

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: Dottoressa Valentina Capasso
Dottore Fabrizio De Vita
Dottore Luigi Rosario Luongo
Dottore Pasquale Mazza
Dottoressa Federica Pinto
Dottoressa Antonella Raganati
Professoressa Paola Chiara Ruggieri



CARMINE GUERRA

Riflessioni su produzione documentale e principio del contraddittorio

L'a. esamina il rapporto tra le modalità di produzione dei documenti e il principio del contraddittorio, soprattutto alla luce della digitalizzazione e delle esigenze di razionalizzazione del processo civile.

The author studies the relationship between the methods of production of documents and the adversarial principle, especially considering the digitalisation and the need for rationalization of civil proceedings.

Sommario: 1. L'elaborazione giurisprudenziale in tema di validità della produzione documentale – 2. L'incidenza del processo civile telematico – 3. Produzione documentale e ordine processuale – 4. Produzione documentale e indicazione dello scopo del documento

1. L'elaborazione giurisprudenziale in tema di validità della produzione documentale

Le modalità di acquisizione dei documenti regolate dagli artt. 74 e 87 disp. att. c.p.c. sono come noto funzionali a tutelare il contraddittorio e garantire il diritto di difesa della parte contro cui la produzione ha luogo¹.

La giurisprudenza ha diffusamente richiamato i principi in materia di nullità degli atti processuali per vagliare la validità della produzione documentale eseguita dalle parti. Del resto, l'esercizio dei poteri processuali non si traduce necessariamente nella redazione di atti materiali, potendo invece risolversi nel compimento di attività che, ove realizzate in difformità delle regole processuali, sono soggette alla sanzione della nullità².

Se il fine delle norme che disciplinano la produzione documentale è in special modo la tutela del diritto di difesa delle parti, è fisiologico determinare la validità di tale attività sulla base del

¹ Sia la certificazione ad opera del cancelliere, mediante sottoscrizione dell'indice del fascicolo all'atto della costituzione, sia la comunicazione o la verbalizzazione della produzione documentale, avvenute in un momento successivo alla costituzione in giudizio, intendono mettere a disposizione della controparte i documenti prodotti, in modo tale che quest'ultima possa compiutamente difendersi: cfr. per tutte Cass. 22 aprile 2010, n. 9545.

² N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Napoli, 2020, p. 361. Nel testo si accoglie, pertanto, una nozione ampia di atto processuale, comprensiva di ogni atto attraverso cui viene realizzata la tutela giurisdizionale dei diritti, e nello specifico, dal punto di vista delle parti, inclusiva di ogni atto attraverso cui viene esercitato il potere di azione. In questo senso cfr. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, p. 137 ss.; Id., *Commento all'art. 156*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013, p. 1865. Recentemente, per l'affermazione che nel sistema del processo telematico l'attività di deposito di un atto processuale «vada sussunta entro la categoria degli atti processuali e, in particolare, tra quelli a forma vincolata», cfr. G.G. POLI, *Vizi del deposito telematico e decadenze processuali: la violazione della disciplina tecnica, tra irregolarità e rimessione in termini*, in questa Rivista, 2024, p. 732.

raggiungimento o meno dello scopo e dunque dell'effettiva conoscenza, o della ragionevole conoscibilità, del documento prodotto irritualmente³.

Nello sforzo di precisare gli indici da cui presumere la conoscenza del documento si è pertanto mossa la giurisprudenza, nel comprensibile tentativo di bilanciare istanze meramente formalistiche e reali esigenze di salvaguardia del contraddittorio tra le parti.

In questa prospettiva, richiamando in via di estrema sintesi i più rilevanti esiti interpretativi a cui è pervenuta la prassi, si è affermato che, affinché i documenti prodotti erroneamente risultino inutilizzabili, è necessario che la controparte non abbia accettato, sia pure implicitamente, il deposito della documentazione⁴.

Ciò avviene principalmente quando la parte contro la quale la produzione è avvenuta contesti la validità o l'efficacia del documento irritualmente depositato, dimostrando in questo modo di aver ricevuto comunque diretta contezza di esso⁵.

Più controversa è invece l'ipotesi in cui la parte non contesti il contenuto o la forza probatoria dei documenti irritualmente prodotti (autorizzando l'interprete a stimare raggiunto lo scopo), a maggior ragione ove si predichi la natura relativa dei vizi afferenti alle modalità di produzione, in tesi dettate nell'interesse delle parti⁶. In proposito, le pronunce più accorte hanno negato l'esistenza di un generico dovere della parte di attivarsi per censurare il deposito irrituale nella prima difesa successiva alla produzione, facendo correttamente decorrere il termine di reazione alla nullità relativa in argomento dalla notizia della produzione irrituale. In altri termini, il silenzio serbato sul documento irritualmente prodotto *ex adverso* non può valere quale accettazione del contraddittorio⁷: è necessario che una traccia del documento

³ Il concetto di conoscibilità non può ovviamente essere esasperato, giacché altrimenti dovrebbe argomentarsi che ogni documento prodotto in giudizio, a prescindere dal rispetto delle formalità previste, è di per sé conoscibile.

⁴ La produzione irrituale, non rispettosa delle modalità prescritte, preclude la possibilità di esaminare i documenti. Cfr. *ex multis* Cass. 9 marzo 2010, n. 5671; Cass. 30 maggio 1997, n. 4822, per la quale la contumacia della controparte non esonera colui che produce il documento dal farlo in modo rituale; Cass. 15 giugno 1984, n. 3592; Cass. 5 giugno 1981, n. 3636.

⁵ Cass. 13 febbraio 2002, n. 2076; Cass. 5 luglio 2001, n. 9077; Cass. 18 aprile 1995, n. 4333, ove si contestava che il documento prodotto fosse una fotocopia anziché l'originale; Cass. 13 gennaio 1994, n. 295. Nella giurisprudenza di merito, App. Genova 30 agosto 2005, per la quale nel caso in cui un documento, nella specie una perizia di parte, sia prodotto in modo irrituale, tale irritalità deve ritenersi sanata allorquando l'altra parte abbia dissertato su di esso, poiché sulla produzione si è realizzato il contraddittorio che sana l'inosservanza della formalità.

⁶ Cfr. *ex plurimis* Cass. 21 settembre 2004, n. 18913; Cass. 30 gennaio 1987, n. 896; Cass. 13 novembre 1984, n. 5722.

⁷ In tal senso, correttamente, Cass. 19 luglio 2005, n. 15189. La scelta di considerare rilevante soltanto il silenzio consapevole non è revocabile in dubbio. Diversamente, vale a dire ritenendo che il silenzio della parte sia sempre sufficiente ad escludere un vizio di produzione, s'istituirebbe un dovere di diligenza perpetuo (e perlomeno singolare) a carico della controparte di chi, certamente in modo non diligente, ha effettuato un deposito irrituale. Anche alla dottrina che si è soffermata sull'argomento non è parso corretto stabilire un onere di sollevare l'eccezione nella prima udienza successiva al deposito irrituale. Come osservato da A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, Milano, 1992, p. 204, «se la produzione è stata fatta in cancelleria, si dovrebbe credere all'esistenza di un onere della parte di controllare, giorno per

resti impressa nel processo per poterne presumere la conoscenza. Gli indicatori idonei a notificare la parte dell'avvenuta produzione (irrituale) possono essere i più vari: la giurisprudenza ha ritenuto esigibile un obbligo di diligenza nel caso in cui un richiamo al documento mal prodotto sia contenuto nella relazione del consulente tecnico d'ufficio, negli allegati a tale relazione⁸ oppure nei successivi atti processuali depositati dalla controparte⁹. Così ragionando, la produzione documentale in violazione delle norme che la disciplinano risulterebbe sanata in conseguenza del sopraggiungere di circostanze idonee, nel concreto dispiegarsi del processo, ad informare la controparte attenta agli atti e documenti regolarmente acquisiti¹⁰.

2. L'incidenza del processo civile telematico

La definitiva e universale consacrazione del processo civile telematico – e la correlata introduzione dell'obbligatorietà ad ogni latitudine del deposito telematico degli atti processuali e dei documenti (art. 196-*quater* disp. att. c.p.c.) – è destinata a inibire la rilevanza pratica dell'elaborazione giurisprudenziale evocata e a ridimensionare significativamente le

giorno, il contenuto del fascicolo avversario; se invece è avvenuta in udienza, senza menzione nel verbale, si tratta di un fenomeno diverso che, quanto alla mancata menzione, va ricondotto al problema di un difetto materiale, correggibile, di verbalizzazione oppure di efficacia insuperabile e non ampliabile dell'attività certificativa del cancelliere; e quanto agli effetti pratici di una produzione obliterata per errore materiale nelle descrizioni del verbale d'udienza, ma effettivamente compiuta in presenza del controinteressato, l'argomento è da riferire alla diversa sanatoria per conseguito scopo»: «se il documento è stato messo a disposizione del giudice e della controparte, non è questione di eccezioni e decadenze; se non lo è stato, nessun silenzio può sanare una nullità non sanata dal conseguimento del fine, in pregiudizio di colui che tace, perché nulla sa di dover dire».

⁸ Così Cass. 28 giugno 1986, n. 4313.

⁹ In questo senso Cass. 29 maggio 2019, n. 14661, che ha ritenuto sanata l'irrituale produzione di un documento richiamato nella comparsa conclusionale, non avendo la controparte «eccepito l'irritualità della produzione a mente dell'art. 157 c.p.c., comma 2, ovvero nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso – e più esattamente nella memoria di replica prevista dall'art. 190 c.p.c.». Di conseguenza, ha concluso la Suprema Corte, l'*error in procedendo* non è deducibile come motivo di appello della decisione che abbia utilizzato il documento irritualmente prodotto.

¹⁰ La giurisprudenza sovente ha utilizzato, per designare i casi di produzione irrituale, il termine «irregolarità», in modo – è da ritenersi – assolutamente improprio. Per converso, può dirsi che la produzione rituale è requisito formale indispensabile al raggiungimento dello scopo, *id est* rendere possibile la conoscenza del documento alle altre parti (si v. Cass. 25 giugno 1983, n. 4374). Soltanto il sopraggiungere di un comportamento della controparte (la suddetta accettazione del contraddittorio oppure la conoscenza del documento cui non segua l'immediata eccezione di nullità della produzione) consente la sanatoria del vizio (Cass. 9 marzo 2010, n. 5671; Cass. 21 settembre 2004, n. 18913; Cass. 30 maggio 1997, n. 4822; Cass. 15 giugno 1984, n. 3592; Cass. 30 dicembre 1981, n. 6779; nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano 17 novembre 2011). In ugual senso A. LEVONI, *op. loc. cit.*, per il quale «anche se manca l'espressa comminatoria, la violazione del comando legale rappresenta qui un vizio che va ben oltre la semplice irregolarità formale priva di conseguenze invalidanti». Dunque, prosegue l'a., la produzione irrituale non è astrattamente idonea a notificare la controparte; ciò non toglie che, allorché il comportamento di quest'ultima o specifiche circostanze processuali evidenzino l'avvenuta conoscenza, lo scopo possa dirsi in concreto raggiunto ex art. 156, comma 3, c.p.c.

discussioni sorte in passato in relazione alla ritualità (e dunque validità) dell'attività di produzione.

Appare determinante in questa direzione la circostanza che le modalità di produzione imposte dalla digitalizzazione del processo civile rendono ormai difficilmente contestabile l'esatta ricostruzione del contenuto del fascicolo telematico (così come del momento del deposito), offrendo indubbie garanzie circa l'impossibilità di sottrazione o alterazione dei documenti offerti in comunicazione¹¹.

E infatti – nonostante il d.lgs. n. 149/2022 abbia lasciato inalterato l'art. 74 disp. att. c.p.c., e in particolare l'ultimo comma, a tenore del quale «il cancelliere, dopo aver controllato la regolarità anche fiscale degli atti e dei documenti, sottoscrive l'indice del fascicolo ogni volta che viene inserito in esso un atto o documento» – le modalità di trasmissione telematica non necessitano evidentemente del visto del cancelliere¹², che potrà conservare utilità in ipotesi residuali¹³.

¹¹ Cfr. M.C. VANZ, *L'onere di (ri)produzione documentale: esigenze di speditezza processuale e nuove tecnologie digitali*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1244 ss.: «una volta inseriti i documenti, operazione che la parte non può più modificare di propria iniziativa, viene meno il rischio che essi non possano essere più rinvenuti nel prosieguo del giudizio o non corrispondere a quelli inseriti dalla parte che li ha prodotti. La parte, una volta prodotti telematicamente i documenti, non può più ritirarli, ma solo estrarre copie o duplicati informatici».

¹² Per la non applicabilità della disposizione ai depositi telematici cfr. di recente Cass. 29 febbraio 2024, n. 5420. L'art. 74 disp. att. c.p.c. riserva al solo cancelliere il potere di certificare (fino a querela di falso: cfr. *ex multis* Cass. 7 aprile 2006, n. 8217), con la sua sottoscrizione, l'effettiva presenza nel fascicolo di parte dei documenti elencati nell'indice. Deve escludersi la possibilità di attribuire un analogo effetto certificativo alla sottoscrizione dell'indice da parte del difensore (Cass. 20 aprile 1996, n. 3778). La potestà certificatoria in discussione non può oggi dirsi implicita nell'accettazione del deposito informatico. In proposito cfr. Cass. 11 ottobre 2023, n. 28403, per la quale il cancelliere «accettando informaticamente l'atto di parte che pur si concluda con un elenco di altri atti che essa vuol depositare, non attribuisce ... alcuna attestazione di immediata esistenza nel fascicolo a quegli stessi atti»; pertanto, il «valore *lato sensu* certificatorio dell'attività del cancelliere ... appare irreversibilmente incrinato dalla utilizzazione, operata dalla parte, della costituzione mediante atto informatico, poiché il cancelliere – in occasione di tale operazione – non procede ad alcuna sottoscrizione dell'indice del fascicolo di parte». Giova osservare che lo schema di decreto correttivo al d.lgs. n. 149/2022, approvato dal Consiglio dei ministri il 15 febbraio 2024, prevede, oltretutto, la riformulazione dell'art. 74 disp. att. c.p.c., la quale non contempla alcuna menzione al visto del cancelliere.

¹³ Come, ad esempio, per i documenti che non rispettano i formati previsti dalle specifiche tecniche del processo civile telematico. In questi casi diviene indispensabile per il difensore procedere con il deposito in cancelleria mediante supporto ottico (cd, dvd, chiavetta usb), avendo cura che il cancelliere dia contezza e comunicazione – come avviene nella prassi – di tale deposito nel fascicolo telematico. A partire dal 30 settembre 2024, data in cui entreranno in vigore le nuove specifiche tecniche per il processo telematico, il problema non riguarderà più il deposito telematico dei file multimediali, sia immagine che audio e video.

Non merita peraltro condivisione la prassi invalsa in alcuni tribunali di richiedere, prima dell'accettazione del deposito, una preventiva autorizzazione da parte del giudice istruttore. Infatti, non è configurabile un vaglio di ammissibilità preventivo e generalizzato all'acquisizione dei documenti (ferma la possibilità di valutare successivamente l'ammissibilità della produzione: in argomento, E. ALLORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, p. 867 ss.; F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*,

La riforma Cartabia è invece intervenuta sull'art. 87 disp. att. c.p.c., coordinando la norma alle esigenze del processo telematico. Sancito che i documenti offerti in comunicazione dalle parti dopo la costituzione sono prodotti mediante deposito telematico (e non più in cancelleria), la disposizione conferma la necessità di comunicare il relativo elenco alle altre parti nelle forme stabilite dall'art. 170, comma 4, c.p.c.¹⁴. La riforma è altresì intervenuta sulla seconda parte della disposizione, modificando le modalità di produzione dei documenti in udienza. La formulazione previgente contemplava la menzione nel verbale dei documenti prodotti; nell'attuale versione, invece, ove nel corso dell'udienza emerge la necessità di produrre documenti, «il giudice, su istanza di parte, può assegnare termine per il deposito degli stessi nel fascicolo informatico».

3. Produzione documentale e ordine processuale

Se l'incedere della giustizia digitale ha fatalmente eroso i termini della discussione relativa al rispetto dei dettami di cui agli artt. 74 e 87 disp. att. c.p.c., occorre al contempo evidenziare che a questa attenuazione ha fatto da contraltare una crescente sensibilità, sospinta dalle imperanti esigenze di razionalizzazione e accelerazione del processo civile, su ulteriori profili che del pari attengono alle modalità di produzione.

Segnatamente, è stata rimarcata in diversi arresti giurisprudenziali l'esigenza che la produzione documentale avvenga in maniera logica e ordinata, rappresentando un onere della parte che voglia servirsi dei documenti prodotti ordinare, indicizzare ed aggiornare il proprio fascicolo, provvedendo a numerare correttamente i documenti prodotti, in modo che al numero presente nell'indice corrisponda la documentazione effettiva¹⁵.

2013, p. 363 ss.; G. RUFFINI, *Produzione ed esibizione dei documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 447; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 638; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, p. 62 ss.; D. VOLPINO, *Produzione ed acquisizione di documenti nel processo civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 675 e 676).

¹⁴ Lo schema di decreto correttivo al d.lgs. n. 149/2022, approvato dal Consiglio dei ministri il 15 febbraio 2024, prevede peraltro la sostituzione del quarto comma dell'art. 170 c.p.c. con la seguente prescrizione: «Le comparse e le memorie consentite dal giudice si comunicano mediante deposito oppure mediante notificazione all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o eletto come domicilio digitale speciale». Come chiarisce la relazione illustrativa, l'esigenza è sempre quella di "svecchiamento" del codice e di adeguamento alle modalità telematiche.

¹⁵ Cfr. Cass. 26 maggio 2011, n. 11617: «La parte che si duole dell'omessa considerazione, da parte del giudice di primo grado, di un documento decisivo che assuma ritualmente prodotto ha l'onere di indicare con esattezza al giudice d'appello a quale numero dell'indice del proprio fascicolo corrisponda il documento che si assume trascurato. Ne consegue che, nel caso in cui il fascicolo di parte sia disordinatamente tenuto e confusamente composto ed i numeri dell'indice non corrispondano ai documenti prodotti, il giudice d'appello non ha alcun onere di reperire da sé la documentazione malamente indicizzata; non è pertanto censurabile in sede di legittimità la decisione che di quella documentazione non tenga conto». Questo arresto è stato in seguito condiviso da Cass. 13 giugno 2022, n. 19006, e, nella giurisprudenza di merito, da App. Potenza 12 gennaio 2016 e Trib. Napoli 3 febbraio 2023, n. 1288: «I documenti prodotti in giudizio devono essere indicati in un indice (che sia

Tali adempimenti possono invero dirsi immanenti al processo civile, nonché ricavabili da diversi indici normativi. Le disposizioni attuative sopra citate – anche se va perdendo di significato il visto del cancelliere – contemplano tuttora l’esistenza di un «indice» o «elenco» documentale. Nella medesima prospettiva gli artt. 163 e 167 c.p.c. (così come, nel rito del lavoro, gli artt. 414 e 416 c.p.c.) enumerano, tra i requisiti dell’atto di citazione e della comparsa di risposta, l’*indicazione* dei documenti, operazione ulteriore rispetto all’*offerta in comunicazione* che ha luogo mediante inclusione informatica dei documenti in allegato al c.d. atto principale¹⁶.

