁵³ Corte Cost. ord. 5 aprile 2016, n. 72; Corte Cost. 22 dicembre 2015, n. 275 Corte Cost. 13 maggio 2015, n. 78, *cit.*; Corte Cost. ord. 16 luglio 2014, n. 205. Si tratta di pronunce che si allontanano dalla precedente decisione sull'art. 28 St. Lav. resa da Corte Cost. 15 ottobre 1999, n. 387 più volte citata.

⁵⁴ Cass. 16 aprile 2015, n. 7782; Cass. 17 febbraio 2015, n. 3136. Si vedano nello stesso senso le pronunce di merito del Trib. Milano 11 ottobre 2013 e 11 aprile 2013 e del Trib. Monza, 25 luglio 2013.

⁵⁵ In tal senso Cass. 27 maggio 2009, n. 12263; Cass. 8 aprile 2003, n. 5510; Cass. 20 novembre 2002, n. 16343.

Da ultimo, occorre fare brevi cenni alle possibili incompatibilità ai sensi dell'art. 51 comma 1 n. 4 c.p.c. nel campo della crisi di impresa, con la precisazione che si tratta per lo più di orientamenti interpretativi della giurisprudenza relativi al periodo antecedente all'entrata in vigore del Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza introdotto con il d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14.

Si affermava che il giudice delegato non potesse decidere i giudizi che avesse egli stesso autorizzato⁵⁶, perché non sarebbe stato più terzo, dando vita ad una violazione dell'art. 111 comma 2 Cost.⁵⁷; inoltre si affermava che il giudice delegato non potesse far parte del collegio che doveva decidere del reclamo avverso i suoi atti⁵⁸.

Seguendo anche in tale ambito la tendenza restrittiva, la giurisprudenza di legittimità escludeva che vi fosse incompatibilità per la decisione sul ricorso di fallimento per il giudice che avesse trasmesso precedentemente gli atti al pubblico ministero per valutare la possibilità di proporre la relativa istanza⁵⁹, che il giudice componente il collegio del tribunale che aveva rigettato un'istanza di fallimento dovesse astenersi dalla partecipazione al giudizio di opposizione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, successivamente emessa in danno del medesimo debitore⁶⁰ ed ancora che, pur configurandosi una ipotesi di astensione obbligatoria, non fosse affetta da nullità la decisione sulla opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento emanata dallo stesso collegio che aveva provveduto a dichiarare il fallimento⁶¹.

⁵⁶ Cfr. Corte Cost., 6 novembre 1998, n. 363; Cass. 16 maggio 2017, n. 12066; Cass. 9 luglio 2005, n. 14471; Cass. 4 gennaio 2001, n. 70.

⁵⁷ Sul punto, si veda ancora per tutti L. DITTRICH, *L'astensione e la ricsuzione del giudice*, op. cit., p. 541.

⁵⁸ Corte Cost., 6 novembre 1998, n. 363 cit.; Corte Cost., 7 novembre 1997, n. 326, cit. Per la giurisprudenza di legittimità, Cass. 9 luglio 2005, 14471; Cass. 25 gennaio 2001, n. 1072; Cass. 4 gennaio 2001, n. 70; Cass., 4 novembre 1997, n. 10778.

⁵⁹ Cass. 13 marzo 2015, n. 5098.

⁶⁰ Si veda Cass. 19 settembre 2000, n. 12410; Cass. 23 ottobre 1998, n. 10527 e le più risalenti pronunce Cass. 20 febbraio 1978, n. 801; Cass. 30 marzo 1977, n. 1221.

⁶¹ Cass. 8 febbraio 2016, n. 2399; Cass. 5 maggio 2010, n. 10900, secondo cui in realtà l'incompatibilità sussisteva, ma doveva essere fatta valere con rituale e tempestiva istanza di ricsuzione. Si veda anche la più recente Cass. ord. 10 febbraio 2022, n. 4345 secondo cui *"Il giudice che abbia autorizzato il ricorso per la dichiarazione di fallimento non può, in quanto incompatibile, prendere parte alla decisione del ricorso suddetto ed ha un obbligo di astensione, la cui violazione però, può essere fatta valere dalla parte unicamente con l'istanza di ricsuzione nei modi e termini di cui all'art. 52 cod. proc. civ. e non, tranne che per l'ipotesi di interesse diretto del giudice nella causa, come motivo di nullità della sentenza"*.