La valorizzazione di tale *indicazione* – che, potrebbe dirsi, contribuisce a perfezionare l’attività di produzione in senso lato – confluisce ormai in un discorso di più ampio respiro, che travalica il solo aspetto della tutela della parte che subisce la produzione caotica. In particolare, le formalità che presidiano l’attività in parola rappresentano (anche) concreta estrinsecazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali¹⁷. Se ne riceve conferma dal d.lgs. n. 149/2022, che, oltre a consacrare il principio nell’art. 121 c.p.c.¹⁸, è intervenuto sull’art. 46

contenuto in calce ad un atto o in documento separato poco importa), con numerazione corrispondente a quella che designa ciascun documento informatico prodotto; ed oltre ad essere numerati devono altresì contenere la loro “denominazione”. In mancanza di tutto ciò, la mera produzione di numerosi *files* non può ritenersi adeguata e corretta e non può costringere giudice e controparti ad una “ricerca” finalizzata all’eventuale individuazione di ciò che possa confermare o smentire le affermazioni della parte».

¹⁶ Può prospettarsi, dunque, tanto la produzione di un documento «anonimo», ossia non denominato, numerato e indicizzato (ed è questo il caso che si affronta nel testo), tanto l’individuazione in atti di un documento non realmente offerto in comunicazione; in quest’ultima ipotesi, il documento, pur individuato e indicizzato, non risulta materialmente depositato. Evidentemente la semplice citazione in atti del documento non sana la sua assenza nel fascicolo telematico (cfr. in questo senso la già citata Cass. 11 ottobre 2023, n. 28403).

¹⁷ La letteratura sul tema è ormai vasta. In argomento, senza pretesa di esaustività, cfr. P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 467 ss.; Id., *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte. Un percorso necessario*, in *Judicium*, 2017, p. 141 ss.; B. CAPPONI, *Sulla «ragionevole brevità» degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1075 ss., ora anche in *Otto studi sul processo civile*, Padova, 2017, p. 101 ss.; C. COMMANDATORE, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 853 ss.; F. DANOVI, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, p. 55 ss.; F. DE GIORGIS, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali nella riforma Cartabia*, in *Judicium online*, 16 giugno 2023; F. DE SANTIS, *La redazione degli atti difensivi ai tempi del processo civile telematico: sinteticità e chiarezza*, in *Giust. proc. civ.*, 2017, p. 749 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 853 ss.; A. GENTILI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 797 ss.; M. GERARDO, *Chiarezza e concisione degli atti giuridici*, in *Judicium online*, 17 luglio 2019; L.R. LUONGO, *Il «principio» di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e il diritto di accesso al giudice (anche alla luce dell’art. 1, co. 17 lett. d ed e, d.d.l. 1662)*, in *Judicium online*, 9 ottobre 2021; I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziali: il protocollo d’intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2782 ss.; A. PANZAROLA, *Sul (presupposto) principio di sinteticità nella redazione degli atti processuali civili*, in *Giust. proc. civ.*, 2018, p. 69 ss.; L. QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018, p. 183 ss.; M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 453 ss.

¹⁸ Principio poi declinato in ulteriori disposizioni di dettaglio (artt. 163, 167, 281-undecies, 342, 350-bis, 366, 378, 380-bis.1, 434, 436-bis, 473-bis.12, lett. e, 473-bis.17 c.p.c.).

disp. att. c.p.c., demandando al Ministro della giustizia la modulazione pratica degli «schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l’inserimento delle informazioni nei registri del processo» e la determinazione dei «limiti degli atti processuali, tenendo conto della tipologia, del valore, della complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti». Il d.m. attuativo n. 110/2023, espressione di una compagine governativa diversa da quella che ha forgiato la riforma del codice di rito, ha altresì richiesto al difensore e al p.m. – all’art. 2, rubricato «Criteri di redazione degli atti processuali delle parti private e del pubblico ministero» – di redigere i più significativi atti processuali con una precisa «articolazione»¹⁹. Come chiarisce la disposizione, il fine dei criteri redazionali è proprio quello di «assicurare la chiarezza e la sinteticità degli atti processuali in conformità a quanto prescritto dall’articolo 121 del codice di procedura civile».

Limitatamente agli aspetti di interesse, l’elenco contempla il puntuale riferimento «nella parte in fatto» ai «documenti offerti in comunicazione, *indicati* in ordine numerico progressivo e denominati in modo corrispondente al loro contenuto» (lett. f); nonché, in calce alla formulazione delle conclusioni, «l’indicazione specifica dei mezzi di prova» e l’«indice dei documenti prodotti, con la stessa numerazione e denominazione contenute nel corpo dell’atto» (lett. i).

Volgendo ancora lo sguardo all’art. 46 disp. att. c.p.c., il 5° comma dispone che il mancato rispetto (oltre che «delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico»²⁰) «dei *criteri* e limiti di redazione dell’atto non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo»²¹.

¹⁹ Prendono dunque forma le preoccupazioni manifestate da G. SCARSELLI, *Mala tempora currunt*, in *Judicium online*, 29 novembre 2022.

²⁰ In ordine alle conseguenze – e dunque alla portata applicativa dell’art. 46 disp. att. c.p.c. – in caso di mancato rispetto delle disposizioni tecniche attinenti alla forma o allo schema informatico dell’atto o del deposito, cfr. G.G. POLI, *op. cit.*, p. 743 ss.

²¹ È plausibile che il legislatore della riforma abbia voluto in questo modo prendere le distanze dall’art. 13-ter, comma 5, disp. att. c.p.a. Peraltro, la giurisprudenza amministrativa non ha stemperato il tenore letterale della disposizione, la quale – si è detto – «non lascia al giudice la facoltà di esaminare o meno le questioni trattate nelle pagine successive al limite massimo, ma, invece, in ossequio ai principi di terzietà e imparzialità, obbliga il giudice a non esaminare le questioni che si trovano oltre il limite massimo di pagine» (Cons. Stato 22 settembre 2023, n. 8487). Le conseguenze di tale presa di posizione sono dirompenti, come attesta ad esempio Cons. Stato 13 ottobre 2023, n. 8928: il numero massimo di caratteri consentiti «risulta utilizzato ed esaurito a p. 52 del ricorso, prima della articolazione dei motivi di appello che quindi il Collegio non è tenuto ad esaminare, quale sanzione prevista dal legislatore per i casi di violazione del principio di sinteticità degli atti processuali previsto dall’art. 3 c.p.a.». Di conseguenza, «il ricorso, in presenza di motivi di appello che il Collegio non è tenuto ad esaminare diviene inammissibile perché, in relazione ad una parte essenziale per la identificazione della domanda - richiesta dall’art. 44, comma 1, lett. b), c.p.a. a pena di nullità -, viene meno l’obbligo di provvedere e con esso la stessa possibilità di esame della domanda».

I canoni di sinteticità e chiarezza, dunque, seppure ormai in grado di irradiare lo svolgimento di qualsiasi attività processuale²², non possono autonomamente sorreggere una declaratoria di nullità.

D'altro canto, è ragionevole ritenere che l'impossibilità di pronunciare la nullità (non può essere declinato altrimenti il richiamo all'invalidità in ambito processualcivilistico) sia confinata unicamente all'inosservanza dell'ordine («articolazione») stabilito dall'art. 2 del decreto ministeriale per la redazione di un atto difensivo chiaro e sintetico. Le conseguenze dell'omissione dei requisiti elencati dalla previsione da ultimo citata, pertanto, non possono che essere regolate dalle disposizioni del codice di rito ovvero, in mancanza, dai principi generali in materia di nullità degli atti enunciati dallo stesso codice.

Tenendo ferme queste considerazioni è possibile interrogarsi sugli effetti della produzione realizzata in violazione delle anzidette formalità, ossia trascurando in atti di numerare, denominare e/o indicizzare i documenti offerti in comunicazione.

In linea con l'impostazione adottata sino al recente passato, sembra corretto affermare che l'attività processuale in discussione – seppure in difetto di previsioni espresse (l'art. 164 c.p.c., ad esempio, non richiama i vizi riguardanti l'indicazione specifica dei documenti ex art. 163, comma 3, n. 5, c.p.c.) – possa in concreto dirsi nulla quando inidonea al raggiungimento del proprio scopo²³.

²² Per l'affermazione, nella giurisprudenza amministrativa, che il dovere di chiarezza e sinteticità ex art. 3, comma 2, c.p.a. è riferito non agli «scritti» difensivi ma più genericamente agli «atti», inclusi quindi anche i documenti depositati, cfr. TAR Sicilia, Palermo, 17 settembre 2019, n. 2203.

²³ Come evidenzia G.G. POLI, *op. cit.*, p. 736, la modalità telematica non ha «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 processuali».

Le considerazioni sviluppate di seguito nel testo – con gradualità di soluzioni che variano dalla semplice regolarizzazione del fascicolo alla nullità – non sono distanti da quelle elaborate in ambito penalistico da Corte cost. 8 maggio 2009, n. 142. Nell'occasione il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Varese ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 416 c.p.p., per contrasto con l'art. 24 Cost., «nella parte in cui non prevede una sanzione di nullità per i casi in cui il fascicolo trasmesso al giudice con la richiesta di rinvio a giudizio sia predisposto senza l'osservanza delle prescrizioni contenute nello stesso art. 416 cod. proc. pen., nell'art. 130 delle «Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale» (approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271) e nell'art. 3 del decreto ministeriale 30 settembre 1989, n. 334 (Regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale)», e così anche quando il fascicolo «presenti difficoltà di consultazione, a causa del disordine con cui sono stati inseriti gli atti e della mancanza di un indice». La Consulta non ha ritenuto la questione fondata, considerato che tale situazione di difficoltà può essere rilevata dal giudice, con conseguente sollecitazione del pubblico ministero al rispetto, ai sensi dell'art. 124 c.p.p., delle norme processuali, anche quando non previste a pena di nullità, e alla sistemazione del fascicolo. Per la Corte costituzionale l'introduzione di una nuova causa di nullità – per mezzo di una sentenza additiva – «determinerebbe una eccessiva rigidità delle conseguenze derivanti da una irregolare formazione del fascicolo»: il «giudice infatti deve avere la possibilità di valutare caso per caso la gravità della situazione venutasi a creare, allo scopo di indicare, quando ciò sia possibile, un congruo termine, entro il quale il pubblico

Pertanto, ove la produzione disorganica renda soltanto più macchinosa la ricostruzione della linea difensiva, incidendo così (oltre che sull'efficacia di quest'ultima) sulla ragionevole durata del processo, l'unico rimedio prospettabile *de iure condito* è l'aggravamento delle spese processuali. In altri termini, le conseguenze scaturenti da una cattiva gestione dei documenti vanno interpretate *cum grano salis*, senza che possa accordarsi favore ad un meccanismo svincolato dalla reale idoneità della produzione disorganica a compromettere (la funzione decisoria e) il diritto di difesa della controparte. In effetti, se la produzione consente al giudice e all'avversario di muoversi con sufficiente disinvoltura nella documentazione presente nel fascicolo (si pensi alle controversie che annoverano un numero esiguo di documenti ovvero documenti composti da poche pagine), allora il problema trova esclusiva composizione sul piano del regolamento delle spese processuali²⁴. In questi casi, il giudice non potrebbe ignorare il/i documento/i senza tentare una ricostruzione, specialmente ove con un minimo sforzo fosse senz'altro possibile rimediare all'imperfetta produzione (e ciò tanto più se la controparte dimostri attraverso le proprie argomentazioni che la produzione caotica non le ha impedito di difendersi).

Nondimeno, ove il disordine del fascicolo sia tale da mettere in grave difficoltà giudice e controparte (si pensi alla produzione di numerosi documenti «anonimi» o alla produzione di *file* particolarmente «pesanti»), il semplice deterrente rappresentato dall'aggravamento delle spese si rivela un rimedio insoddisfacente.

Sul punto è utile distinguere la posizione della parte che subisce la produzione caotica e quella del giudice.

ministero deve provvedere al riordino della documentazione secondo i criteri dettati dalle norme vigenti, e comunque allo scopo di garantire effettività di esercizio per i diritti delle parti». Nondimeno, si riconosce che in talune ipotesi il disordine del fascicolo sia tale, «anche dopo un insufficiente riordino, da incidere seriamente sul diritto di difesa delle parti. Solo in tale eccezionale eventualità si deve ritenere che l'irregolarità del fascicolo depositato equivalga ad omesso deposito, con la conseguenza della inutilizzabilità degli atti e dei documenti non trasmessi, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, o addirittura della nullità ex art. 178, comma 1, lettera c), cod. proc. pen.». Per la Consulta, gli «effetti che si possono verificare, proporzionati alla gravità delle anomalie concretamente riscontrate, vanno da una sollecitazione a regolarizzare la documentazione allegata alla richiesta del decreto che dispone il giudizio ad un rinvio disposto dal giudice – con segnalazione della disfunzione al capo dell'ufficio ai sensi dell'art. 124, comma 2, cod. proc. pen. – sino alla equiparazione della impossibile o troppo difficile lettura degli atti e documenti contenuti nel fascicolo al mancato deposito dello stesso». In altri termini è opportuno lasciare al «giudice il potere e la responsabilità di adottare provvedimenti ispirati ad una reazione flessibile, proporzionale alle irregolarità riscontrate».

²⁴ Così già Trib. Monza 17 novembre 2015, n. 2878: «non è assolutamente rispettoso nei confronti di chi è chiamato a giudicare una qualsiasi controversia, l'abitudine, oramai invalsa da tempo, di allegare agli atti depositati tramite PCT, tutti i documenti immettendoli nel sistema disordinatamente, senza seguire un criterio specifico e senza farli precedere da un indice numerico con la indicazione sintetica del contenuto di ognuno di essi»; pertanto, proprio a causa della «disattenta e trascurata modalità di produzione della documentazione», gli onorari sono stati liquidati al minimo.

Per quanto concerne la prima, va anzitutto precisato in cosa consista il pregiudizio. Ipotizzata a monte la puntuale allegazione del fatto, la lesione consta nella sostanziale irreperibilità del documento confermativo dell'enunciato fattuale (ovvero della pagina del documento, se il *file* è voluminoso), il che si traduce in ultima analisi nel non poter apprezzare tempestivamente l'efficacia dimostrativa della fonte di prova documentale e così nell'impossibilità di valutare se sia sufficiente la mera contestazione, in grado di disinnescare l'effetto di *relevatio ab onere probandi*, ovvero occorra cautelarsi mediante idonea prova contraria.

Perciò – a meno di risolvere il problema alla radice, ritenendo che in presenza di allegazione la parte debba comunque precauzionalmente dedurre prova contraria – la violazione del contraddittorio si manifesta nella concreta difficoltà di relazionare il fatto al documento offerto in comunicazione.

Muovendo dal presupposto che la violazione del principio del contraddittorio è rilevabile d'ufficio «solo quando, a causa del vizio stesso, una parte non sia in grado di esercitare il suo diritto di difesa in ordine a un determinato segmento del processo²⁵», la nullità deve essere opposta dalla parte che subisca la produzione disordinata nella prima difesa successiva allo spirare del termine perentorio previsto per le produzioni documentali, attesa la possibilità di regolarizzare l'attività caotica e quindi rinnovare spontaneamente l'atto nullo entro tale termine. Né è plausibile far decorrere il tempo di reazione alla produzione disordinata da un momento diverso, considerata l'immediata percepibilità di un documento alle proprie prerogative difensive.

Pronunciata la nullità, appaiono prospettabili due scenari differenti, a seconda che si ritenga assoggettato al regime di decadenza soltanto il materiale deposito documentale ovvero anche l'attività esplicativa a completamento dello stesso. In quest'ottica occorre stabilire se l'attività di produzione documentale richiesta a pena di decadenza dall'art. 171-ter c.p.c. (così come dagli artt. 281-*duodecies*, 416, 473-*bis*.17 c.p.c.) si riduca al deposito dei documenti ovvero consti anche di tutte le ulteriori incombenze, in precedenza richiamate, funzionali all'identificazione del documento.

Mentre in quest'ultimo caso la nullità dovrebbe condurre all'inefficacia dell'attività realizzata e all'inutilizzabilità del documento (non potendo, spirato il termine perentorio, esservi rinnovazione), nella prima ipotesi si renderebbe necessario procedere a rinnovazione dell'atto nullo ex art. 162 c.p.c.

²⁵ R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., p. 197; con altre parole dello stesso a., «la deviazione dalla serie procedimentale legale non è rilevabile d'ufficio tutte le volte in cui la parte interessata si trova nella condizione di poter eccepire tale deviazione, in quanto ad essa legalmente nota».

La lettura estensiva, impedendo la rinnovazione, preserva il principio di ragionevole durata del processo. La tesi restrittiva, per contro, contempera il principio (di effettività) del contraddittorio tra le parti, che risulterebbe leso dall'utilizzo indiscriminato di documenti irrualmente prodotti, e l'esigenza di non dispersione della prova (e così di giustizia della decisione), che verrebbe pregiudicata dalla sterilità conoscitiva della documentazione caoticamente offerta in comunicazione. Tale temperamento ha luogo, tuttavia, a scapito della celerità del giudizio, dal momento che la rinnovazione deve comportare la regressione del procedimento e la sostanziale rimessione in termini della parte che abbia sofferto la produzione disorganica e non sia stata conseguentemente posta nella condizione di predisporre una difesa informata entro i termini previsti per la formazione del *thema probandum*. Questa conclusione sembra oggi essere suggerita anche dalla prima parte dell'art. 101, comma 2, c.p.c. In disparte il problema relativo alla volontà del legislatore di codificare il principio del c.d. pregiudizio effettivo²⁶, la disposizione introdotta dal d.lgs. n. 149/2022 impone al giudice di assicurare il rispetto del contraddittorio e di adottare, in caso di sua violazione, «i provvedimenti opportuni». Con precipuo riguardo all'argomento esaminato, può soggiungersi che la previsione permette di accertare, in linea con gli arresti di derivazione europea, se il procedimento nel suo insieme, compreso il modo di acquisizione della prova, sia stato giusto²⁷, autorizzando il giudice in caso contrario (ad adottare ogni provvedimento utile) a ripristinare l'*égalité des armes*.

Per quanto attiene invece al ruolo del giudice, ferma la possibilità di operare sul piano delle spese processuali, è verosimile che, nell'ambito dei «poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento» ex art. 175 c.p.c. e dell'implementazione del *case management* giudiziale perseguita dalla riforma Cartabia²⁸, possa essere disposto il riordino del fascicolo²⁹, a prescindere dalla doglianza della parte che subisca la produzione caotica.

Nondimeno, non è escluso che il giudice si trovi comunque in fase decisoria nell'effettiva difficoltà di relazionare i fatti affermati ai documenti prodotti. In tali ipotesi, il dubbio di fondo è se debba limitarsi a rigettare le domande ed eccezioni in virtù della regola dell'onere della prova ovvero possa giungere a uguale conclusione sancendo anteriormente l'inutilizzabilità dei documenti confusamente offerti in comunicazione. La risposta all'interrogativo è di

²⁶ Sul tema cfr. R. DONZELLI, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 214 ss.; C. DELLE DONNE, *Contraddittorio e "pregiudizio effettivo" dopo la Riforma Cartabia*, in *Judicium online*, 3 febbraio 2023; F. FRADEANI, *Tutela del contraddittorio e pregiudizio effettivo*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1312 ss.

²⁷ Cfr. *Devinar c. Slovenia*, n. 28621/15, 22 maggio 2018, § 45; *Elsholz c. Germania*, n. 25735/94, 13 luglio 2000, § 66.

²⁸ In argomento cfr. 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*, 29 novembre 2023.

²⁹ Cfr. in questo senso già Trib. Firenze 26 aprile 1983.

manifesta rilevanza pratica, dal momento che nel secondo caso le censure dell'impugnante non potranno arrestarsi all'individuazione e segnalazione del documento (trascurato dall'organo giudicante e) utile alla risoluzione della *quaestio facti*, bensì dovranno innanzi tutto confutare l'esistenza di un disordine tale da legittimare l'esclusione del documento dal materiale utilizzabile per la decisione.