Quanto al rapporto tra giudice delegato e giudice del collegio chiamato a decidere l'opposizione allo stato passivo, l'art. 99 comma 10 l.f. negava espressamente la possibilità per il giudice delegato di far parte del collegio adito per le impugnazioni contro lo stato passivo⁶² e la giurisprudenza si era pronunciata in senso confermativo⁶³.

La soluzione restrittiva espressa dalla giurisprudenza di legittimità in ordine alla nozione "*altro grado del processo*" adottata dalla pronuncia in commento per supportare l'esclusione dell'incompatibilità dell'estensore della proposta non pare allora del tutto convincente.

Diversamente, è una lettura più ampia della nozione di alterità del grado estesa al punto di ricomprendere "*un'altra fase del giudizio*"⁶⁴ e, dunque, non limitata al solo significato letterale di "grado", ad essere più rispondente alla soluzione della fattispecie rimessa, tenuto anche conto anche delle molteplici criticità emerse in seno al procedimento regolato dall'art. 380-bis c.p.c.

A supporto di questa opzione, vanno richiamate in primo luogo le osservazioni profuse nel paragrafo che precede ed in particolar modo l'essenza di vera e propria decisione della proposta sintetica che dimostra come l'estensore effettui nella fase accelerata una vera e propria pre-cognizione in funzione della decisione di rigetto: egli nelle ipotesi delineate

⁶² Anteriormente all'entrata in vigore della norma, va ricordato che la Corte Costituzionale aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa agli artt. 51 e 99 l.f. nella parte in cui permettevano al giudice delegato di svolgere le funzioni di giudice istruttore nei giudizi di opposizione allo stato passivo, sul presupposto che la cognizione nella formazione dello stato passivo fosse sommaria e, dunque, differente da quella del giudizio di opposizione caratterizzato dalla cognizione piena. Così Corte Cost. 19 marzo 2002 n. 75; Corte Cost. 28 maggio 2001, n. 167; Corte Cost. ord. 18 luglio 1998, n. 304. Successivamente, la Corte Costituzionale con la pronuncia del 23 dicembre 2005, n. 460, *cit.* aveva avuto modo di chiarire che l'obbligo di astensione sussisteva oltre che per i processi di impugnazione, anche per quelli bifasici in cui la fase sommaria è deformalizzata e si chiude con un provvedimento tendenzialmente stabile.

⁶³ Si vedano ad esempio Cass. ord. 16 maggio 2018, n. 12044 secondo cui "*in tema di fallimento, l'incompatibilità del giudice delegato, che ha pronunciato il decreto di esecutività dello stato passivo, a far parte del collegio chiamato a decidere sulla conseguente opposizione, non determina una nullità deducibile in sede di impugnazione, in quanto tale incompatibilità, non escludendo la "potestas iudicandi" del predetto giudice, quale magistrato addetto al tribunale che dell'impugnazione stessa è il giudice naturale, può dar luogo soltanto all'esercizio del potere di ricusazione, che la parte interessata ha l'onere di far valere, in caso di mancata astensione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 52 c.p.c.*" e nello stesso senso, anche Cass. 15 aprile 2019, n. 10492 e Cass. 4 dicembre 2015, n. 24718, con nota di P. Bertolini, *L'incompatibilità del giudice delegato nel giudizio di opposizione allo stato passivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1317 ss. *Contra*, la più datata Cass. 15 marzo 2001, n. 3753 secondo cui "*a partecipazione del giudice delegato, in qualità di relatore, al collegio del tribunale fallimentare che decida in sede di opposizione allo stato passivo trova il suo fondamento nel principio, tipico delle procedure concorsuali, di concentrazione processuale, e nella sua particolare posizione di garante della rapidità delle fasi processuali per la continuità della sua conoscenza su fatti, rapporti, situazioni, richieste e mutazioni soggettive ed oggettive della procedura. Tale partecipazione non implica, pertanto, alcuna violazione dell'obbligo di astensione previsto dall'art. 51 n. 4 c.p.c., e non integra, nemmeno in astratto, gli estremi della situazione di incompatibilità che ne potrebbe legittimare la ricusazione*".

⁶⁴ Per tutti G. SCARSELLI, *Terzietà del giudice e processo civile*, in *Foro it.*, 1996, I, 3636 ss.

dall'art. 380-*bis* c.p.c. decide il ricorso, ove questo sia inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato.

In altri termini, pare difficile credere che l'estensore non dia vita ad una vera e propria anticipazione del giudizio che sarà poi reiterata dinanzi al Collegio e che questi si liberi dal vincolo (anche psicologico) creato dalla precedente decisione.