La prima opzione esegetica è l'esito naturale di un tentativo di ricerca andato a vuoto, mentre la seconda alternativa, sanzionando la produzione irrituale, autorizza il giudice ad astenersi dall'indagine ovvero a interromperla legittimamente³⁰. Di conseguenza, sancire l'inutilizzabilità del documento mal prodotto significa presupporre una nullità (non più soltanto relativa bensì) assoluta della produzione documentale, rilevabile anche d'ufficio perché diretta estrinsecazione dell'interesse pubblico all'ordinato, efficiente e celere svolgimento dei giudizi³¹.

A questo risultato pratico pervengono, a ben vedere, gli arresti in base ai quali compito del giudice è «decidere sulla base della documentazione prodotta, menzionata dalla parte negli atti difensivi a sostegno dei propri assunti ed ordinatamente contenuta nel fascicolo di parte dalla stessa formato, e non anche quello di “trovare” la documentazione che non si rinvenga sotto i numeri dell'indice che la indicano, per essere il fascicolo di parte disordinatamente tenuto e confusamente composto³²».

Pur non ignorando i motivi che animano questa linea di pensiero (soprattutto nei casi di estremo disordine del fascicolo), la tesi non convince, in quanto, come detto, l'ordinamento processualcivilistico non autorizza allo stato una pronuncia di nullità fondata (esclusivamente) sull'inidoneità dell'attività a soddisfare l'ordinato e celere svolgimento dei giudizi³³. Peraltro,

³⁰ Come nel caso di Trib. Napoli 3 febbraio 2023, n. 1288, per il quale l'inutilizzabilità dei documenti non rappresenta «una copertura formalistica ad una pigra presa di posizione, finalizzata a risolvere in modo veloce ed in rito una controversia che, altrimenti, richiederebbe (com'è doveroso) un faticoso riscontro di circostanze comunque allegate; esse, al contrario, derivano proprio dal frustrante tentativo a lungo, ma invano, condotto di ricondurre coerentemente quei documenti (si ripete, in numero elevato) alle difese svolte».

³¹ L'espressione è mutuata dalla giurisprudenza amministrativa in tema di superamento dei limiti dimensionali: «il superamento dei limiti dimensionali è questione di rito afferente all'ordine pubblico processuale, stabilito in funzione dell'interesse pubblico all'ordinato, efficiente e celere svolgimento dei giudizi, ed è rilevabile d'ufficio a prescindere da eccezioni di parte. Il rigoroso rispetto dei limiti dimensionali costituisce attuazione del fondamentale principio di sinteticità (art. 3 c.p.a.), a sua volta ispirato ai canoni di economia processuale e celerità» (Cons. Stato 22 settembre 2023, n. 8487; conf. Cons. Stato 13 ottobre 2023, n. 8928).

³² Cass. 26 maggio 2011, n. 11617, ove l'indice si limitava «a rinviare indistintamente a tutti i documenti raccolti all'interno di un supporto informatico, senza esplicitare il contenuto e la rilevanza di ciascuno di essi»; il principio è stato poi ripreso da Cass. 13 giugno 2022, n. 19006.

³³ Nonostante le modifiche apportate dal d.lgs. n. 149/2022 all'art. 342 c.p.c., non sembra che la mancanza di chiarezza, sinteticità e specificità dei motivi d'appello possa autonomamente rappresentare una causa di inammissibilità dell'impugnazione. È preferibile una lettura prudente della disposizione, che deve essere armonizzata con il principio generale

la determinazione del grado di confusione idoneo a legittimare la virtuale espunzione del documento, in difetto di eccezione della parte lesa, sarebbe soltanto rimessa al grado di analisi e sensibilità del giudice, prestandosi a valutazioni oltremodo discrezionali.

4. Produzione documentale e indicazione dello scopo del documento

La rinnovata veste dell'art. 101 c.p.c. può offrire spunti di riflessione in relazione a una tematica strettamente connessa a quella sopra esaminata.

Se le notazioni precedenti riguardavano l'individuazione del documento (denominazione, numero e indice) nell'atto processuale, le considerazioni che seguono intendono evocare succintamente la problematica inerente alla necessità o meno di precisare, sempre a corredo dell'attività di produzione, lo scopo del documento e così la rilevanza dei fatti (in tesi) emergenti dallo stesso³⁴. Nulla esclude, beninteso, che la mancata postulazione del fatto, pur emergente documentalmente, si associ nel caso concreto all'omessa identificazione del documento; i piani, tuttavia, vanno tenuti concettualmente distinti, giacché un conto è predicare la laboriosa reperibilità del documento confermativo del fatto asserito in atti e altro è constatare l'omessa enunciazione di un fatto comunque emergente dalla documentazione prodotta.

Anche l'indicazione dello scopo che con il documento si vuole perseguire può rientrare in una nozione lata di «produzione documentale», ulteriore e diversa rispetto al deposito materiale del documento. L'opportunità di questa attività trova peraltro implicito conforto nel citato d.m. n. 110/2023, che, come visto, contempla una modalità di redazione dell'atto processuale in grado di evidenziare, «nella parte in fatto», il «puntuale riferimento ai documenti offerti in comunicazione»: è ragionevole che il richiamo dei documenti nella parte narrativa dell'atto si accompagni alla rappresentazione dei fatti che con essi s'intende provare.

del raggiungimento dello scopo degli atti processuali. In argomento, cfr. L. PASSANANTE, *La riforma delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 995; ID., *Manuale breve della riforma Cartabia*, Padova, 2023, p. 149, nt. 16; A. TEDOLDI, *Impugnazioni in generale e appello*, in A. DIDONE - F. DE SANTIS (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Padova, 2023, p. 277 ss.

Del pari inappropriato appare il richiamo alla «non intellegibilità dell'atto», concetto impiegato per giustificare la declaratoria d'inammissibilità del ricorso per cassazione allorquando risulti oscura l'esposizione dei fatti di causa (cfr. in argomento Cass. 16 marzo 2023, n. 7600; Cass. 21 marzo 2019, n. 8009: «il mancato rispetto del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali [...] espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non già per l'irragionevole estensione del ricorso, che non è fattispecie espressamente sanzionata, ma perché pregiudica l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, ridondando nella violazione delle prescrizioni di cui all'[art. 366](#) c.p.c., nn. 3 e 4, assistite dalla sanzione della inammissibilità»).

³⁴ Per le considerazioni di cui al presente paragrafo cfr. in particolare lo scritto di B. CAVALLONE, *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 188 ss.

Altro è tuttavia comprendere se la puntuale indicazione dello scopo che la parte attribuisce alla fonte documentale possa essenzialmente atteggiarsi a condizione di utilizzo del documento offerto in comunicazione. Tale interrogativo ha evidentemente ragione di porsi in relazione a quei fatti per i quali non venga affermato un onere di allegazione³⁵ e nel dettaglio, almeno per la tesi dominante e preferibile, per i fatti secondari³⁶ (oltre che per i fatti – non oggetto di attenzione in queste note – impeditivi, modificativi ed estintivi che fondano eccezioni in senso lato).

Se di regola la parte enuncia espressamente i fatti argomentando da essi a proprio vantaggio, è astrattamente pensabile che ciò non avvenga, ma che la produzione tempestiva del documento assicuri in ogni caso l'ingresso sotto silenzio del fatto secondario nel processo. In altri termini, è possibile che una parte produca una grande mole di documenti ma al contempo, più o meno consapevolmente, non «faccia valere» il fatto secondario comunque presente agli atti, che rimane nascosto proprio perché taciuto. I fatti che emergono dai documenti in tal modo sono anche detti *fatti avventizi*, ossia fatti che – per tradurre l'art. 7 del *n.c.p.c.* francese, ordinamento processuale da cui il termine è importato – «le parti non abbiano espressamente invocato a sostegno delle loro pretese». Si tratta dunque di fatti che le parti hanno introdotto nel processo senza, più o meno coscientemente, invocarli³⁷. Orbene, ove le preclusioni in punto di allegazione e prova siano ormai maturate, non è escluso che la parte suggerisca al giudice il ragionamento da compiere, spiazzando così l'altro litigante; parimenti, è possibile che il giudice stesso si avveda del fatto secondario emergente *ex actis*. Anche e soprattutto in questo caso, dunque, può astrattamente porsi un problema di effettività e pienezza del contraddittorio, *a fortiori* in un sistema scandito da rigide preclusioni e dalla graduale compressione dei termini di difesa. Ad esempio, nel processo ordinario di cognizione disegnato dall'ultima riforma il termine per la prova contraria è di dieci giorni (art. 171-ter c.p.c.), sicché è ragionevole immaginare una sostanziale lesione del contraddittorio

³⁵ Sull'ambiguità del termine «allegazione», idoneo a designare tanto un'attività di natura postulatoria quanto un'attività «di tipo materiale e di rilievo burocratico», cfr. L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, p. 272 ss. In merito alle diverse elaborazioni dottrinali sulla natura, volitiva ovvero normativa, dell'attività di allegazione cfr. F. FERRARI, *La pesca di frodo. Riflessioni critiche in materia di prova esplorativa*, Torino, 2020, p. 173 ss.

³⁶ Si v. per tutti B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1997, p. 134 e 135; L. LAUDISA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, Padova, 1978, p. 35.

³⁷ Sulla questione cfr. ampiamente D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, p. 212 ss.

ove una parte produca con la seconda memoria integrativa una mole considerevole di documenti e non abbia cura di specificare la rilevanza degli stessi alla propria difesa³⁸.

Sospinta da simili preoccupazioni, una linea interpretativa argomenta che il giudice non possa servirsi dei fatti secondari taciuti ma comunque emergenti dal documento³⁹: così ragionando, l'indicazione dello scopo del documento rappresenterebbe una vera e propria condizione di utilizzo dello stesso.

In senso diametralmente opposto, si è osservato che il giudice può liberamente trarre il proprio convincimento dal fatto secondario emerso, benché non «dichiarato», e ciò in una prospettiva formale della garanzia costituzionale del contraddittorio e valorizzando al contempo il principio di autoreponsabilità delle parti⁴⁰. Esse, infatti, sono astrattamente in grado di conoscere la documentazione prodotta dalla controparte e di scovare i fatti non espressamente postulati, disinnescando così inferenze a sorpresa virtualmente pregiudizievoli. Sarebbe soltanto imputabile alle parti se la questione non è stata rilevata, ragione per cui il giudice non lederebbe alcuna garanzia difensiva rilevandola egli stesso senza sottoporla al controllo incrociato del contraddittorio.

In posizione mediana si colloca infine un'ulteriore soluzione interpretativa, in base alla quale il giudice, avvedutosi del fatto non discusso tra le parti, sarebbe obbligato a stimolare il contraddittorio sul fatto secondario, sì da non scartare l'informazione dal materiale utilizzabile e al contempo salvaguardare il diritto di difesa delle parti costituite, ponendole nella condizione di interloquire e incidere in maniera effettiva (e non solo potenziale) sulla decisione⁴¹.

³⁸ Per queste considerazioni, in relazione al precedente modello del processo ordinario di cognizione e alle previgenti memorie ex art. 183, comma 6, c.p.c., cfr. B. CAVALLONE, *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, cit., p. 195.

³⁹ È questa la soluzione adottata da Cass., Sez. Un., 1° febbraio 2008, n. 2435, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 187, con nota di B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, a tenore della quale «il giudice ha il potere-dovere di esaminare i documenti prodotti dalla parte solo nel caso in cui la parte, interessata, ne faccia specifica istanza esponendo nei propri scritti difensivi gli scopi della relativa esibizione con riguardo alle sue pretese, derivandone altrimenti per la controparte la impossibilità di controdedurre e per lo stesso giudice impedita la valutazione delle risultanze probatorie e dei documenti ai fini della decisione». Poiché «nel vigente ordinamento processuale, caratterizzato dall'iniziativa della parte e dall'obbligo del giudice di rendere la propria pronuncia nei limiti delle domande delle parti, al giudice è inibito trarre dai documenti comunque esistenti in atti determinate deduzioni o indicazioni, necessarie ai fini della decisione, ove queste non siano specificate nella domanda, o – comunque – sollecitate dalla parte interessata». Come evidenziato dall'autorevole Annotatore, il profilo decisivo, rilevato soltanto incidentalmente in motivazione, è quello relativo alla violazione del contraddittorio e non già quello inerente alla violazione dei principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, a cui la decisione accorda, erroneamente, rilievo determinante.

⁴⁰ Cfr. E.F. RICCI, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 750 ss.; S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 569 ss.

⁴¹ In tal senso D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 137; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Judicium online*, 29 aprile 2010, § 8. Tale ricostruzione incide inevitabilmente sulla ragionevole durata del processo. È

Il discorso confluisce nella tematica generale relativa al divieto delle c.d. decisioni della terza via e di conseguenza nella delimitazione di quali siano le *questioni* che il giudice è tenuto a sottoporre al contraddittorio tra le parti⁴², tematica rinverdata dall'introduzione ad opera della l. n. 69/2009 di un secondo comma nell'art. 101 c.p.c.⁴³.

Qualora la locuzione «questione rilevata d'ufficio» fosse intesa in senso ampio, così da farvi rientrare anche i fatti semplici, la tesi in esame riceverebbe sostegno normativo e il giudice sarebbe chiamato a concedere spazio dialettico alle parti finanche nel caso in cui volesse impiegare per la decisione indizi⁴⁴.

Nondimeno, anche ove non si ritenga plausibile estendere sino a tal punto la *littera legis*, la soluzione da ultimo prospettata appare oggi comunque argomentabile per il tramite dell'art. 101, comma 2, prima parte, c.p.c. La disposizione è stata opportunamente ideata dal d.lgs. n.

verosimile, infatti, che la riapertura del contraddittorio sul fatto «nuovo» – sia che avvenga in fase decisoria, sia che avvenga nella fase istruttoria (successivamente al momento in cui è ancora possibile allegare fatti e formulare richieste istruttorie) – provochi la rimessione in termini delle parti e la conseguente possibilità per le stesse di arricchire il *thema probandum*, fermo ovviamente il *thema decidendum*.

⁴² Si v. ad es. l'opinione in senso restrittivo di V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Id.*, *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, p. 54 ss., per il quale l'obbligo di stimolare il contraddittorio sussisterebbe soltanto allorché il giudice «decida» (e non già semplicemente «conosca») una determinata questione. In senso contrario si è invece argomentato che tra le questioni da sottoporre al contraddittorio delle parti siano ricompresi anche gli elementi di fatto e diritto comunque rilevanti per la decisione: cfr. L.P. COMOGLIO, «Terza via» e processo «giusto», in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 755 ss.; C. FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 784 ss.; F.P. LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?», in Giust. civ.*, 2002, I, p. 1612 ss.; L. MONTESANO, *Le prove «atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 234 ss.; *Id.*, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 935 ss.; M. TARUFFO, *Certezze e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 107 ss.; *Id.*, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 98 ss.; G. TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 47 ss.; *Id.*, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 654 ss.; E. FABIANI, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3177.

⁴³ Cfr. D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 399 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio delle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 355 ss.; G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1012 ss.; F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa»: questioni di fatto e questioni di diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1182 ss.; C. GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la «scommessa aperta» dell'ordinamento processuale*, in M. TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, p. 65 ss.

⁴⁴ C. GAMBA, *op. loc. ult. cit.*; M. TARUFFO, *Commento all'art. 116*, in A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, p. 567 e 568; *Id.*, *Fatti e prove*, in *Id.* (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 32; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009 n. 69*, Torino, 2009, p. 23.

149/2022 quale «strumento duttile⁴⁵» e regola di chiusura del sistema, in grado di cingere qualsiasi momento del procedimento giurisdizionale e garantire il contraddittorio in «tutte le sue possibili manifestazioni⁴⁶», così da «verificare se in concreto, nella singola vicenda il contraddittorio sia stato attuato⁴⁷».

La norma, dunque, è in grado di offrire basi più solide alla tesi in esame, schivando le discussioni relative alla latitudine della nozione di «questione rilevata d'ufficio»⁴⁸. Tra i «provvedimenti opportuni» atti ad assicurare il contraddittorio, è verosimile che il giudice sia chiamato a rimettere in termini sul piano istruttorio la parte lesa. Naturalmente, per evitare qualsiasi forma di abuso e così la vanificazione degli sforzi acceleratori che da tempo sospongono il legislatore, deve trattarsi di un fatto rilevante rimasto totalmente al buio. In altri termini la lesione del principio *audiatur et altera pars* deve giustificare l'inevitabile dilatazione dei tempi processuali.

Carminé Guerra
Dottore di ricerca

⁴⁵ G. TARZIA - F. DANOVÌ - L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2023, p. 33.

⁴⁶ R. DONZELLI, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, cit., p. 216 e 225.

⁴⁷ F.P. LUIO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 22.

⁴⁸ In merito all'ampiezza (nulla ovvero onnicomprensiva) che è possibile attribuire all'espressione «questione rilevata d'ufficio», cfr. D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in *Judicium online*, 29 aprile 2010.



FRANCESCO CAPASSO

Il patto di gestione della lite: profili sostanziali e processuali

L'Autore analizza i profili sostanziali e processuali del c.d. patto di gestione della lite, una clausola frequentemente inserita nei contratti di assicurazione della responsabilità civile.

The Author analyzes the substantive and procedural aspects of the so-called dispute handling agreement, a clause frequently included in liability insurance contracts.

Sommario: 1. Definizione del fenomeno; 2. Differenze con istituti contigui; 3. Qualificazione e validità del patto; 4. Diritti ed obblighi dell'assicuratore; 5. Diritti ed obblighi dell'assicurato; 6. Conflitto di interessi e *mala gestio*; 7. Profili processuali; 7.1. La posizione processuale dell'assicuratore; 7.2. La chiamata in causa dell'assicuratore; 7.3. Patto di gestione come fondamento della domanda e delle eccezioni

1. Definizione del fenomeno

Il patto di gestione della lite è quella clausola presente nella maggior parte dei contratti di assicurazione della responsabilità civile che conferisce all'assicuratore il potere di gestire il contenzioso relativo al danno cagionato a terzi dall'assicurato¹.

Il tenore della clausola, secondo la versione più frequentemente utilizzata nella prassi, è il seguente:

*"[l]'assicuratore assume fino a quando ne ha interesse la gestione delle vertenze tanto in sede stragiudiziale che giudiziale, tanto in sede civile che penale, a nome dell'assicurato, designando, ove occorra, legali e tecnici ed avvalendosi di tutti i diritti ed azioni spettanti all'assicurato stesso. L'assicuratore non riconosce le spese per legali o tecnici che non siano da esso designati"*².

2. Differenze con istituti contigui

Prima di passare ad una completa disamina della clausola di cui si discorre, appare opportuno evidenziare i punti di contatto e le differenze intercorrenti tra il patto di gestione della lite e alcune figure contigue al fine di meglio inquadrare lo strumento in parola.

¹ Sul tema, v. L. ANGELI, *Il patto di gestione della lite e i diritti dell'assicurato nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1552 ss.; V. ANGELONI, *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 568; G. CASTELLANO, *Assicurazioni in generale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, p. 271 ss.; L. LETTA, *"Patto di gestione della lite" nell'assicurazione r.c. ed esclusione pattizia del rimborso all'assicurato per "spese di resistenza"*, in *Resp. Civ. prev.*, 2004, p. 208 ss.; P. PERSANO ADORNO, *Il patto di gestione della lite nei contratti di assicurazione: alcune riflessioni*, in *Giur. mer.*, 6, 2005, p. 1303 ss.; G. ROMAGNOLI (a cura di), *I contratti di assicurazione con clausola di gestione della lite: profili giuridico applicativi*, Napoli, 2022.

² A.C. NAZZARO, *Profili evolutivi del patto di gestione della lite*, in G. ROMAGNOLI (a cura di), *I contratti di assicurazione con clausola di gestione della lite: profili giuridico applicativi*, Napoli, 2022, p. 3.

Viene in rilievo, in primo luogo, il contratto di assicurazione per la tutela legale, con cui, dietro pagamento di un premio, l'assicuratore assume l'obbligo di coprire le spese che l'assicurato potrebbe sostenere in caso di controversie. Pur essendo ipotizzabile un pagamento in natura dell'indennizzo (tramite la messa a disposizione all'*insured* degli avvocati della compagnia assicuratrice) – evenienza che avvicinerrebbe, così, la *legal protection insurance* al patto di gestione –, permarrebbero alcune differenze: infatti, nella prima la tutela legale costituisce l'oggetto esclusivo di un autonomo contratto, estesa a tutti i tipi di controversia ricompresi nella copertura assicurativa, laddove il patto di gestione della lite è una clausola accessoria di un contratto di assicurazione contro la responsabilità civile. Da ciò consegue il diverso ruolo rivestito dalla lite (e dai relativi costi) che, mentre nella *legal protection insurance* rappresenta il rischio stesso assunto dall'assicuratore, nel patto di gestione costituisce solo lo strumento di definizione nell'*an* e nel *quantum* del vero e diverso rischio assicurato, cioè il danno cagionato dall'*insured*³.

Ancora diverso è il *third-party litigation funding*⁴, che è il contratto, diffuso principalmente nei Paesi di *common law*, in base al quale un finanziatore (*funder*) si impegna a finanziare un contenzioso giudiziale ovvero arbitrale oppure un pacchetto di liti (*portfolio litigation funding*), nel quale non ha alcun interesse, assumendo i costi processuali della parte finanziata e l'obbligo di rifondere le spese alla controparte in caso di soccombenza del *funded*. In contropartita, esclusivamente nell'ipotesi di accoglimento delle ragioni del litigante finanziato, il *funder* otterrà una quota percentuale di quanto al primo sarà giudizialmente riconosciuto⁵. Anche qui, come nel patto di gestione della lite, vengono spesso riconosciuti ampi poteri gestori della vertenza in capo al finanziatore. La principale differenza risiede però nel pagamento del corrispettivo da parte del finanziato, il quale sosterrà un esborso economico (rappresentato dalla quota dei proventi di lite) solo in caso di esito favorevole della controversia, laddove nel patto di gestione l'obbligo di versamento del premio è incondizionato e prescinde dal segno della decisione.

³ A.C. NAZZARO, *Profili*, cit., p. 7 s.

⁴ Su cui v. N. ROWLES-DAVIES, *Third Party Litigation Funding*, Oxford, 2014; E. D'ALESSANDRO, «Contratto di finanziamento della lite»: mera operazione finanziaria finalizzata a trarre profitto dal processo civile ovvero strumento che agevola l'accesso alla tutela giurisdizionale?, in *International Lis*, 2016; ID. (a cura di), *Prospettive del third party funding in Italia*, Milano, 2019; ID., *Prospettive del third party funding nel processo civile italiano: il progetto fundIT e le iniziative del Parlamento europeo*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2022; C. KESSEDJIAN (sous la direction de), *Le financement de contentieux par un tiers: Third Party Litigation Funding*, Paris, 2012; G.M. SOLAS, *Third Party Funding. Law, Economics and Policy*, Cambridge, 2019; F. BERTELLI, *Gli accordi di finanziamento della lite*, Napoli, 2024.

⁵ E. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding nel processo civile italiano*, cit., p. 276.

3. Qualificazione e validità del patto

Definita l'autonomia concettuale del patto di gestione, si può passare ad una puntuale analisi delle sue caratteristiche.

In dottrina, il patto di gestione della lite è stato variamente qualificato⁶. Secondo un primo orientamento, esso costituisce un mandato *in rem propriam*, con applicazione della relativa disciplina⁷: l'assicuratore, nel gestire la lite tra assicurato e danneggiato, curerebbe al contempo il proprio interesse alla minimizzazione dell'indennizzo da corrispondere⁸. A questa tesi si è obiettato che il mandato ha ad oggetto il compimento di atti giuridici, laddove la gestione della lite comprende anche attività materiali (quali stime, perizie) e processuali; inoltre, contro tale qualificazione milita la circostanza che l'assunzione della gestione sia concepita come una facoltà e non come un obbligo per l'*insurer*⁹. Alla luce di queste considerazioni, si è proposto di classificare il patto di gestione come contratto d'opera¹⁰ o come contratto atipico, la cui causa risulta dalla fusione di quella del mandato e di quella della prestazione d'opera¹¹. Ma anche qui si scontano degli inconvenienti: l'obbligo del pagamento del corrispettivo al prestatore (artt. 2222 e 2225 c.c.) si scontra con il fatto che i costi di gestione fanno capo all'assicuratore e non all'assicurato¹², mentre la teoria del contratto atipico solleva gravi incertezze applicative¹³. Secondo altri autori, il patto gestorio troverebbe il proprio fondamento normativo nel diritto di intervento dell'assicuratore a norma dell'art. 1914, co. 4, c.c. di cui la clausola non costituirebbe altro che la traduzione negoziale¹⁴. Si è però osservato che questa tesi, portata alle estreme conseguenze, legittimerebbe in via generalizzata la possibilità di assunzione della lite da parte dell'*insurer*, anche in assenza di una espressa pattuizione in tal senso, il che ampliirebbe l'ambito di applicazione dell'art. 1915 c.c., in un modo difficilmente riconducibile alle intenzioni del legislatore, in quanto l'inosservanza, da

⁶ Cfr. M. ROSSETTI, *Profili processuali del patto di gestione della lite*, in G. ROMAGNOLI (a cura di), *I contratti di assicurazione con clausola di gestione della lite: profili giuridico applicativi*, Napoli, 2022, p. 61 ss.

⁷ Di qui l'irrevocabilità del mandato ex art. 1723, co. 2, c.c. salvo la sussistenza di una giusta causa di revoca: cfr. V. ANGELONI, *Assicurazione*, cit., p. 565.

⁸ G. CASTELLANO, *Le assicurazioni private*, Torino, IV, p. 1979; G. FANELLI, *Le assicurazioni private nella giurisprudenza italiana*, Roma, 1941, p. 275; G. AULETTA, *Responsabilità dell'assicuratore R.C. per la condotta della lite e per il rifiuto di transigere*, in *Assicurazioni*, 1949, II, p. 27; G. GENTILE, *Natura giuridica dell'assicurazione R.C.*, in *riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 83.

⁹ A.C. NAZZARO, *Profili*, cit., p. 16.

¹⁰ V. ANDRIOLI, *Peculiarità processuali della polizza di assicurazione*, in *Foro it.*, 1935, IV, c. 347.

¹¹ F. TOMMASEO, *Sulle clausole di gestione della lite nei contratti di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1982, I, p. 205.

¹² F. RIGOLINO BARBERIS, *Assicurazione di responsabilità: ambito dei poteri del gestore della lite*, in *Resp. civ. e prev.*, 1985, p. 257.

¹³ A. DI BIASE, *Aspetti problematici in tema di patto di gestione della lite nell'assicurazione della responsabilità civile professionale*, in *NLCC*, 6, 2014, p. 1203.

¹⁴ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, p. 392.

parte dell'assicurato, dell'obbligo di lasciare al proprio assicuratore la gestione della lite determinerebbe la perdita o la riduzione del diritto all'indennità, a seconda, rispettivamente, che l'inadempimento sia doloso o colposo¹⁵.

A causa delle obiezioni a cui si espongono le precedenti ricostruzioni, appare più persuasiva l'opinione di chi esclude l'autonomia strutturale e giuridica del patto di gestione della lite, considerandolo come una mera clausola inserita nel contratto di assicurazione¹⁶. Deve pertanto ritenersi applicabile in via prioritaria la disciplina relativa a quest'ultimo¹⁷ e che solo per i profili non regolati si potrà ricorrere all'analogia con riferimento alla normativa dell'istituto che appare, a seconda dell'aspetto che viene in rilievo nel caso concreto, più vicino al patto gestorio (principalmente, il mandato).

In giurisprudenza, prevale la tesi che ravvisa nel patto di gestione della lite il conferimento di un mandato *in rem propriam* senza rappresentanza¹⁸. È, tuttavia, presente anche un indirizzo che propende per la qualificazione in termini di negozio atipico accessorio al contratto di assicurazione¹⁹.

La clausola, oltre che essere ritenuta pacificamente valida ed efficace²⁰, è considerata non vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c., in quanto non limitativa del diritto di difesa dell'assicurato dal momento che non pregiudica il suo diritto di far valere i limiti del massimale²¹.

4. Diritti ed obblighi dell'assicuratore

Il patto di gestione della lite pone in capo alle parti una serie di obblighi, cui sono speculari corrispondenti diritti. La disciplina del complesso delle situazioni giuridiche soggettive dei contraenti è desumibile, oltre che dal regolamento contrattuale, anche dalle norme dettate in tema di mandato – applicate direttamente o in via analogica a seconda della qualificazione prescelta – nonché dai principi generali di correttezza e buona fede.

Per quanto concerne i diritti dell'assicuratore, va in primo luogo sottolineato che l'assunzione della gestione costituisce una facoltà e non un obbligo per l'*insurer*. Secondo un'espressione ricorrente nei contratti di assicurazione, infatti, la compagnia assume "*fino a quando ne ha interesse*"²² la conduzione delle vertenze.

¹⁵ A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 288; A. DI BIASE, *Aspetti problematici*, cit., p. 1197.

¹⁶ A. DI BIASE, *Aspetti problematici*, cit., p. 1203.

¹⁷ Per es., troverà applicazione l'art. 2952, co. 2, c.c. (prescrizione biennale relativa ai diritti derivanti da contratti di assicurazione) e non l'art. 2946 c.c. (prescrizione ordinaria decennale, applicabile al mandato).

¹⁸ Cass., 28 novembre 1995 n. 12302; Cass., 14 ottobre 1993, n. 10170; Cass., 27 aprile 1990, n. 3548.

¹⁹ Cass., 12 giugno 1999, n. 5821; Cass., 17 novembre 1994, n. 9744.

²⁰ Cass., 23 maggio 2019, n. 14107.

²¹ Cfr., Cass. 21 febbraio 2006, n. 3663; Cass. 7 giugno 1995, n. 6367.

²² A.C. NAZZARO, *Profili*, cit., p. 3.

Si ritiene che l'interesse dell'assicuratore sussista “*fino a quando i fatti dedotti nella vertenza da gestire [siano] compresi nell'ambito di copertura della polizza e fino a quando la valutazione del danno derivante da detti fatti [sia] compresa nel massimale garantito*”²³.

Cosicché, qualora l'*insurer* ritenga che il sinistro non rientri nella copertura assicurativa o che il danno superi l'importo del capitale assicurato, potrà rifiutare di assumere la gestione o interromperla se già iniziata²⁴. In ogni caso, il rispetto dei principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) impone all'assicuratore, che non intenda provvedere alla direzione del processo, di informarne tempestivamente l'assicurato affinché questi possa curare da sé i propri interessi²⁵.

Una volta intervenuta la nomina dell'avvocato designato dall'assicuratore, si ritiene che questi sia titolare del potere di impartire istruzioni al legale per la definizione della strategia processuale. Tale prerogativa si direbbe discendere da alcune previsioni codicistiche che – ponendo a carico dell'*insurer* le spese di resistenza sostenute dall'*insured* (art. 1917, co. 3, c.c.)²⁶ ed escludendo il rimborso delle spese di salvataggio avventate (art. 1914, co. 2, c.c.) – implicherebbero il riconoscimento di un interesse giuridicamente rilevante dell'assicuratore alla migliore gestione della lite in vista della quantificazione di una somma risarcibile per quanto possibile bassa e ad un'attività processuale economicamente efficiente²⁷. Con questa ricostruzione può convenirsi, a patto che si tenga ben a mente che l'incarico del difensore, anche quando conferito da un terzo (in questo caso l'assicuratore), va svolto nell'esclusivo

²³ P. DONATO, *Spese di resistenza e patto di gestione della lite*, in *Dir. econ. ass.*, 2013, p. 180 ss. Cfr. anche E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni. Artt. 1904-1918*, Milano, 2010, p. 300.

²⁴ In caso di interruzione della gestione, l'assicuratore revocherà il mandato professionale conferito all'avvocato, il quale a sua volta rinuncerà alla procura alle liti. Non occorrerà alcuna indagine volta a stabilire se sia stato integrato o meno il requisito della giusta causa, richiesto dall'art. 1723, co. 2, c.c. per revocare il mandato (difensivo) conferito nell'interesse di un terzo (nella specie, dell'assicurato): deve, infatti, ritenersi che le parti, inserendo nella clausola l'espresso riferimento all'interesse dell'assicuratore, abbiano prevalutato le condizioni in presenza delle quali è possibile far venir meno la gestione. In ogni caso, la rinuncia alla procura *ad litem* non ha effetto nei confronti dell'altra parte finché non sia avvenuta la sostituzione del difensore (art. 85 c.p.c.).

²⁵ M. ROSSETTI, *Il patto di gestione della lite*, in G. ROMAGNOLI (a cura di), *I contratti di assicurazione con clausola di gestione della lite: profili giuridico applicativi*, Napoli, 2022, p. 162.

²⁶ È nota la ripartizione tra assicurato e assicuratore delle diverse tipologie di spese: le spese di resistenza sono quelle sostenute dall'*insured* per contrastare la pretesa del terzo danneggiato – con esclusione di quelle affrontate ad altri fini (per es. per la proposizione di eventuali domande riconvenzionali) – e la loro allocazione prescinde dal massimale, essendo soggetta ai diversi limiti stabiliti dall'art. 1917, co. 3, c.c.; le spese di soccombenza (ossia quelle sostenute dal terzo danneggiato risultato infine vittorioso, alla cui rifusione il giudice abbia condannato l'assicurato) costituiscono una delle tante conseguenze possibili del fatto illecito commesso dall'*insured*, e perciò questi ha diritto di ripeterle dall'assicuratore, nei limiti del massimale; le spese di chiamata in causa dell'assicuratore, infine, non costituiscono né spese di resistenza, né conseguenze del rischio assicurato, ma comuni spese processuali, soggette alla disciplina degli artt. 91 e 92 c.p.c. (Cfr. Cass., 13 marzo 2024, n. 6716).

²⁷ A.C. NAZZARO, *Profili*, cit., p. 9 s.

interesse della parte assistita (l'assicurato), con la conseguenza che, di fronte a direttive funzionali a favorire la posizione della compagnia in pregiudizio della situazione giuridica dell'*insured*, l'avvocato dovrà astenersi dall'eseguirle, esponendosi, in caso contrario, a responsabilità disciplinare²⁸.

È controverso, poi, se il patto di gestione della lite, data l'ampiezza della dizione impiegata, conferisca all'assicuratore il potere di pervenire ad una transazione con il danneggiato, vincolante per l'*insured*. La S.C., dopo aver in un primo momento risolto in senso affermativo la questione²⁹, è successivamente ritornata sui suoi passi statuendo che il patto non è di per sé idoneo ad abilitare l'assicuratore anche al compimento di atti dispositivi dei diritti dell'assicurato (ivi inclusa la transazione), essendo a tal fine necessario il conferimento di un espresso mandato³⁰. Quest'ultima impostazione è senz'altro preferibile: si è, infatti, evidenziato che la gestione della lite si colloca su un piano giuridico diverso dalla disposizione del diritto sostanziale oggetto della vertenza, che non può ritenersi compresa nella prima³¹; si è inoltre suggerito di fare applicazione dell'art. 1708 c.c. in base al quale il mandato generale non comprende, se non sono indicati espressamente, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, tra i quali va fatta rientrare, appunto, la transazione³². Sarà comunque possibile per l'assicuratore esperire tentativi di amichevole definizione della vertenza, ma un eventuale accordo transattivo non produrrà effetti in capo all'assicurato se questi non lo ratifica (art. 1711 c.c.).

Ci si potrebbe domandare poi se l'assicuratore, in forza del patto gestorio, sia abilitato ad impugnare la sentenza resa all'esito del giudizio. Al riguardo, non bisogna dimenticare che un simile potere, di carattere intimamente processuale, non può che discendere dalla ricorrenza di condizioni di natura parimenti processuale e non da uno strumento sostanziale quale una clausola inserita in un contratto di assicurazione. Ora, dal momento che la legittimazione ad impugnare deriva in via di principio dall'aver assunto la qualità di parte nel processo in cui è resa la sentenza³³, deve ritenersi che l'assicuratore che si limiti a condurre la vertenza senza

²⁸ Cfr. art. 23, co. 1 e 24, Codice deontologico forense, approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2014.

²⁹ Cass., 8 settembre 1970, n. 1332.

³⁰ Cass., 13 luglio 1977, n. 3138.

³¹ M. ROSSETTI, *Il patto di gestione della lite*, cit., 163.

³² F. RIGOLINO BARBERIS, *Assicurazione di responsabilità*, cit., p. 259.

³³ F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, 3ª ed., Torino, 2023, p. 301; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 13ª ed., Torino, 2023, p. 424 s.

intervenire nel giudizio non sarà abilitato a promuovere il procedimento di controllo da parte del giudice superiore³⁴.

Quanto agli obblighi, l'assicuratore è tenuto a gestire la vertenza con la dovuta diligenza, a designare e remunerare i legali³⁵, a valutare la fondatezza delle pretese avversarie, a informare l'assicurato delle scelte processuali adottate e dell'emersione di situazioni di potenziale o effettivo conflitto di interessi, a vagliare l'opportunità di resistere alla domanda del danneggiato, nonché, in caso affermativo, a svolgere adeguate difese, con l'esposizione a responsabilità per *mala gestio* nel caso di inadempimento³⁶.

5. Diritti ed obblighi dell'assicurato

Con il patto di gestione della lite l'assicurato diventa destinatario di una serie di attività svolte dall'assicuratore (servizi di consulenza, stime volte all'accertamento e alla quantificazione del danno, predisposizione di difese, raccolta di prove) finalizzate ad agevolare l'*insured*, a evitare "*ogni incombenza o disagio che il sinistro può per lui comportare*"³⁷ o semplicemente ad alleggerirlo dai fastidi del processo.

Dall'altro lato, sul soggetto assicurato gravano una serie di obblighi: egli deve demandare la gestione della vertenza, stragiudiziale o giudiziale, all'assicuratore, compiendo all'uopo tutte le attività strumentali; comunicare all'*insurer* qualsiasi iniziativa intentata o minacciata dall'asserito danneggiato; evitare ogni attività di accertamento, transazione o liquidazione del danno all'insaputa dell'assicuratore; mettere a disposizione di quest'ultimo tutte le informazioni utili (quali l'indicazione di eventuali testimoni e la descrizione dettagliata delle circostanze di fatto) e la documentazione in suo possesso; successivamente, in caso di contenzioso giudiziario in atto, l'assicurato ha l'obbligo di nominare il legale indicato dalla compagnia, conferendogli la procura alle liti³⁸.

³⁴ Alla luce di queste considerazioni, non è chiaro cosa intenda M. ROSSETTI, *Profili processuali*, cit., p. 61, quando afferma che, attraverso la clausola che occupa, l'assicurato può delegare l'assicuratore "*a proporre le eventuali impugnazioni*".

³⁵ Cass., 23 maggio 2019, n. 14107, cit.

³⁶ A. DI BIASE, *Aspetti problematici*, cit., p. 1206.