Allo stesso modo, pare altrettanto difficile ipotizzare che il Collegio investito della decisione in seguito all'istanza della parte insoddisfatta della proposta sintetica di definizione non torni sulla medesima *res iudicanda* già esaminata nella fase accelerata governata dal solo estensore la proposta e che sia del tutto indifferente ed immune da quella tendenza a ripercorrere l'itinerario logico già seguito nella precedente fase dal solo estensore.

A riprova di quanto osservato, soccorre anche la disciplina delle possibili sanzioni applicabili alla parte che abbia perseverato nella richiesta di decisione.

Si prevede che, ove la decisione del Collegio sia conforme a quella della proposta sintetica, la Corte applica il terzo e quarto comma dell'articolo 96 c.p.c.

Da tale previsione si ricava, potendo il Collegio conformarsi al contenuto della proposta sintetica (salva, comunque l'ovvia ipotesi che la decisione Collegiale possa avere ogni possibile esito), che lo stesso tonerà nuovamente sulla medesima *res iudicanda* oggetto di decisione del solo estensore della proposta, con un approccio di *revisio prioris instantiae* senza che vi sia l'apporto di nuovo materiale probatorio. Ciò è peraltro confermato anche dalla previsione dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c. che autorizza il deposito di sole memorie sintetiche illustrative che naturalmente alcuna aggiunta possono apportare in vista della (nuova) decisione⁶⁵.

Pur non volendo attribuire massima portata agli argomenti esposti, la conclusione nel senso dell'incompatibilità dell'estensore della proposta troverebbe un solidissimo fondamento anche nei requisiti più volte indicati dalla Corte Costituzionale che, avallando una interpretazione non letterale della norma, ha letto l'espressione "*altro grado*" come "*altra fase*" del processo, in modo da poter applicare l'ipotesi normativa, in senso più ampio e soprattutto a tutti i casi in cui il giudice sia chiamato a reiterare una decisione sulla medesima *res iudicanda*.

In tal modo, verrebbe sterilizzata quella pre-cognizione che determina l'incompatibilità del giudice con il conseguente dovere di astenersi per non essere terzo ed imparziale.

A più riprese, la Consulta ha esemplificato quelle condizioni che generano l'incompatibilità per la pre-cognizione e cioè che: a) le preesistenti valutazioni cadano sulla medesima *res iudicanda*; b) che il giudice sia stato chiamato a compiere una valutazione e non abbia avuto

⁶⁵ In tale ultimo senso per tutti R. TISCINI, *Procedimento in cassazione per la decisione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite*, op. cit.

semplice conoscenza di atti compiuti anteriormente compiuti, strumentali all'assunzione della decisione; c) che la decisione abbia natura non meramente formale ma comporti valutazioni sul merito; d) che la precedente valutazione del giudice si collochi in una diversa fase del procedimento⁶⁶.

Queste clausole sembrerebbero tutte ricorrere anche nella fattispecie rimessa, sicchè sarebbe stato possibile risolvere la questione in senso diverso affermando, l'incompatibilità dell'estensore della proposta sintetica di definizione che, anticipando il proprio convincimento, risulterebbe privo della necessaria imparzialità e terzietà, qualora facesse parte del Collegio investito della decisione e, ancor di più, ove assumesse la funzione di relatore.

Del resto, pur considerando che l'art. 380-*bis* c.p.c. nulla espressamente prevede in un senso o nell'altro, la tendenza di elevare la soglia di attenzione al fine di preservare al massimo il valore di imparzialità e terzietà del giudicante si percepisce anche in alcune recenti scelte del legislatore ed è ormai sedimentata nella giurisprudenza costituzionale.

Quanto al primo profilo, viene in rilievo l'art. 739 c.p.c. come modificato dalla riforma Cartabia secondo cui contro i decreti del giudice tutelare è ammesso il reclamo al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha emesso il provvedimento reclamato, ma soprattutto la disciplina delle ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto della domanda di cui agli articoli 183 *ter* e 183 *quater* c.p.c. per la quale l'ordinanza di accoglimento è reclamabile e nell'ipotesi di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue innanzi a un magistrato diverso da quello che ha emesso l'ordinanza.

E' proprio in rapporto alla previsione introdotta per le due nuove ordinanze definitive (argomento, peraltro, citato anche dal Decreto di rimessione alle Sezioni Unite) che si mostra ancor più inappagante la soluzione della Suprema Corte.