³⁷ L. COSTANTINI, *La gestione della lite*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2004, p. 148.

³⁸ A. DI BIASE, *Aspetti problematici*, cit., p. 1204. Sebbene la dizione dei formulari di contratto non sempre sia precisa, deve ritenersi che il mandato professionale (c.d. contratto di patrocinio) – in considerazione dell'obbligo dell'*insurer* di corrispondere il compenso al legale (obbligo che grava su chi conferisce l'incarico, anche se questo è svolto nell'interesse di un altro soggetto: cfr. Cass., 23 novembre 2021, n. 36336; Cass., 30 settembre 2016, n. 19416) – sia conferito dall'assicuratore (nella veste di cliente) all'avvocato e che l'assicurato (nella veste di parte assistita) si limiti a rilasciare la procura *ad litem* al difensore. Nello stesso senso A. MONTI, *La gestione del sinistro nell'assicurazione di responsabilità civile: esperienze applicative e casistica*, in G. ROMAGNOLI (a cura di), *I contratti di assicurazione con clausola di gestione della lite: profili giuridico applicativi*, Napoli, 2022, p. 46. Si viene così a configurare una singolare situazione: l'assicuratore è al tempo stesso mandatario dell'assicurato e mandante dell'avvocato ma l'avvocato agisce nel nome del primo mandante (l'assicurato).

Il patto è spesso accompagnato, come sanzione per la sua trasgressione, da una clausola di esclusione del rimborso delle spese legali qualora l'assicurato nomini difensori e tecnici di sua fiducia in luogo di quelli designati dall'assicuratore³⁹.

Una tale pattuizione, isolatamente considerata, andrebbe considerata nulla per contrarietà all'art. 1917, co. 3, c.c. che riconosce – con previsione insuscettibile di deroga *in peius* a sfavore dell'assicurato ai sensi dell'art. 1932 c.c. – all'*insured* il rimborso (nei limiti stabiliti dalla norma)⁴⁰ delle spese di resistenza sostenute per contrastare l'iniziativa giudiziaria del danneggiato⁴¹.

Tuttavia, il discorso si pone in termini diversi quando la previsione negoziale in parola venga abbinata ad un patto di gestione della lite. La S.C. ha, infatti, avuto modo di precisare che con tale patto, dal momento che l'assicuratore mette a disposizione dell'assicurato i propri legali occupandosi della relativa remunerazione, si persegue esattamente lo stesso scopo avuto di mira dall'art. 1917, co. 3, c.c., ossia quello di tenere indenne l'*insured* dalle spese di resistenza in giudizio⁴². Non vi è differenza, infatti, dal punto di vista concettuale tra rimborsare all'assicurato il denaro speso al fine di resistere alle pretese del terzo e remunerare direttamente l'avvocato che sosterrà le sue ragioni. In questa prospettiva, il patto di gestione della lite viene a configurarsi come una lecita modalità di adempimento sostitutiva dell'obbligo di rifusione previsto dalla disposizione codicistica⁴³ e la clausola che nega il rimborso dei compensi corrisposti ai difensori non muniti del *placet* dell'*insurer* costituisce un legittimo

³⁹ A.C. NAZZARO, *Profili*, cit., p. 5.

⁴⁰ Nel caso in cui sia accertato un danno pari o inferiore al massimale (o somma assicurata), le spese di resistenza sono poste a carico dell'assicuratore nei limiti di un quarto del massimale. Il limite del quarto costituisce una somma distinta e ulteriore rispetto al massimale di polizza, con la conseguenza che – da un lato – anche una volta esaurito il massimale per la copertura del danno, l'assicuratore dovrà comunque corrispondere le spese di resistenza fino al tetto massimo previsto dall'art. 1917, co. 3, c.c. e che – dall'altro – anche qualora dovesse residuare una porzione del massimale che non sia stato totalmente assorbito per il pagamento dell'indennizzo, non sarà possibile impiegare detta porzione per il rimborso delle spese di resistenza, che potrà avvenire solo nei limiti del quarto (Cfr. L. COSTANTINI, *La gestione della lite*, cit., p. 206; Cass., 15 marzo 2004, n. 5242; secondo Cass., 14 febbraio 2013, n. 3638 e Cass., 28 febbraio 2008, n. 5300 il limite del quarto opererebbe persino nell'ipotesi in cui nessun risarcimento sia stato riconosciuto al danneggiato, e dunque in presenza di un massimale interamente non utilizzato: ciò anche se le spese gravino sul danneggiato soccombente, cosicché sarà l'assicuratore ad escutere il terzo e ad assumersi il rischio della sua insolvenza (E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, cit., p. 296). Per una sintesi delle diverse posizioni sul tema, v. M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati*, in *Contratto e Impresa*, 3, 2017, p. 1010).

Nel caso in cui sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato, il totale delle spese giudiziali sarà ripartito tra assicuratore e assicurato nello stesso rapporto in cui la somma assicurata (importo che deve essere pagato dall'*insurer*) sta alla differenza tra il danno da risarcire al terzo e il massimale (differenza che è a carico dall'*insured*): cfr. V. ANGELONI, *Assicurazione*, cit., p. 568;

⁴¹ Cass., 5 luglio 2022, n. 21220.

⁴² Cass., 19 febbraio 2020, n. 4202.

⁴³ Cass., 23 maggio 2019, n. 14107, cit.

strumento posto a tutela del sinallagma contrattuale⁴⁴: non si tratterebbe qui di una deroga *in peius* pura e semplice, in quanto il diniego di rimborso si accompagna all’offerta di assistenza legale da parte dell’assicuratore ed è il rifiuto dell’assicurato di usufruirne a far scattare l’esclusione. Anzi, si potrebbe addirittura sostenere che si tratti di una deroga *in melius*, siccome – mentre ai sensi dell’art. 1917, co. 3, c.c. il rimborso è contenuto nei limiti quantitativi previsti dalla norma (con la conseguenza che l’eccedenza resta a carico dell’assicurato) – con il patto gestorio l’assicuratore provvede all’integrale compenso del difensore.

Al contempo, *“a giustificare l’esclusione del rimborso delle spese legali non può bastare la sola astratta previsione, quale accessorio del contratto di assicurazione, del patto di gestione della lite, ma occorre che di tale patto le parti abbiano anche manifestato la volontà di avvalersi e di renderlo concretamente operante con l’assunzione diretta da parte della compagnia della difesa legale dell’assicurato”*⁴⁵. Ne consegue che, se l’assicuratore non offre di gestire la lite, nonostante le sollecitazioni dell’assicurato, quest’ultimo deve ritenersi libero di procedere alla nomina di difensori di sua fiducia conservando il diritto al rimborso ex art. 1917, co. 3, c.c.: sarebbe, infatti, assurdo che, a fronte dell’inerzia dell’assicuratore, la clausola continui ad inibire l’autonoma iniziativa dell’*insured* il quale, in questo modo, – da un lato – si vedrebbe negata l’assistenza dell’*insurer* indolente e – dall’altro – non potrebbe neppure procedere agli adempimenti necessari per provvedere alla sua difesa legale senza contravvenire all’accordo. Anche nei casi in cui, ricorrendo le condizioni appena menzionate, l’assicurato deve considerarsi legittimato a costituirsi in giudizio a mezzo di un proprio difensore di fiducia, in dottrina vi è chi – valorizzando quella giurisprudenza che qualifica le spese di resistenza come *species* del più ampio *genus* delle spese di salvataggio⁴⁶, sostenute dall’assicurato per evitare o diminuire il danno, con applicazione della relativa disciplina – giunge comunque a prospettare la possibilità per l’assicuratore di escludere il rimborso delle spese di resistenza che si dimostri essere *“state fatte inconsideratamente”* dall’*insured* (art. 1914, co. 2, c.c.)⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. ancora Cass., 19 febbraio 2020, n. 4202, cit., la quale afferma che “[a]d essere legittimo cioè [...] è non già, tout court, la clausola di esclusione del rimborso delle spese legali in sé e per sé considerata indipendentemente dalle restanti previsioni contrattuali, ma bensì il patto di gestione della lite e, per conseguenza, anche detta clausola in quanto ad esso correlata”. *Contra*, Cass., 13 ottobre 2022, n. 29926, che ha ritenuto illegittima la clausola di esclusione del rimborso delle spese di resistenza abbinata ad un patto di gestione della lite, senza tuttavia confrontarsi con le argomentazioni contenute nel precedente del 2020.

⁴⁵ Cass., 19 febbraio 2020, n. 4202, cit. L’assunto può essere considerato espressione del principio ricavabile dall’art. 1460 c.c. (eccezione di inadempimento): sebbene quella dell’assicuratore sia una facoltà e non un obbligo (di talché non vi è un inadempimento in caso di rifiuto di gestione), l’esclusione del rimborso in tanto si giustifica in quanto vi sia stata un’effettiva assunzione della lite (o quantomeno un’offerta in tal senso) e la tutela del sinallagma contrattuale è proprio l’obiettivo perseguito dal legislatore con l’art. 1460 c.c. Cfr. Cass., 26 gennaio 2006, n. 1690.

⁴⁶ Cass., 13 marzo 2024, n. 6716, cit.; Cass., 9 aprile 2015, n. 7087.

⁴⁷ A.C. NAZZARO, *Profili*, cit., p. 18.

Tuttavia, anticipando quanto si dirà in prosieguo, la necessità di coordinare quanto affermato dalla Cassazione con il diritto dell'assicurato a chiamare in causa l'assicuratore (art. 1917, co. 4, c.c.) induce a ritenere che l'esclusione del rimborso delle spese di resistenza possa legittimamente operare solo quando l'*insured*, costituendosi con un avvocato di fiducia, non abbia provocato l'intervento coatto della compagnia, perché in tal caso il mancato rispetto dell'accordo non trova alcuna giustificazione. Se invece l'assicurato, con il legale di sua scelta, abbia fatto ricorso allo strumento di cui all'art. 106 c.p.c., egli non può dirsi inadempiente e avrà diritto, comunque, al rimborso ex art. 1917, co. 3, c.p.c.⁴⁸

Le considerazioni svolte dalla S.C. nell'ordinanza 4202/2020 consentono, inoltre, di risolvere la questione della potenziale vessatorietà del patto gestorio ai sensi dell'art. 33, co. 2, lett. t, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), quando si rientri nel campo di applicazione di tale testo normativo.

Questa disposizione presume l'abusività della clausola che abbia per oggetto o per effetto quello di comportare per il consumatore "*restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi*": in questa prospettiva, si potrebbe essere indotti ad affermare che il patto di gestione della lite, escludendo il rimborso delle spese sostenute da legali non designati dall'assicuratore, limiti di fatto il diritto dell'assicurato di contrarre con l'avvocato che desidera. Tuttavia, considerato che l'abusività della clausola non è prevista in modo assoluto dall'art. 33 cit., essendo consentito al professionista di impedire la declaratoria di nullità provando che la pattuizione non produce un significativo squilibrio contrattuale, sembra potersi affermare che la menzionata pronuncia della Corte – nel ritenere realizzata, almeno sotto il profilo dell'assistenza legale e del riparto delle spese, una proporzione tra diritti ed obblighi delle parti – abbia sostanzialmente escluso che si verifichi una tale situazione di equilibrio.

Va precisato che la previsione di "*restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi*" costituisce una clausola vessatoria anche ai sensi dell'art. 1341 c.c. e in questo caso non è possibile per il predisponente fornire la prova contraria, come invece prevede il Codice del consumo. Ma all'assicuratore sarà sufficiente, per escludere l'inefficacia, ottenere una specifica sottoscrizione da parte dell'assicurato⁴⁹.

⁴⁸ V. *infra*, § 7.2.

⁴⁹ M. ROSSETTI, *Il patto di gestione della lite*, cit., p. 165 esclude che il patto gestorio sia una clausola vessatoria comportante "*restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi*" (senza distinguere a seconda che si applichi il Codice del consumo o l'art. 1341 c.c.), ma lo fa impiegando argomentazioni non convincenti. In primo luogo, l'A. afferma che "*l'assicurato non perde affatto il diritto di nominare tutti gli avvocati che volesse. Semplicemente, non potrà pretendere di essere tenuto indenne delle relative spese*"; affermazione che, così come formulata, sembra implicare che non si dia luogo ad una restrizione della libertà negoziale dell'assicurato. Ma una limitazione di libertà si ha non solo quando l'esercizio di un diritto venga escluso in tutto o in parte, ma anche quando il suo esercizio risulti più oneroso (maggiore onerosità che qui è rappresentata dalla perdita del diritto alla rifusione). In secondo luogo, Rossetti sostiene che "*se si ammette che la nomina di un difensore rientra*

6. Conflitto di interessi e *mala gestio*

L'assunzione della gestione della lite da parte dell'assicuratore si giustifica alla luce della tendenziale comunanza di interessi tra *insurer* e *insured*: infatti, l'assicuratore è interessato a vincere la lite per non corrispondere né l'indennizzo né le spese di resistenza; l'assicurato è interessato a tutelare la propria posizione giuridica, la propria reputazione e il proprio patrimonio (essendo tenuto a corrispondere al terzo le somme eccedenti il massimale di polizza). Tuttavia, non può escludersi che, in concreto, l'allineamento della posizione di questi due soggetti possa venir meno: basti pensare al caso in cui l'assicurato manifesti la volontà di proseguire un giudizio per ragioni che attengono alla salvaguardia della propria immagine professionale a fronte di una proposta transattiva considerata economicamente vantaggiosa dalla compagnia. Eventualità di questo tipo possono portare all'emersione di situazioni di conflitto di interessi.

In simili ipotesi, l'assicurato ha a sua disposizione, come rimedio preventivo, il potere di revocare, senza conseguenze sotto il profilo della responsabilità contrattuale, la rappresentanza tecnica conferita all'avvocato designato dalla compagnia⁵⁰.

In proposito, è bene precisare che l'*insured* – anche in considerazione del fatto che il patto gestorio, come si avrà modo di approfondire, non ha dirette ricadute processuali –, al pari di un qualsiasi assistito, è libero di revocare la procura alle liti, con piena efficacia nei confronti del difensore. La scelta dell'assicurato incide, però, sul piano dei rapporti con la controparte negoziale (l'assicuratore), essendo la nomina dell'avvocato designato (e poi spogliato dell'incarico) oggetto di una specifica pattuizione, e potrebbe essere valutata come violazione del patto (con conseguente esclusione del rimborso delle spese di resistenza sostenute per effetto dell'attività del difensore nominato in sostituzione).

Orbene, la S.C. – individuando un punto di equilibrio tra le opposte esigenze di rispetto del patto di gestione, da un lato, e di salvaguardia del rapporto fiduciario che deve intercorrere tra parte assistita e professionista, dall'altro – ha affermato che la revoca della procura *ad litem*

nel genus delle spese di salvataggio, varrà anche per gli onorari del difensore il divieto di rimborso delle spese avventate. E certamente è spesa avventata quella sostenuta per ottenere dal mio avvocato quel che già poteva darmi l'avvocato scelto dall'assicuratore". Tuttavia, spese avventate devono ritenersi solo quelle sostenute per il compimento di attività processuali prive in astratto di potenziale utilità rispetto allo scopo di ottenere il rigetto della domanda del danneggiato e non possono dirsi senz'altro inutili le spese relative all'attività svolta dall'avvocato di fiducia dell'*insured* per la difesa in giudizio.

⁵⁰ Applicando (direttamente o in via analogica) la disciplina del mandato *in rem propriam*, l'assicurato potrebbe revocare lo stesso mandato conferito all'assicuratore, costituendo l'emersione di una situazione di conflitto di interessi una giusta causa di revoca ex art. 1723, co. 2, c.c.: Cfr. V. ANGELONI, *Assicurazione*, cit., p. 565; V. CUSUMANO, *La mala gestio come potenziale limite alla discrezionalità decisionale attribuita dalla clausola di gestione della lite*, in G. ROMAGNOLI (a cura di), *I contratti di assicurazione con clausola di gestione della lite: profili giuridico applicativi*, Napoli, 2022, p. 135 s.

intervenuta nel giudizio sull'evento assicurato non dà luogo a inadempimento contrattuale a condizione che l'*insured* dimostri (ovviamente, nell'eventuale successivo giudizio tra assicuratore e assicurato relativo all'esecuzione del contratto) che la revoca sia stata determinata dalla circostanza che la prestazione professionale si stava svolgendo in modo non conforme ai suoi interessi. Infatti, l'obbligo di osservanza del patto di gestione della lite cede di fronte alla disposizione, di rango costituzionale, che impone l'espletamento del mandato defensionale con modalità idonee a garantire la piena tutela del patrocinato (art. 24 Cost.)⁵¹. Oltre a ciò – passando così ad un rimedio successivo –, la cattiva conduzione della vertenza da parte dell'assicuratore rende configurabile a carico di quest'ultimo una responsabilità per *mala gestio*⁵², con l'obbligo di rispondere, anche oltre il limite del massimale, del danno arrecato all'assicurato con la sua condotta colposa: danno che consisterà nelle somme, eccedenti il capitale assicurato, corrisposte al terzo. L'irrelevanza del massimale discende qui dalla circostanza che l'obbligazione dell'assicuratore trova il suo fondamento (non nel contratto di assicurazione cui dare esecuzione, ma) nell'art. 1218 c.c. per non aver adempiuto all'obbligo di gestire la lite con la dovuta diligenza, in violazione degli artt. 1175, 1176 e 1375 c.c.⁵³ La responsabilità per *mala gestio* dell'assicuratore è stata affermata nell'ipotesi in cui la gestione della lite sia stata tale da arrecare pregiudizio all'assicurato per l'eccessiva cura degli interessi dell'*insurer*, ovvero quando si sia trattata di una gestione dilatoria, indolente, o comunque non caratterizzata dalla cura diligente dei comuni interessi, o ancora quando la compagnia abbia rifiutato, senza apprezzabile motivo o in modo pretestuoso, di aderire ad una

⁵¹ Cass., 2 luglio 2021, n. 18770. Sebbene la vicenda esaminata dalla S.C. avesse ad oggetto una fattispecie particolare (si trattava di una transazione contenente un patto di manleva con cui il garante si impegnava a tenere indenne il garantito in caso di pretese fiscali dirette a contestare l'effettiva misura degli importi transattivi ricevuti, a condizione che, nel caso di contestazione fiscale, nel collegio difensivo fosse presente un fiscalista di fiducia del garante), la Corte ha in più punti evidenziato i parallelismi intercorrenti con il patto di gestione della lite. Il che consente di estendere a quest'ultimo le considerazioni fatte dal giudice di legittimità.

⁵² Si prende qui in considerazione la sola ipotesi di *mala gestio* c.d. propria, afferente ai rapporti tra assicuratore e assicurato-danneggiato in presenza di un patto di gestione della lite, e non anche la *mala gestio* c.d. impropria, che invece attiene ai rapporti tra assicuratore e terzo danneggiato. Quest'ultima si configura nei casi di azione diretta del danneggiato ex art. 144 c.a.p. (Codice delle assicurazioni private) allorché l'assicuratore ritardi colpevolmente il pagamento dell'indennizzo. In quest'evenienza, l'*insurer* sarà obbligato verso il danneggiato oltre il limite del massimale, ex art. 1224 c.c., senza necessità di altra prova del danno, quanto agli interessi legali maturati sul massimale per il tempo della mora, e anche oltre il limite del saggio legale, in presenza di allegazione e prova del "maggior danno" di cui allo stesso art. 1224, co. 2.: cfr., ex multis, Cass., 17 febbraio 2016, n. 3014.

⁵³ Cfr. Cass., 28 novembre 1995, n. 12302; Cass., 9 gennaio 1990, n. 7; E. COLOMBINI, *Obbligo di salvataggio nell'assicurazione di responsabilità civile*, in *Arch. civ.*, 1992, p. 209 ss.; E. INCHINGOLO, *Prescrizione breve del diritto di garanzia dell'assicurato e responsabilità per mala gestio dell'assicuratore*, in *NGCC*, 4, 2001, p. 526; P. PERSANO ADORNO, *Il patto di gestione*, cit., p. 1305. In questo modo, le conseguenze negative dell'operato dell'avvocato – benché questi agisca nel processo nel nome dell'assicurato-assistito – saranno riversate sull'assicuratore-cliente, che è tenuto a rispondere del fatto doloso o colposo commesso dai terzi di cui si sia avvalso nell'adempimento della propria obbligazione (art. 1228 c.c.).

proposta transattiva con il danneggiato⁵⁴. In tutti questi casi, l'assicurato dovrà dimostrare il fatto obiettivo del comportamento dell'assicuratore che non abbia diretto diligentemente la lite, comportamento che verrà valutato dal giudice sulla base di un giudizio *ex ante* con riferimento alla situazione preesistente ed alla probabilità dell'esito del giudizio e non *ex post* in relazione alla sua effettiva conclusione⁵⁵.

Come già osservato, in via di principio, fin quando si discuta del solo rapporto principale (quello tra assicurato e danneggiato), gli interessi di assicurato e assicuratore coincidono. Può accadere, però, che l'assicuratore metta in discussione il rapporto di garanzia, affermando che il sinistro non rientra nella copertura di polizza ovvero che non vi è un valido rapporto assicurativo.

Se la contestazione avviene prima che la gestione sia iniziata, è evidente che manca *ab origine* l'interesse dell'assicuratore ad assumere la lite: non avrebbe senso per la compagnia prestare assistenza legale all'assicurato per difenderlo relativamente al rapporto principale se la prima ritiene che il rapporto di garanzia comunque non sussista.

Diverso è il caso in cui la contestazione intervenga in un momento posteriore all'avvio dell'attività gestoria: l'*insurer* – che successivamente si convinca di non essere tenuto alla manleva – non trarrebbe alcun beneficio dalla prosecuzione della conduzione del processo e sarà quindi indotto, per sopravvenuto difetto di interesse, a interrompere la gestione. Tuttavia, la contestazione successiva si scontra con il pregresso comportamento dell'assicuratore che aveva messo a disposizione i propri legali. Si ritiene, quindi, che debba distinguersi a seconda che la compagnia abbia assunto la gestione con riserva⁵⁶ o senza.

In presenza della riserva, le eccezioni relative alla copertura assicurativa saranno senz'altro spendibili. È, invece, discussa l'ipotesi dell'assunzione della lite senza riserve. Al riguardo si contrappongono due orientamenti: per parte della giurisprudenza un simile contegno costituisce un comportamento concludente incompatibile con la successiva deduzione dell'eccezione di inoperatività della polizza, risolvendosi in un'implicita rinuncia alla stessa⁵⁷; secondo un diverso indirizzo, l'accettazione senza riserve di per sé non è idonea a determinare

⁵⁴ Cass. 5 marzo 1994, n. 2177; Cass., 9 gennaio 1990 n. 7, cit. Per una completa panoramica giurisprudenziale sulle ipotesi di *mala gestio*, v. R. LATTANZI, *Questioni in tema di "patto di gestione" della lite incluso nel contratto di assicurazione r. c.*, in *NGCC*, 1991, p. 426 ss.

⁵⁵ Cass., 24 giugno 2024 n. 17294; Cass., 28 novembre 2007, n. 24747; Cass., 5 febbraio 2004, n. 2195.

⁵⁶ Formulando la riserva, l'assicuratore non sta già contestando l'operatività della polizza: se contestasse subito, infatti, si ricadrebbe nell'ipotesi, descritta nel testo, di difetto originario di interesse nel gestire la lite. Con la riserva, l'*insurer* mira soltanto ad impedire che la messa a disposizione dei suoi avvocati possa essere valutata come rinuncia implicita a far valere successivamente l'eventuale insussistenza del rapporto di garanzia. Quindi non vi è contraddizione tra assumere la lite e formulare la riserva.

⁵⁷ Cass., 7 ottobre 1982, n. 5142; Cass., 16 giugno 1976, n. 2281.

una rinuncia tacita a far valere le eccezioni relative al contratto, essendo a tal fine necessario il concorso di altri elementi indiziari da cui desumere una volontà negoziale ricognitiva del diritto all'indennizzo ed abdicativa delle clausole contrattuali favorevoli all'assicuratore⁵⁸.

Secondo alcuni autori, la possibilità per la compagnia di eccepire l'assenza di copertura assicurativa troverebbe conferma nell'orientamento giurisprudenziale⁵⁹ che qualifica la contestazione circa l'operatività della polizza non come eccezione in senso proprio, bensì come mera difesa (in quanto tale non suscettibile di abbandono o rinuncia, neppure in caso di mancata riproposizione in sede di precisazione delle conclusioni): in questa prospettiva, l'assicuratore potrebbe sottoporre senza limiti la questione al giudice che conserverebbe il potere di pronunciarsi sulla stessa, anche in assenza di pregresse riserve⁶⁰. Tale tesi, tuttavia, non appare persuasiva.

Appare utile, per districare la questione, tenere ben presente la collocazione temporale dei diversi avvenimenti: in relazione alla mancata formulazione di riserve, è evidente che si fa riferimento al comportamento tenuto dall'assicuratore all'atto stesso di accettare la gestione, con la messa a disposizione dei propri avvocati, e quindi ad una condotta anteriore al compimento di attività nell'ambito del processo e comunque estranea ad esso; quanto alle eccezioni che sarebbero precluse, è del pari evidente che si tratti di quelle del successivo giudizio che veda contrapposti *insurer* e *insured*, dal momento che, nel processo relativo al danno cagionato al terzo, l'avvocato (che, sebbene incaricato dall'assicuratore, difende solo ed esclusivamente l'assicurato) non può sollevare un'eccezione contro il proprio assistito e relativa ad un rapporto non dedotto in giudizio (il rapporto di garanzia).

Fatte queste precisazioni, si può affermare che la qualificazione della contestazione dell'operatività della polizza non è rilevante ai fini della risoluzione della questione del significato da attribuire al silenzio serbato dall'assicuratore all'atto dell'assunzione della gestione. Stabilire se l'inoperatività della polizza costituisce una mera difesa o un'eccezione è utile nel contesto del giudizio tra assicurato e assicuratore in relazione alla condotta di quest'ultimo consistita nel non aver sollevato la questione in precedenti occasioni dello stesso processo, laddove la mancata formulazione di riserve – come si è visto – costituisce un

⁵⁸ Cass., 12 ottobre 1981, n. 5335; Cass., 20 gennaio 1981, n. 473.

⁵⁹ Cass., 3 luglio 2014, n. 15228; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1967. Quest'orientamento è giustamente criticato in quanto la formula "inoperatività della polizza" esprime un concetto "*di sconfinata latitudine, idone[o] a ricomprendere le vicende più disparate*" (M. ROSSETTI, *Profili processuali*, cit., p. 75), che possono andare dalla semplice contestazione del diritto dell'assicurato (mera difesa) all'allegazione di un fatto in funzione impeditiva, modificativa ed estintiva (eccezione).

⁶⁰ F. PECCENINI, *Assicurazione. Libro quarto: Obbligazioni art.1882-1932*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2011, p. 198 s. Il rischio che si pervenga a questa conclusione è paventato anche da A. DI BIASE, *Aspetti problematici*, cit., p. 1213, che però alla fine opta per una diversa soluzione, qualificando l'accettazione della lite senza riserve come negozio di accertamento dell'efficacia del contratto di assicurazione.

comportamento extra-processuale dell'*insurer* che si colloca all'esterno di un diverso ed antecedente giudizio (quello tra assicurato e danneggiato). La soluzione deve, quindi, essere ricercata altrove.

Può soccorrere in proposito il principio di coerenza⁶¹, in forza del quale il compimento di un atto processuale preclude il compimento di atti incompatibili con il primo, di modo che siano rimossi gli effetti utili ritraibili dalla condotta contraddittoria della parte. Il principio è stato formulato con riguardo al compimento di attività interne allo stesso procedimento, e non pare aver ricevuto sinora sviluppi ulteriori. Tuttavia, tenuto conto che – da un lato – la giurisprudenza, sia pur ad altri fini, non esita a valorizzare il contegno extra-processuale della parte per trarne, invece, conseguenze processuali⁶² e – dall'altro – che la vigenza del divieto di *venire contra factum proprium* è (sia pur isolatamente) riconosciuta sia sul piano del diritto sostanziale⁶³ che su quello del diritto processuale, non si vede perché non riferire la portata del divieto ai rapporti tra l'uno e l'altro, risolvendosi il comportamento contraddittorio di una parte, in entrambe le dimensioni considerate, in una fonte di disorientamento idonea a pregiudicare il legittimo affidamento della controparte. In questo senso, l'operatività del principio potrà investire anche i comportamenti esterni al processo rispetto al quale far operare la preclusione.

Si può quindi affermare che la deduzione di eccezioni di inoperatività della polizza sia incompatibile con l'assunzione della gestione della lite senza riserve e sia, perciò, preclusa. Con una eccezione: deve infatti ritenersi che l'assicuratore, malgrado la mancata formulazione

⁶¹ Teorizzato da F. AULETTA, *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte: nuovi approdi dell'analisi economica del diritto processuale civile*, in *Il giusto processo civile*, 2015, 4, p. 959 ss., che ne ravvisa il fondamento giuridico (p. 963 ss.) in una serie di disposizioni del codice di rito (artt. 159, co. 3 - 329, co. 1 - 39, co. 1, c.p.c.), cui potrebbe aggiungersi, per effetto della riforma del 2022, anche l'art. 37 c.p.c. che codifica oggi la soluzione già accolta dal diritto vivente. Cfr. anche *Id*, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può più contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Foro it.*, 2017, I, 3, c. 986 ss.; *Id*, *La nullità della relazione del consulente tecnico: un confronto tra i principi di offensività del vizio e di coerenza nella difesa della parte*, in *Corr. giur.*, 2016, 2, p. 265; V. CAPASSO, *Intelligenza artificiale e "quantificazioni giurisprudenziali"*, in V. CAPASSO (a cura di), *En faveur d'un proces civil artificiellement intelligent. Une approche comparative. Atti del Convegno di Napoli, 12 maggio 2023*, Napoli, 2024, p. 96; Cass., 11 maggio 2023, n. 12918; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

⁶² Cfr. Cass., 13 settembre 2021, n. 24641, che ha affermato l'inammissibilità dell'istanza di esibizione ex art. 210 c.p.c. della documentazione bancaria di cui all'art. 119, co. 4, T.U.B. (Testo Unico Bancario) non preceduta da una richiesta alla banca di trasmissione degli stessi documenti; Trib. Verona, 28 febbraio 2014, citata da P. MARIOTTI e P. MASINI, *La Tabella del danno da abuso del processo ex art. 96 c.p.c., comma 3: struttura della Tabella, criteri liquidativi, profili assicurativi e prime applicazioni giurisprudenziali*, in AA.VV., *Le tabelle del tribunale di Milano per la liquidazione del danno non patrimoniale. Profili giurisprudenziali, assicurativi e comparatistici*, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 103, che ha applicato la sanzione prevista dall'art. 96, co. 3, c.p.c. nei confronti di una parte che aveva utilizzato un'argomentazione giuridica contraria a quella dalla stessa già adottata in un diverso processo.

⁶³ Sul tema v. F. FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano, 2007; F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006. Cfr. anche Cass., 11 dicembre 2000, n. 15592; Cass., 16 marzo 1999, n. 2315.

di riserve, possa successivamente contestare l'esistenza o il modo di essere del rapporto di garanzia allorché provi che la contestazione si basi su elementi di cui non poteva avere contezza, con l'ordinaria diligenza, all'atto dell'assunzione della gestione (ad esempio perché emersi solo per effetto dell'attività istruttoria del danneggiato), in virtù del principio per il quale la parte non può incorrere in preclusioni incolpevoli⁶⁴.

7. Profili processuali

L'analisi delle caratteristiche del patto di gestione della lite va completata con un esame condotto in rapporto alla dimensione sulla quale esso è destinato, sia pur indirettamente, ad incidere: il processo.

7.1. La posizione processuale dell'assicuratore

Il patto gestorio produce effetti circoscritti ai rapporti interni dei contraenti e non ha rilevanza processuale: convenuto in giudizio dal danneggiato è l'*insured*, che rilascia la procura alle liti al difensore, sicché parte in causa è l'assicurato e non l'assicuratore⁶⁵. Né, nonostante l'ampia formulazione della clausola esaminata, appare possibile ipotizzare che l'assicuratore possa far valere direttamente in giudizio le ragioni dell'assicurato, assumendo la posizione di sostituto o di rappresentante processuale.

Sicuramente da escludere è la prima eventualità, posto che l'attribuzione della legittimazione straordinaria non può essere rimessa all'autonomia negoziale, ma deve essere espressamente prevista dalla legge (art. 81 c.p.c.), cosa che qui non avviene.

Parimenti deve escludersi che l'assicuratore, in forza del patto, sia legittimato a contraddire alla pretesa del terzo in qualità rappresentante processuale volontario dell'assicurato. In base all'art. 77 c.p.c. la rappresentanza processuale può essere conferita soltanto a chi sia munito di un potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio, dal momento che la disposizione menziona, come possibili destinatari dell'investitura processuale, soltanto il "*procuratore generale e quello preposto a determinati affari*"⁶⁶; inoltre, il potere di "*stare in giudizio per il preponente*" deve essere conferito espressamente per iscritto.

⁶⁴ Principio desumibile da una serie di previsioni, quali gli artt. 153, co. 2 e 345, co. 3, c.p.c. e, per effetto dell'intervento della Consulta, gli artt. 297, co. 1 e 305 c.p.c.

⁶⁵ V. ANDRIOLI, *Peculiarità processuali*, cit., c. 345.

⁶⁶ Cass., 8 giugno 2023, n. 16323; Cass., 29 ottobre 2018, n. 27414; Cass., 11 giugno 2004, 11097; V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, p. 224 ss.; S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile. Disposizioni generali*, Milano, 1966, p. 265 ss.

Vero è che il patto di gestione della lite, secondo la formula più diffusa, prevede che “[l]’assicuratore assume [...] la gestione delle vertenze tanto in sede stragiudiziale che giudiziale [...] a nome dell’assicurato”: dalla formula indubbiamente discende, quindi, la possibilità di spendere il nome dell’*insured* (c.d. *contemplatio domini*)⁶⁷; inoltre, può forse ammettersi che la pattuizione conferisca un potere rappresentativo sul piano del diritto sostanziale, interpretando in tal senso l’inciso che abilita la compagnia ad agire “in sede stragiudiziale”. Deve però escludersi che a ciò si accompagni l’attribuzione di una rappresentanza processuale, in quanto “assume[re] la gestione delle vertenze” è una formula dal contenuto così vago e ambiguo da non consentire di ritenere integrato il requisito dell’espresso conferimento per iscritto del potere di “stare in giudizio per il preponente” previsto dall’art. 77 c.p.c.

Si noti, peraltro, che l’impossibilità di desumere implicitamente l’attribuzione di un simile potere (oltre che discendere dal chiaro disposto legislativo) è confermata anche dal tenore della clausola, complessivamente interpretata. Infatti, dopo aver riconosciuto all’assicuratore la facoltà di gestire la lite, il patto ne specifica le prerogative attraverso l’enunciazione del potere di “designa[zione] [di] legali e tecnici”. È evidente che quella considerata è un’attività processualmente irrilevante, perché ciò che conta per il processo è la nomina (di pertinenza dell’assicurato) e non la mera indicazione del soggetto da nominare; senza contare che, se davvero il patto attribuisse una rappresentanza processuale all’assicuratore, la procura alle liti sarebbe rilasciata direttamente da costui, che quindi non si limiterebbe alla sola “designazione” dell’avvocato.

Del resto, in dottrina e giurisprudenza, non si è mai giunti ad affermare che all’assicuratore sia conferita una rappresentanza processuale volontaria.

7.2. La chiamata in causa dell’assicuratore

Dalle considerazioni svolte emerge che, affinché l’*insurer* acquisisca la qualità di parte sarà necessario che questi intervenga nel processo, spontaneamente ai sensi dell’art. 105, co. 2, c.p.c. o coattivamente, per effetto della chiamata in causa ex art. 106 c.p.c.

Tale ultimo strumento è espressamente richiamato dall’art. 1917, co. 4, c.c., che, con una previsione inderogabile in senso sfavorevole per l’*insured* (art. 1932 c.c.), stabilisce che “[l]’assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l’assicuratore”⁶⁸.

⁶⁷ C. MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957, p. 183 ss.

⁶⁸ L’introduzione di tale previsione è giustificata dall’intenzione del legislatore di porre un freno alla prassi contrattuale anteriore al vigente codice che inseriva nelle condizioni di polizza il divieto di chiamare in causa l’assicuratore nel giudizio promosso dal danneggiato. Cfr. V. ANDRIOLI, *Peculiarità processuali*, cit., c. 342; G. ROMANELLI, *Il problema della compatibilità del patto di gestione della lite con l’art. 1917, 4° comma cod. civ.*, in *Arch. giur.*, 1976, p. 130.

L'*insured*, in forza di questa disposizione, vanta dunque un diritto alla chiamata in causa dell'*insurer*. Con l'art. 1917, co. 4, c.c., infatti, il legislatore non si limita a ribadire il potere di azione dell'assicurato contro l'assicuratore (potere che è implicito nel riconoscimento del suo diritto sostanziale all'indennizzo), ma mette a sua disposizione una specifica tecnica processuale di tutela: la chiamata in causa consente al garantito di cautelarsi in caso di soccombenza nella lite contro il danneggiato, offrendo all'assicurato il vantaggio di vincolare il garante alla decisione sul rapporto principale e di conseguire con la domanda di regresso, nello stesso processo, un titolo che gli consentirà, poi, di agire coattivamente contro il garante medesimo per l'indennizzo in caso di mancato adempimento spontaneo. L'interesse dell'assicurato al *simultaneous process*⁶⁹ è prevalutato dalla legge con una norma inderogabile *in peius*, cosicché il suo diritto non può essere oggetto di dismissione contrattuale. Non è, pertanto, condivisibile l'opinione espressa in dottrina⁷⁰ secondo cui, in presenza di un patto di gestione della lite, la chiamata in garanzia non sarebbe utilizzabile e darebbe luogo ad inadempimento dell'assicurato (di non scarsa importanza, tale da determinare la risoluzione dell'intero contratto), sul presupposto che con un simile patto le parti avrebbero inteso sostituire lo strumento di cui all'art. 106 c.p.c. Infatti, considerata l'inderogabilità *in peius* dell'art. 1917, co. 4, c.c., non è concepibile che all'assicurato venga negata la tutela garantita dalla norma senza che gli sia fornita, al contempo, un'utilità corrispondente: il patto di gestione della lite conferisce all'assicuratore poteri di conduzione della vertenza senza alcuna rilevanza sul piano del processo; per il conseguimento degli effetti processuali vantaggiosi per l'assicurato (estensione del giudicato e possibilità di proporre domanda di regresso) occorrerà comunque chiamare in causa l'assicuratore-garante. In altri termini, si tratta di applicare lo stesso ragionamento seguito dalla giurisprudenza che, per escludere la configurabilità di una deroga peggiorativa, richiede che in contropartita sia attribuito al contraente debole un vantaggio almeno equivalente a quello riconosciuto dalla previsione derogata⁷¹: attribuzione

⁶⁹ Il tema dell'interesse al *simultaneous process* è stato recentemente affrontato da C. cost., 26 novembre 2020, n. 253. La Corte – pur affermando che non vi sia un diritto costituzionalmente tutelato della parte al processo simultaneo, che è questione di tecnica processuale rimessa alla discrezionalità conformativa del legislatore, il quale deve solo garantire che “*la pretesa sostanziale dell'interessato [possa] essere fatta valere nella competente, pur se distinta, sede giudiziaria con pienezza di contraddittorio e difesa*” – ha riconosciuto, sul piano fattuale, che “*gli inconvenienti della trattazione separata possono non compensare – e di norma non compensano – la pur presumibile maggiore rapidità [di una] trattazione distinta*” di cause legate da “*un rapporto di connessione forte per pregiudizialità-dipendenza*”. Queste considerazioni – che, unitamente ad altre, hanno condotto la Consulta ad introdurre un meccanismo di trattazione congiunta che era esclusa dalla legge – valgono ancor di più rispetto ad una previsione, quale l'art. 1917, co. 4, c.c., che espressamente riconosce il diritto della parte al processo simultaneo.