Ed infatti, se a cospetto dell'accoglimento del reclamo avverso le ordinanze definitive il legislatore ha previsto che il giudizio debba proseguire dinanzi ad un diverso giudicante, per evitare l'incidenza della prevenzione, mostrandosi così particolarmente sensibile anche in relazione a provvedimenti inidonei ad acquisire forza di giudicato, la scelta del silenzio nell'art. 380-*bis* c.p.c. e poi dell'esclusione dell'incompatibilità sancita dalle Sezioni Unite appare in (decisa) controtendenza, attesa la capacità della proposta di definizione accelerata di chiudere il giudizio di legittimità, provocando il passaggio in giudicato della sentenza impugnata che naturalmente incide in modo definitivo sulla posizione soggettiva della parti.

⁶⁶ Per tutte la pronuncia più volte citata Corte Cost. 15 ottobre 1999, n. 387 seguita da pronunce più recenti richiamate peraltro anche nella pronuncia in commento, ovvero Corte Cost., 27 luglio 2023, n. 172 *cit.*; Corte Cost., 10 marzo 2022, n. 64 *cit.*; Corte Cost., 21 gennaio 2022, n. 16, *cit.*; Corte Cost., 18 gennaio 2022, n. 7 *cit.*; Corte Cost., 29 marzo 2019, n. 66, *cit.*; Corte Cost., 09 luglio 2013, n. 183, *cit.*

Quanto al secondo profilo, e ferma la giurisprudenza costituzionale già ampiamente ricordata, va osservato come il Giudice delle Leggi abbia recentemente dichiarato illegittimo l'art. 630 comma 3 c.p.c., per contrasto con il principio della terzietà del giudice, nella parte in cui non esclude che del collegio investito del reclamo avverso l'ordinanza di estinzione del processo esecutivo faccia parte il giudice che pronunciato l'ordinanza di estinzione⁶⁷.

In conclusione, pare ragionevole sostenere che, non solo la conoscenza della causa in altro grado del giudizio, ma anche quella in altra fase dello stesso, integri un pre-giudizio tale da comprimere notevolmente l'imparzialità e la terzietà del giudice, compromettendo così il diritto delle parti ad un giusto processo che si svolga in contraddittorio e soprattutto davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

5. Osservazioni conclusive.

Il principio di diritto espresso dalla Sezioni Unite che esclude il pregiudizio all'imparzialità e alla terzietà nel caso in cui l'estensore della proposta di definizione accelerata partecipi al Collegio della decisione desta, dunque, una certa perplessità.

Invero, le argomentazioni esposte nei paragrafi 3 e 4 per le quali pare possibile affermare che via sia autonomia tra il procedimento di definizione accelerata e quello della eventuale decisione camerale, che la proposta sintetica abbia i caratteri di vera e propria decisione, unitamente ad un'interpretazione estensiva dell'ipotesi di incompatibilità del giudice per aver conosciuto la causa in *"altro grado del processo"*, tale da ricomprendervi anche l'espressione *"altra fase del processo"*, ben avrebbero potuto condurre ad una decisione differente, volta ad affermare l'incompatibilità dell'estensore alla partecipazione al Collegio della decisione.

Una conclusione in tal senso pare potersi reggere anche osservando la direzione intrapresa dal legislatore dell'ultima riforma del processo civile e il recente intervento della Consulta sull'art. 630 comma 3 c.p.c. che avrebbe anche potuto contribuire a mitigare i forti dubbi di costituzionalità che aleggiavano sul procedimento di cui all'art. 380-bis c.p.c.

Al riguardo, molteplici sono i profili di preoccupazione di ordine costituzionale che incombono su tale procedimento.

Si parte dal possibile eccesso di delega in relazione all'art. 76 Cost., dal momento che i criteri posti dalla legge del 21 novembre, n. 206 non prevedevano alcun riferimento alle sanzioni applicabili alla parte che avesse chiesto la decisione, nonostante la proposta sintetica di rigetto, ed alla necessità di una nuova procura speciale per richiedere la decisione collegiale⁶⁸,

⁶⁷ Corte Cost., 17 marzo 2023, n. 45, cit., peraltro anche dalla pronuncia in commento.

⁶⁸ Sul punto, si veda A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206, op. cit, p. 123

per arrivare alla possibile incompatibilità con gli articoli 25, 108 e 111 della Costituzione, posto che la decisione di rigetto secondo il modello di cui all'art. 380-*bis* c.p.c. non proverrebbe dal giudice naturale, ovvero la Corte di Cassazione che, ai sensi dell'art. 67 ord. giud., giudica sempre con un numero invariabile di 5 votanti, bensì dal giudice singolo.