⁷⁰ M. POGLIANI, *Aspetti processuali e sostanziali della chiamata in causa dell'assicuratore di responsabilità*, in *Dir. e prat. ass.*, 1963, p. 47.

⁷¹ V. *supra*, § 5.

che, nella specie, non avviene. Per identità di ragioni neppure può ritenersi che la chiamata in causa sia possibile unicamente nel caso in cui sorga un conflitto in ordine all'operatività della garanzia, allorché l'assicuratore rifiuti la gestione⁷². Infatti, l'interesse dell'assicurato alla chiamata in garanzia sussisterebbe anche quando l'assicuratore avesse assunto la lite senza riserve (decadendo dal potere di opporre eccezioni relative alla polizza), atteso che, in caso di soccombenza, qualora l'assicuratore (che non sia stato reso parte del giudizio) non provveda al versamento spontaneo dell'indennizzo, l'assicurato avrà l'onere di promuovere un nuovo giudizio, non disponendo del titolo esecutivo che avrebbe potuto ottenere ricorrendo allo strumento di cui all'art. 106 c.p.c. Inoltre, nell'ambito di questo ulteriore giudizio, l'*insurer* potrebbe comunque mettere in discussione la decisione sul rapporto principale nonché, malgrado la mancata formulazione di riserve, formulare eccezioni basate su elementi di cui dimostri di non aver avuto conoscenza all'atto dell'assunzione della gestione⁷³.

La legittimità della chiamata non è esclusa neppure dall'eventuale accordo con cui l'assicuratore – pur non intervenendo nel giudizio – si impegnasse ad adempiere all'obbligazione di garanzia e a non mettere in discussione la decisione sul rapporto principale⁷⁴. L'interesse dell'assicurato si giustifica in quanto l'accordo non è in grado di fornirgli le utilità di un titolo esecutivo contro l'assicuratore, utilità che solo la sentenza sulla domanda di garanzia può attribuirgli.

Premessa dunque l'incomprimibilità del diritto dell'assicurato, è necessario interrogarsi sulle modalità di attuazione di tale diritto, in presenza di un patto di gestione della lite.

Si potrebbe ipotizzare che l'assicurato debba, in forza del patto, effettuare la chiamata in causa avvalendosi dell'avvocato messo a disposizione dell'assicuratore. Ciò è però inaccettabile, in quanto una *“pattuizione che vincolasse un contraente a nominare, per l'eventuale vertenza contro l'altro contraente, l'avvocato da quest'ultimo designato risulterebbe [...] lesiva del diritto di difesa, costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.)”*⁷⁵. L'avvocato si troverebbe in una

⁷² M. POGLIANI, *Aspetti processuali*, cit., p. 48.

⁷³ V. *supra*, § 6.

⁷⁴ Ad un accordo implicito avente questo contenuto fa riferimento V. ANDRIOLI, *Peculiarità processuali*, cit., c. 347. La legittimità di un simile accordo sembra essere avallata da una nota decisione delle Sezioni unite (Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707). Pronunciandosi sull'ambito di applicazione dell'art. 108 c.p.c., la Corte, nel respingere le argomentazioni avanzate dalla dottrina – secondo la quale, se la previsione operasse anche in presenza di una domanda di regresso, il garante nel sostituire il garantito nella causa dipendente assumerebbe contemporaneamente la posizione di attore e convenuto –, ha affermato che l'estromissione del garantito è possibile anche se questi ha proposto domanda di garanzia nello stesso processo, quando sia stato concluso un accordo stragiudiziale con cui il garante si impegna ad eseguire la prestazione accettando di non discutere la propria posizione: in questo modo, “[l']*assunzione della lite da parte del garante riguarda [...] solo la lite sul rapporto principale, non diversamente da quanto accade nella chiamata estensiva solo in senso soggettivo*” (*Ibid.*, § 13).

⁷⁵ G. ROMANELLI, *Il problema della compatibilità*, cit., p. 127.

palese situazione di conflitto di interessi e nell'impossibilità di garantire il fedele svolgimento della sua attività di supporto delle ragioni della parte assistita (art. 10 Codice deontologico forense). La descritta situazione non verrebbe meno neppure affiancando all'avvocato designato dall'assicuratore un avvocato di fiducia dell'assicurato, incaricandoli della difesa congiunta dell'*insured* o affidando loro, rispettivamente, la causa principale e la causa di garanzia. La collaborazione dei legali nella difesa congiunta sarebbe pregiudicata dalla compromissione della neutralità del difensore scelto dalla compagnia e la gestione separata delle due cause risulterebbe esposta a delle interferenze (basti pensare alla richiesta di chiamata in garanzia che deve essere contenuta nello stesso atto con cui resistere alla domanda del danneggiato).

Non sarebbe neppure utile prospettare la possibilità per l'assicurato di assegnare all'avvocato scelto dall'assicuratore, per il deposito della comparsa di risposta con annessa richiesta di chiamata in garanzia, un termine decorso il quale l'*insured* revocherà la procura alle liti nominando altro avvocato. Il termine assegnato dovrebbe essere tale da consentire al nuovo legale di predisporre l'atto difensivo entro il termine di cui all'art. 166 c.p.c. ma se la revoca può avere un senso in caso di mancato deposito dell'atto richiesto, diverso sarebbe il caso in cui l'avvocato scelto dall'*insurer* depositi sì nel rispetto del termine la comparsa, ma la depositi senza la richiesta di chiamata. In tale evenienza non avrebbe senso nominare un nuovo difensore di fiducia, dal momento che, con il deposito della comparsa, la possibilità di provocare l'intervento coatto è ormai preclusa (artt. 167, co. 3 e 269, co. 2, c.p.c.). A meno che non si voglia ritenere che alla omissione del primo avvocato si possa porre rimedio mediante rimessione in termini (art. 153, co. 2, c.p.c.); ciò che, allo stato dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, pare doversi escludere⁷⁶.

Tutte queste considerazioni portano alla conclusione che, per garantire l'effettività del diritto riconosciuto all'assicurato dall'art. 1917, co. 4, c.c., sia necessario che alla chiamata in causa provveda il difensore di fiducia dell'*insured*; con inevitabili conseguenze sull'operatività del patto.

In effetti, quest'ultimo, per le ragioni esposte, sembrerebbe doversi intendere quale clausola in contrasto con una disposizione inderogabile di legge, che dovrebbe dunque essere dichiarata nulla per contrarietà a norme imperative (art. 1418 c.c.). Tuttavia, tenuto conto del principio di conservazione degli effetti utili del contratto, previsto dall'art. 1367 c.c., si ritiene

⁷⁶ Nel senso che la rimessione in termini non può essere giustificata dalla negligenza o dall'infedeltà dell'avvocato, che può assumere rilievo solo ai fini di un'azione di risarcimento del danno, v. R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, p. 215; Cass., 24 aprile 2019, n. 11229; Cass., 17 novembre 2016, n. 23430; Cass., 4 marzo 2011, n. 5260.

che il patto di gestione della lite non debba considerarsi invalido, potendosene suggerire una lettura che ne preservi l'efficacia senza al contempo trasgredire all'art. 1917, co. 4, c.c.⁷⁷

Secondo questa interpretazione, l'operatività del patto gestorio è rimessa ad una scelta dell'assicurato.

Se questi intende demandare interamente la conduzione della vertenza all'assicuratore (per qualsiasi ragione: per evitare i fastidi della lite, perché non vuole sostenere gli anticipi per legali e tecnici, perché è convinto dell'infondatezza della pretesa del terzo o perché ripone ampia fiducia nell'*insurer*), nominerà il difensore designato dalla compagnia e rinuncerà ad avvalersi del diritto alla chiamata in causa, ottenendo in contropartita un esonero totale dalle spese di resistenza (perché di queste si farà carico l'assicuratore in forza del patto).

Se, invece, l'assicurato decide di effettuare la chiamata in garanzia, si costituirà con un difensore di fiducia accettando di sostenere gli anticipi e di vedersi rimborsato le spese di resistenza nei soli limiti di cui all'art. 1917, co. 3, c.c., ma beneficerà di maggiori tutele in caso di soccombenza (estensione dell'efficacia soggettiva del giudicato sul rapporto principale e conseguimento di un titolo esecutivo contro l'assicuratore). In tale evenienza il patto resterà inoperante. La scelta di avvalersi di tale facoltà non può essere in nessun caso considerata inadempimento del patto di gestione della lite⁷⁸, in quanto è giustificata dal fatto che l'assicurato sta esercitando un suo diritto, previsto da una norma inderogabile, che non può venire limitato da una pattuizione negoziale. Va, pertanto, criticato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, quando l'assicurato abbia, con un avvocato di sua scelta, chiamato in causa l'assicuratore, l'*insured* deve ritenersi inadempiente al patto gestorio con conseguente negazione del rimborso delle spese di resistenza ex art. art. 1917, co. 3, c.c.⁷⁹ Questo indirizzo sembra basarsi sull'implicito presupposto che la chiamata in garanzia possa essere legittimamente effettuata dall'avvocato messo a disposizione dalla compagnia; ma, come si è visto, ciò non fornisce adeguate garanzie di fedeltà della prestazione professionale.

7.3. Patto di gestione come fondamento della domanda e delle eccezioni

Esposti gli effetti del patto sul piano dei rapporti sostanziali dei contraenti e dei meccanismi processuali, non resta che soffermarsi brevemente sulle modalità con cui la clausola può essere dedotta in giudizio.

⁷⁷ G. ROMANELLI, *Il problema della compatibilità*, cit. p. 131.

⁷⁸ Cfr. G. CASTELLANO, *Patto di gestione della lite, chiamata in causa dell'assicuratore e regime delle spese*, in *Giur. it.*, 1970, p. 619, che però ritiene che la chiamata in causa possa costituire inadempimento (della sola clausola e non dell'intero contratto di assicurazione) quando contraria a buona fede; P. PERSANO ADORNO, *Il patto di gestione*, cit., p. 1303.

⁷⁹ Trib. Teramo, 22 luglio 2024, n. 840; Trib. Napoli Nord, 11 aprile 2024, n. 1858; Trib. Roma, 31 gennaio 2024, n. 1744; Trib. Gorizia, 4 luglio 2022, n. 194, tutte reperibili in *Banca Dati di Merito*.

Il patto di gestione della lite può essere posto a fondamento della domanda dell'assicurato o delle eccezioni dell'assicuratore.

Con riferimento alla prima ipotesi, viene in rilievo il caso in cui l'assicurato agisca contro l'assicuratore per ottenere la condanna all'adempimento dell'obbligo di gestione. Ovviamente tale domanda sarà sorretta da giuridico interesse, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., solo quando la prestazione della compagnia sia utilmente eseguibile (ad esempio quando il terzo danneggiato abbia richiesto soltanto in via stragiudiziale il risarcimento del danno e l'assicuratore, ricevuta la denuncia di sinistro, non abbia provveduto a mettere a disposizione i suoi legali). Si può pensare, inoltre, all'azione con cui l'*insured* faccia valere, invocando la violazione del patto di gestione, la responsabilità per *mala gestio* dell'*insurer*⁸⁰.

Passando al secondo gruppo di casi, di fronte all'assicurato che, provando il fatto costitutivo del suo diritto (il contratto di assicurazione)⁸¹, chieda la condanna dell'assicuratore alla manleva e al rimborso ex art. 1917, co. 3, c.c., la compagnia potrà eccepire (per escludere il rimborso delle spese di resistenza) l'inadempimento della controparte⁸², ossia la violazione del patto di gestione della lite per essersi l'*insured* costituito nel giudizio contro il danneggiato con un avvocato di sua scelta. Trattandosi di eccezione in senso lato⁸³, essa potrà essere opposta anche in un momento successivo al deposito della comparsa di risposta, purché entro il termine previsto per la maturazione delle preclusioni istruttorie (nella specie, quello fissato per la seconda memoria integrativa ex art. 171-ter, n. 2, c.p.c.)⁸⁴.

L'assicurato potrà controeccepire che la costituzione è stata giustificata dalla necessità di effettuare la chiamata in garanzia (circostanza che, come visto, rende inoperante il patto gestorio)⁸⁵ ovvero allegare a sua volta l'inadempimento dell'assicuratore, deducendo di aver

⁸⁰ V. *supra*, § 6.

⁸¹ Ci si potrebbe chiedere se l'inesistenza del patto sia fatto costitutivo della domanda o se, al contrario, l'esistenza della clausola rappresenti un fatto impeditivo della pretesa dell'assicurato. Militano nel secondo senso i criteri teorizzati dalla dottrina per distinguere la diversa efficacia dei fatti simultanei, quali il criterio della normalità (il patto gestorio è elemento non essenziale, e quindi occasionale, del contratto di assicurazione per come tipizzato dal legislatore) e il criterio dell'interesse (è l'assicuratore che beneficerebbe dall'invocazione del patto). Sul punto v. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 372 ss.

⁸² L'assicuratore ha l'onere di provare la fonte del suo diritto (il patto di gestione della lite che, di regola, è inserito nello stesso contratto già prodotto in giudizio dall'assicurato) mentre potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento dell'*insured*; sarà questi a dover poi provare di aver adempiuto o di essersi trovato nell'impossibilità sopravvenuta di adempiere per causa a lui non imputabile. Cfr., *ex multis*, Cass., 20 gennaio 2015, n. 826; Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

⁸³ È noto che la regola generale sia quella della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni, costituendo eccezioni in senso stretto solo quelle espressamente previste dalla legge o quelle che potrebbero essere poste a fondamento di un'azione costitutiva: cfr. per tutti R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv.* sez. civ., Torino, 1991, VII, p. 262 ss.; Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531; Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661; Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099.

⁸⁴ Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit.

⁸⁵ V. *supra*, § 7.2.

richiesto invano alla compagnia di assumere la lite senza che questa gli abbia fornito riscontro nel termine all'uopo assegnato (ipotesi che, secondo la S.C., esonera l'assicurato dall'obbligo di rispetto del patto)⁸⁶. Tale attività dovrà svolgersi nel termine di cui all'art. 171-ter, n. 1, c.p.c. (vertendosi in tema di *"eccezioni che sono la conseguenza [...] delle eccezioni proposte dal convenuto"*), ovvero, se le eccezioni avversarie sono state sollevate in un momento successivo al deposito della comparsa (ma comunque nel termine di cui al n. 2), almeno dieci giorni prima dell'udienza di prima comparizione e trattazione (art. 171-ter, n. 3, c.p.c.).

Francesco Capasso
Dottorando

⁸⁶ V. *supra*, § 6.



GIUSEPPE DELLA PIETRA

Il processo civile è morto, viva il processo civile!*

Il saggio rievoca la parabola del processo civile per mostrare che la proliferazione dei riti, con la pluralità delle giurisdizioni, è fattore di disorientamento per l'utente della giustizia e auspica che la progressiva svalutazione dei criteri di competenza indotta dall'informatizzazione offra il destro per una riduzione (se non per l'unificazione) di ordini giurisdizionali e riti, primo germe di un nuovo processo che sia davvero telematico.

The essay evokes the parabola of the civil process to show that the proliferation of procedures, along with the plurality of jurisdictions, is a disorienting factor for the justice user, and expresses the hope that the gradual informatization-induced decline in jurisdiction criteria will offer the opportunity for a reduction (if not unification) of jurisdictional orders and procedures, the first step towards a new process that is truly telematic

Sommario: 1. Dal rito ordinario al processo del lavoro. – 2. La novella del '90. – 3. Dal rito societario alla recente riforma del processo civile. – 4. La proliferazione dei riti civili. – 5. L'auspicabile accorpamento in punto di competenza, rito e giurisdizione.

1. Dal rito ordinario al processo del lavoro.

C'era una volta il processo civile. Più precisamente, c'era una volta il rito ordinario, quello introdotto con citazione "a udienza fissa" (come si diceva agli albori). Un rito che la sociologia successiva si sarebbe preoccupata di bollare come "borghese", perché ispirato al più rigido principio di parità e, correlativamente, di neutralità del giudice. Un rito che, all'origine, funzionava adeguatamente, con tempi di risoluzione delle liti molto contenuti, di per sé e in rapporto alla durata, ben più lunga, dei processi d'oggi.

Sopravvenne, poi, il vento dell'Est, l'eurocomunismo, come si diceva al tempo, e il processo "borghese", ormai imborghesito (cioè, non più dinamico come un tempo), non poté più bastare. Di qui l'elaborazione di un rito teoricamente diverso, più compatto nei ritmi, più concentrato nelle attività, soprattutto dominato – nell'organizzazione, ma anche nell'indagine – da un giudice che, imparziale ma non più neutro, intervenisse per operare il riequilibrio fra parti che, eguali sul piano formale, in chiave sostanziale sono lungi dall'esserlo.

Nacque così il rito del lavoro, seguito dopo pochi anni dal processo dell'equo canone, poi sostituito dal rito locatizio (di fatto, il rito del lavoro con qualche ritocco). Si tratta di giudizi ispirati all'idea che il processo non è un contenitore asettico, nel quale versare ogni tipo di contesa, ma un agone concreto in cui al regolatore a monte (il legislatore), e all'arbitro a valle

* Relazione tenuta al convegno su "Riflessioni e confronto sui riti processuali civile, penale, amministrativo e contabile" organizzato a Napoli il 19.9.2024 dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli e dalla Camera Amministrativa e Comunitaria della Campania.

(il giudice), è dato di sopperire al divario che sul piano economico, sociale, culturale divide i contendenti.

La filosofia dell'intervento era anche apprezzabile, ma, trascorsi i primi tempi, la prassi non se n'è dimostrata all'altezza. E così, anche il processo del lavoro, con i suoi epigoni, si è imbolsito, con rinvii sempre più lunghi, udienze sempre più inutili, iniziative officiose sempre più timide e limitate.

2. La novella del '90.

Il pendolo della storia, nel frattempo, tornava a oscillare. I ricorrenti periodi di crisi, che, nel ricordo dei più, rendevano il *boom* economico una leggendaria età dell'oro, presero a generare due percezioni distinte, ma convergenti.

La prima fu che il rapporto di forza datore/lavoratore si stava, se non invertendo, perlomeno alterando. Il prestatore non era più la figura di marxiana memoria alla mercé del capitalista, cui tutto deve e al quale nulla può chiedere; nel tempo, aveva conquistato tutele sostanziali e processuali che gli consentivano di contendere a testa alta (se non proprio ad armi pari) col "padrone". Il datore, dal canto suo (e l'imprenditore, in particolare), aveva smesso i panni del *cumenda* che tutto può permettersi e a cui nulla può essere negato. Stretto, da un lato, da sindacati sempre più forti e, dall'altro, da un mercato sempre più vasto, arrebbante e incontrollato, prende a vestire i panni (non abituali) del soggetto debole, di cui occorre rafforzare la tutela se si desidera che continui a operare sul mercato.