La proposta sintetica di definizione, inoltre, essendo possibile fonte delle sanzioni indicate dall'art. 380-*bis* c.p.c. attraverso il richiamo all'art. 96 comma terzo e quarto c.p.c. può apparire di dubbia legittimità costituzionale con riguardo agli articoli 3, 24 comma 1 e 111 comma 7 Cost.⁶⁹

Ma non è ancora tutto, poiché la maggiore preoccupazione in ordine alla tenuta costituzionale della norma riguarda proprio la compatibilità con l'art. 111 comma 2 Cost.: la partecipazione al collegio giudicante della Suprema Corte dell'estensore della proposta sintetica di rigetto del ricorso per inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza finisce per pregiudicare la terzietà ed imparzialità del giudice⁷⁰, inevitabilmente legato alla (sua) pre-cognizione della decisione accelerata, da un vincolo che si mostra davvero difficile da recidere.

Un ultimo rilievo prima della chiusura va svolto osservando che dalla lettura della sentenza sembrerebbe che i ricorrenti si siano meramente limitati a contestare la partecipazione al Collegio dell'estensore della proposta sintetica, senza procedere nelle forme previste dal Codice di rito.

Al riguardo, è previsto che la parte che voglia contestare la mancata astensione del giudice in una delle ipotesi dell'art. 51 c.p.c. ricorra ad un procedimento incidentale rivolto al presidente del tribunale, ove l'istanza sia relativa al giudice di pace o al collegio del tribunale, della corte di appello e della Corte di Cassazione, ove riguardi uno dei componenti del collegio⁷¹.

Il procedimento si conclude con un'ordinanza non impugnabile con cui viene nominato il giudice in sostituzione, ovvero in caso di inammissibilità o rigetto dell'istanza, l'ordinanza provvede sulle spese e può condannare ad una pena pecuniaria non superiore ad € 250,00.

Dalla pronuncia in commento, il suddetto procedimento non pare essere stato attivato, essendosi i ricorrenti limitati a contestare solo genericamente, la partecipazione dell'estensore al collegio e probabilmente, ove la questione non fosse stata ritenuta di particolare importanza e oggetto di rimessione, sarebbe stata per tale via alquanto agevolmente superata dalla Suprema Corte.

Per concludere e tenuto conto di tutti i profili di criticità del nuovo procedimento dell'art. 380-*bis* c.p.c. è auspicabile che *medio tempore*, in attesa di probabili rilievi di incostituzionalità

⁶⁹ In tal senso, ancora A. CARRATTA, *ibidem*.

⁷⁰ In tal senso, A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, op. cit., p. 680; C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di Cassazione*, op. cit., 474 ss.; B. CAPPONI, *Dei giudici monocratici in Cassazione*, in www.judicium.it.

⁷¹ Si veda per tutti, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 253 ss.

della norma e poi di un nuovo intervento del legislatore più in linea con ultime tendenze di salvaguardia dell'imparzialità e della terzietà del giudice (volto auspicabilmente ad introdurre nel corpo dell'art. 380-*bis* c.p.c. l'incompatibilità dell'estensore della proposta a partecipare al Collegio della decisione) la Suprema Corte, in via puramente organizzativa, possa adottare criteri tabellari che contemplino l'esclusione dal Collegio decidente del Presidente di Sezione o del consigliere da questo delegato che abbia formulato la proposta sintetica di definizione del giudizio⁷², al fine garantire integralmente l'imprescindibile valore dell'imparzialità e della terzietà del giudicante.

Fabio Savino

Ricercatore dell'Università degli studi di Napoli – Parthenope

⁷² In tale senso, A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, op. cit., p. 680 e 681. Analogamente R. TISCINI, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite*, op. cit., secondo cui "l'assegnazione del consigliere che ha formulato la proposta al collegio che poi deve rendere la decisione camerale è problema di organizzazione interna alla Corte; problema, quindi, che quest'ultima può risolvere per via interpretativa autoimponendosi regole che prevedano l'alterità...". Da ultimo, si veda la prospettiva critica di F. AULETTA, in *Giudizio di legittimità e ruolo della Procura generale della Corte di cassazione (Per una diversa ambiguità del vertice)*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* e consultato per gentile concessione dell'Autore, il quale riflettendo sull'assetto complessivo della funzione giurisdizionale si sofferma sul profilo che "delinea il contorno della Corte di cassazione non più come organo soltanto di impugnazione, ma anche quale giudice di unica istanza" e, con riguardo, al procedimento per la definizione accelerata sottolinea che "il pr.g. pur essendo organo della Corte, se può forse accettarsi che venga naturalmente diminuito nella capacità di esprimersi per il modo in cui la Corte sceglie di decidere..., di contro non è accettabile che stabilmente rimanga pretermesso dal se decidere, cioè da quella funzione che, esprimendo l'immanente potere spettante all'istanza estrema di selezionare quanto esporre al giudizio ultimo, si svolge adesso fino a impedire tout court l'esercizio di qualsivoglia prerogativa del pr.g.". Secondo lo Studioso, allora, si potrebbe ipotizzare "di trasferire a quell'agente della Repubblica che il pr.g. il potere di selezione, aggiornando lo schema una volta proposto da A. Proto Pisani" che "aveva già avanzato l'idea dell'affidamento ai magistrati della procura generale assegnati al servizio civile del compito di selezione preliminare dei ricorsi in chiave nomofilattica, subordinando la praticabilità della proposta alla ridefinizione in aumento dell'organico dell'ufficio requirente". In conclusione, per l'Autore "il proposito di una dialettica interna alla Corte suprema, con garanzie di reciproca alterità e indipendenza nella formulazione della proposta per la definizione accelerata da parte del pr.g. e nella adozione della eventuale decisione del Collegio, che – nonostante tutto – sia ancora perseguita dalla parte, si profila meritevole di essere coltivato oltre gli agi propri di un mero auspicio...".

INDICE

Saggi

MATTEO ZAMBELLI

L'ONERE DELLA PROVA COME CHIAVE DI LETTURA DEL PROCESSO CIVILE INGLESE E STATUNITENSE..... 644

PASQUALE MAZZA

LA DIRETTIVA UE 1069/2024 (MEGLIO NOTA COME ANTI-SLAPP): OVVERO, IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE AL SERVIZIO DELLA "PARTECIPAZIONE PUBBLICA". UN COMMENTO A PRIMA LETTURA 680

MAURA LOSPALLUTI

PROROGA TACITA E DOMANDA RICONVENZIONALE NEL REGOLAMENTO BRUXELLES I BIS 696

GIORGIO GIUSEPPE POLI

VIZI DEL DEPOSITO TELEMATICO E DECADENZE PROCESSUALI: LA VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA TECNICA, TRA IRREGOLARITÀ E RIMESSIONE IN TERMINI..... 728

GIOVANNI LEONE

ANCORA SULLA LOTTA TRA FORMALISMO E PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA. È AMMISSIBILE LA FORMAZIONE DI UN SECONDO ORIGINALE CONTENENTE LE SUCCESSIVE NOTIFICHE DEL RICORSO INTRODUTTIVO EFFETTUATE DOPO IL DEPOSITO DEL PRIMO ORIGINALE? 748

GUIDOMARIA DE CESARE

ANCORA SULLA LOTTA TRA FORMALISMO E PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA. È AMMISSIBILE LA FORMAZIONE DI UN SECONDO ORIGINALE CONTENENTE LE SUCCESSIVE NOTIFICHE DEL RICORSO INTRODUTTIVO EFFETTUATE DOPO IL DEPOSITO DEL PRIMO ORIGINALE? 762

PIETRO FRANZINA

IL RINVIO AI CRITERI DI GIURISDIZIONE DELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES: LE SEZIONI UNITE PONGONO FINE A UNA LUNGA STAGIONE DI INCERTEZZA 778

Speciale Riforma

ENRICO FANESI

LA TRATTAZIONE E DECISIONE DELLE DOMANDE CONNESSE E RICONVENZIONALI NELLE CONTROVERSIE AVENTI AD OGGETTO L'IMPUGNAZIONE DEI LICENZIAMENTI NEL NUOVO ART. 441 BIS C.P.C. 711

Note a sentenza

FABIO SAVINO

LE SEZIONI UNITE ESCLUDONO L'INCOMPATIBILITÀ DELL'ESTENSORE DELLA PROPOSTA DI DEFINIZIONE ACCELERATA: UNA SOLUZIONE CHE DESTA PERPLESSITÀ PER LA PECULIARITÀ DEL NUOVO RITO E PER LE POSSIBILI CRITICITÀ DI ORDINE COSTITUZIONALE 817

Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo, salvo diversamente specificato, sono stati sottoposti a blind peer review, secondo il procedimento descritto nella Rivista, sub Referaggio.