La seconda percezione sta in ciò, che il modello di prestatore cui era ispirato il rito speciale si andava dissolvendo. La platea dei lavoratori stabili a tempo indeterminato si stava via via disgregando, sostituita da un popolo di sigle (partite IVA, co.co.co., co.co.pro.) che con gli operai di un tempo non hanno nulla da dividere e ai quali perciò il rito laburistico mal aderisce e poco si confà.

Sorge, allora, l'esigenza di un riallineamento anche dal versante processuale, che fornisca all'imprenditore verso i concorrenti, e al prestatore occasionale verso il committente, mezzi diversi, ma di celerità e intensità non minori di quelli propri della dinamica datore/lavoratore stabile.

Il pensiero a quel punto è di agire sul rito ordinario. Vecchio ormai di quarant'anni, si prende a sottoporlo a un profondo, ripetuto, progressivo *restyling*, all'evidenza inutile, se, dopo sei lustri, il cantiere è ancora aperto e non dà segni di chiusura.

3. Dal rito societario alla recente riforma del processo civile.

Le imprese, intanto, seguitano a scalpitare. Strette da una crisi interna che stenta a svanire e da una concorrenza estera sempre più agguerrita, non possono accontentarsi

dell'imbellettamento del processo ordinario, ormai troppo vecchio e macchinoso per poter essere efficientemente riavviato.

Viene così varato il rito societario, pensato, da un canto, per offrire alle imprese interne uno strumento più plastico e celere, dall'altro, per attrarre, in virtù degli stessi requisiti, i capitali stranieri, dissuasi dall'investimento in Italia anche dall'impervia sponda di un impianto processuale lungo e farraginoso.

Il rimedio è incentrato sull'idea di una (sia pur parziale) privatizzazione del processo statale: le parti contendono fra di loro negli studi degli avvocati e compaiono davanti al giudice solo quando la lite è pronta per essere, se non già decisa, almeno compiutamente trattata.

L'esperimento non ha funzionato. Per un verso, la "delocalizzazione" della giustizia richiede una regolamentazione delle attività a tal punto capillare da rendere il processo (parzialmente) privato ancor più inutilmente complicato di quello tradizionale. Per l'altro, la *forma mentis* di litiganti e difensori non era (e non è) ancora pronta per un processo ibrido, in cui l'attività degli avvocati precede e assiste quella del giudice. Ecco perché nessuno pianse quando il rito societario fu abrogato.

Ed ecco perché pochi gioiscono oggi, quando ne rivedono rinnovato, se non lo spirito, almeno la tecnica, nel rito ordinario dell'ultima novella. Pur qui il dispiegamento delle attività difensive e istruttorie, benché immediatamente riversato nel processo, è anticipato rispetto al primo contatto col giudice. E anche qui si va via via scoprendo che la fretta di dir tutto subito, in tempo anteriore al primo incontro con l'ufficio, è fattore di rallentamento, più che di accelerazione, e di confusione, più che di organizzazione, rispetto all'impianto previgente, al punto d'aver già costretto la Corte costituzionale a metterci una toppa che, pur imposta dai principi, non è difficile presagire riuscirà peggiore del buco.

Forse, però, l'idea che il rito ordinario non fosse a perfetta tenuta era già nell'idea di coloro che hanno confezionato la novella. Si spiega così, a mio avviso, la trasformazione del "vecchio" rito sommario nel nuovo rito semplificato che, persa ormai la *superficialità* del progenitore, dovrebbe, negli auspici, sostituire il più possibile il rito classico, al punto che i primi commenti "istituzionali" editi dopo la riforma si spingevano impropriamente a classificarlo come obbligatorio.

4. La proliferazione dei riti civili.

L'esperienza è ancora troppo giovane per fornire dati rilevanti, ma la percezione dice che il ribaltamento di ruoli (il rito semplificato come regola, quello ordinario come eccezione) non si sta realizzando. Gli avvocati, arbitri della scelta, seguitano a prediligere il rito in cui le risorse difensive possono essere modulate secondo i ritmi della gradualità (l'uno deduce, l'altro

replica), piuttosto che ispirate al principio di eventualità (tutto subito, salvo integrazioni che postulano, però, il consenso del giudice).

Così, però, i riti si sono raddoppiati e, anzi, moltiplicati, perché per le cause anteriori valgono ancora le vecchie regole, con un effetto di straniamento di giudici e avvocati che i più avanti negli anni hanno già sperimentato con tormento in altre epoche. E la moltiplicazione è elevata a potenza, se si considerano (a tacer d'altri): *a)* il nuovo processo della famiglia, introdotto dalla riforma Cartabia; *b)* i giudizi che nel 2011, nella prospettiva di ricondurre ogni lite a uno dei tre riti noti (ordinario, lavoro, sommario), hanno dato vita a un corrispondente numero di processi speciali; *c)* le controversie relative ai licenziamenti; *d)* i processi speciali di cui al quarto libro del c.p.c., "classici" quanto si vuole, ma pur essi non poco frastagliati.

In questo articolato quadro, l'effetto di disorientamento è notevole. Ne fornisco qui solo un esempio. Capita non di rado, stando ai massimari, che la parte sbagli la scelta del rito e, per questo, promuova giudizio con un atto diverso da quello dovuto (citazione in luogo di ricorso, o viceversa). Sorge il dubbio se l'iniziativa ne conservi intatta l'azione, benché nel termine sia stata compiuta un'attività (notifica in luogo di deposito, o viceversa) diversa da quella attesa. L'art. 4, d.lgs. n. 150/2011, ha introdotto una benefica regola di salvezza, stabilendo che gli effetti sostanziali e processuali della domanda seguono il rito concretamente prescelto, e non quello astrattamente dovuto. Si sperava che il precetto potesse avere valenza generale, ma la Cassazione ha risposto picche: il salutare principio vale per il ristretto ambito dei processi speciali regolati dal decreto legislativo; fuori di quella cerchia, permane la regola inversa, per cui è all'attività legislativamente imposta che occorre guardare, non a quella erroneamente compiuta. Con l'effetto di decretare spesso la decadenza della parte che avrebbe teoricamente ragione sol perché il suo difensore, errando nella scelta del rito, ha eseguito nel termine un adempimento diverso da quello dovuto.

5. L'auspicabile accorpamento in punto di competenza, rito e giurisdizione.

La proliferazione dei riti civili incrocia, a mio modo di vedere, l'annoso tema della molteplicità delle giurisdizioni nel nostro Paese, fonte anch'essa d'incertezze e, non di rado, di pregiudizio per le parti, benché oggi meno che nel passato, dopo l'introduzione della *translatio iudicii* fra giurisdizioni e il transito del difetto relativo di giurisdizione dalle ipotesi di cassazione senza rinvio a quelle di cassazione con rinvio.

La molteplicità dei riti e degli ordini giurisdizionali evoca, perlomeno a me, un profilo che solo ora sta salendo alla ribalta del dibattito processuale, ma che senza dubbio impegnerà studiosi e riformatori nel prossimo decennio: la superfluità dei criteri di competenza orizzontale.

All'opposto della proliferazione delle giurisdizioni (di cui si sono occupati – e preoccupati – anche i Costituenti), nessuno fino a ieri poteva mettere in dubbio la necessità della ripartizione

di competenza territoriale e l'utilità dei molteplici fori allestiti allo scopo. L'accelerazione impressa al processo civile dalla recente pandemia sta coltivando un dubbio impensabile fino a pochi anni fa.

La partecipazione necessariamente fisica alle udienze imponeva la pluralità degli uffici giudiziari, più o meno capillarmente dislocati sul territorio. Di qui l'esigenza di regole volte a distribuire il carico di lavoro fra uffici pari ordinati, ma diversamente allocati, in ragione di criteri per lo più incentrati sull'oggetto del processo o sulla condizione di una parte.

Con l'avvento del processo telematico questa istanza, se non può dirsi superata, si è di molto attenuata. Ormai il processo civile si svolge per la gran parte in *cloud*, in un ambiente virtuale in cui l'ubicazione dell'ufficio giudiziario è di regola irrilevante. In questo quadro, non è arduo immaginare (e qualcuno la sta già ipotizzando) l'istituzione di un ufficio giudiziario unico (al modo della Cassazione) puramente telematico, in relazione al quale non ha senso neppure discorrere di competenza orizzontale, a quel punto neanche per le poche attività (interrogatorio, prova per testi, CTU) da compiersi sul territorio.

Sarà questo, a mio avviso, il frangente del quale profittare per dedicarsi a una semplificazione (se non a una *reductio a unum*) dei riti e delle giurisdizioni. L'istituzione di un ufficio giudiziario nazionale per tribunale e giudice di pace, entrambi virtuali, dovrebbe offrire occasione, anzitutto, per uno sfoltimento (ma, per me, dovrebbe trattarsi di unificazione, con una necessaria modifica della Carta costituzionale) delle giurisdizioni, con conseguente accorpamento dei magistrati in pochi ordini, e relativa redistribuzione degli affari in ragione non della materia, ma del carico di lavoro. Si asseonderebbe, per questa via, il voto dei Padri costituenti e si ripulirebbe il processo di una gran mole di questioni che impegnano avvocati e giudici in eccezioni e decisioni non sul merito, ma sul processo.

Alla riduzione del numero degli ordini giurisdizionali dovrebbe accompagnarsi il disboscamento dei non pochi riti che affollano oggi ciascuna giurisdizione, onde ricavarne un processo che, mediando in un solo contenitore le istanze di tutti, fornisca uno strumento di gestione comune delle liti, che gioverebbe senz'altro alla semplicità e alla rapidità delle decisioni. Con l'avviso che la semplificazione non può tradursi in sommarizzazione, perché un rito che non regoli capillarmente non solo l'attività delle parti, ma anche quella del giudice è, a mio modo di vedere, un "non processo". Con buona pace di coloro che, nel mito del giudice sempre giusto, sempre preparato, sempre terzo aspirano ad affidargli una funzione creativa delle regole d'ingaggio, al modo in cui (per evidenti esigenze di speditezza) accade in sede cautelare, e al modo in cui, grazie al Cielo, non accade più con il procedimento sommario di cognizione, del cui abbandono non mi pare ci sia da dolersi.

Il tutto andrà poi calato in un codice che, completamente riscritto, inverta il flusso: non più la telematica a servizio del processo come ancor oggi tradizionalmente concepito, ma il processo

totalmente ridisegnato (nelle tecniche, ma anche nei principi, ove occorra) in funzione delle nuove risorse offerte dalla telematica. Accadrà senz'altro, nel futuro. Ma questa è un'altra storia. O, se si vuole, un'altra favola.

Giuseppe della Pietra

Ordinario dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope



MIR GRAZIOLI

La giustizia nella comunità Cattolica di Nomadelfia: il Collegio dei Giudici, arbitro confessionale

Il presente lavoro si propone di approfondire una forma di «arbitrato confessionale», il quale si occupa di dirimere le controversie che possano insorgere all'interno della comunità cattolica di Nomadelfia. Essa è composta da un gruppo di volontari cattolici che si ripropongono di vivere il Vangelo in forma sociale, sull'esempio delle prime comunità cristiane, mettendo ogni bene in comune e mirando a formare un «popolo nuovo».

This work aims to explore a form of «confessional arbitration», which settles the disputes that may arise within the Catholic community of Nomadelfia. This community is composed by a group of Catholic volunteers who strive to live the Gospel in a social form, following the early Christian communities' example, sharing all their possessions and aiming to realize a «new people».

Sommario: 1. Introduzione – 2. La città di Nomadelfia e don Zeno Saltini: cenni storici, struttura sociale e finalità – 3. Il Collegio dei Giudici: inquadramento normativo, membri, modalità di deliberazione e verbalizzazione – 4. *Segue*: le attribuzioni del Collegio dei Giudici – 5. Cenni alle norme di comportamento interno – 6. Accesso alla giurisdizione del Collegio dei Giudici e relativo procedimento – 7. Procedimenti e finalità del giudizio – 8. *Segue*: La *decisione* del Collegio dei Giudici – 9. Criteri di giudizio distintivi – 10. Il Collegio dei Giudici: peculiarità rispetto all'arbitrato codicistico. Criticità – 11. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Il presente lavoro ha lo scopo di dar conto dell'esistenza di un organo arbitrale, il quale è preposto a dirimere le controversie interne a Nomadelfia, una comunità cattolica, stabilita nel grossetano, con una struttura assimilabile alle prime comunità cristiane. Per meglio comprendere le peculiarità di questo arbitro confessionale appare opportuno, in via preliminare, prendere in considerazione, seppure in estrema sintesi, l'origine e la storia di Nomadelfia.

La storia di questa comunità è strettamente connessa a quella del suo Fondatore. La missione e le prerogative del Fondatore, le quali, come si vedrà, mostrano avere un peso determinante nella risoluzione dei conflitti, sono oggi perpetuate nella figura del Successore del Fondatore. Non solo l'organo del Collegio dei Giudici, ma anche la carica del Successore, infatti, sono

previsti e disciplinati dalla vigente *Costituzione*¹ interna della comunità, rispettivamente agli artt. 26 e 29².

2. La città di Nomadelfia e don Zeno Saltini: cenni storici, struttura sociale e finalità

Nomadelfia, fondata dal sacerdote carpigiano Zeno Saltini³, sorge nell'ex campo di concentramento di Fossoli nel 1948⁴. Nel volgere di pochi anni, il crescente numero di minori accolti⁵ ingenera le prime difficoltà economiche della comunità, nonché le conseguenti

¹ *Costituzione* di Nomadelfia 2012 (d'ora innanzi: *Cost.* N. 2012). Il testo è consultabile in versione integrale nel sito web della comunità, all'indirizzo: «www.nomadelfia.it/wp-content/uploads/2019/04/Costituzione_Nomadelfia_2012.pdf».

² *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. IRTI, Torino, 1997, p. 57: «La presenza della clausola compromissoria nello statuto sociale fa assumere all'arbitrato un carattere di sistematicità [...]. La disposizione statutaria stabilisce in via astratta e preventiva - come avviene per ogni clausola compromissoria prevista dall'art. 808 - il deferimento ad arbitri di determinate controversie».

³ Zeno Saltini (Fossoli, 30 agosto 1900 – Grosseto, 15 gennaio 1981) nasce, nono di dodici figli, in una famiglia patriarcale di agiati agricoltori. Ritenendo che l'istruzione scolastica non sia di alcuna utilità per la vita, interrompe gli studi all'età di quattordici anni, per lavorare nei campi di proprietà della famiglia. Entra così in contatto con la difficile realtà dei braccianti, dai quali apprende le teorie socialiste. Nel 1917 viene chiamato alle armi e in caserma si ravvede sull'importanza dell'istruzione in occasione di una discussione con un commilitone anarchico, il quale ritiene che Cristo e la Chiesa siano di ostacolo al progresso umano. Zeno non riesce a confutarne le argomentazioni, essendo meno preparato dal punto di vista dialettico e culturale: decide così di rispondere con la propria vita, proponendosi di «cambiare civiltà a partire da sé stesso», espressione a lui tanto cara, e prefiggendosi di non essere mai più né servo né padrone. Con l'aiuto di alcuni commilitoni, fra i quali lo stesso amico anarchico, riprende gli studi, conseguendo la licenza liceale nel 1923. Laureatosi, poi, in Giurisprudenza nel 1929 e divenuto sacerdote nel 1931, durante la Prima Messa celebrata nel Duomo di Carpi, accoglie come figlio Danilo, detto Barile, un diciassettenne appena uscito dal carcere. Sarà il primo di oltre quattromilacinquecento ragazzi orfani o abbandonati dei quali don Zeno e Nomadelfia si prenderanno cura, offrendo loro non la mera assistenza materiale, ma una nuova famiglia. Per approfondimenti sulle vicende storiche del Fondatore e di Nomadelfia: N. BELLUZZI - A. ZANARINI, *Papà e mamma a Nomadelfia*, Roma, 2012; N. GALAVOTTI, *Norina mamma a Nomadelfia*, Roma, 2016; M. GUASCO - P. TRIONFINI, *Don Zeno e Nomadelfia*, Brescia, 2001; F. MARTINETTI, *Don Zeno, obbedientissimo ribelle*, Bari, 2006; R. RINALDI, *Donne e uomini di Don Zeno*, Milano, 2016; R. RINALDI, *Storia di don Zeno e Nomadelfia*, voll. I e II, Grosseto, 2003; R. RINALDI - U. CASARI, *Don Zeno e il cinema a San Giacomo Roncole*, Roma, 2013.

⁴ Sebbene don Zeno Saltini sia uso far risalire la nascita di Nomadelfia al 1931, ossia al momento in cui accoglie il primo figlio, la comunità reca il nome di "Opera Piccoli Apostoli" fino al momento dell'adozione della prima *Costituzione* del 1948. In tale occasione, infatti, il Fondatore decreta la fine dell'Opera, dalla quale sorge "Nomadelfia", neologismo formato dalla combinazione dei due vocaboli di origine greca *nomos* e *adelfia*, che significa "dove la fraternità è legge".

⁵ Il testo della prima *Costituzione* di Nomadelfia viene discusso e redatto in apposita *Assemblea costituente*. Al termine dei lavori, don Zeno invita i presenti a sottoscrivere il testo: gli adulti con inchiostro nero, i minori con inchiostro rosso. Dal manoscritto conservato in originale presso l'Archivio Curia Vescovile di Carpi, si possono contare 440 firme, delle quali 71 apposte con inchiostro nero, ascrivibili quindi a soggetti maggiorenni, fra i quali si possono contare 36 donne e 35 uomini; le rimanenti 369 firme sono apposte con inchiostro rosso, identificando così i firmatari minorenni, fra i quali si contano 66 fanciulle e 303 fanciulli. Ciò evidenzia come oltre l'83 per cento della popolazione fosse costituita da minori.

complicazioni con l'autorità statale⁶ ed ecclesiastica⁷, le quali, culminate nel 1952 con l'allontanamento del sacerdote⁸, lo scioglimento della città⁹ e lo smistamento nonché il ricovero dei minori assistibili ovvero la loro ricollocazione presso le famiglie di origine¹⁰, troveranno soluzione solo una decina di anni più tardi¹¹. Dopo varie richieste¹², nel novembre 1953, Saltini ottiene da Papa Pio XII la riduzione allo stato laicale, con formula *possit pro gratia*¹³, in virtù della quale, libero da ogni vincolo ecclesiastico e affrancato il clero da qualsiasi sorta di corresponsabilità, è in grado di assumere personalmente ogni obbligazione contratta in favore di Nomadelfia. Qualche anno più tardi, il sacerdote presenta formale richiesta al Santo Padre di essere riammesso all'esercizio del sacerdozio¹⁴, ma la questione pare non essere di facile soluzione¹⁵. Nel gennaio 1962, infine, «il S. Offizio concede al Sac.

⁶ La Prefettura di Modena, infatti, con d.m. 29 ottobre 1952 pubblicato nella *G.U.* n. 257 del 6 novembre 1952, dispone la liquidazione coatta amministrativa dell'Ente Città di Nomadelfia - Piccoli Apostoli. La procedura posta in essere viene annotata criticamente da W. BIGIARI, *Vicende giudiziarie di Nomadelfia*, in *Giur. it.*, 1953, IV, p. 135 ss.

⁷ Il Saltini è un sacerdote diocesano, e, in forza dell'istituto di matrice canonica dell'incardinazione, a dover rispondere dei debiti contratti dal proprio clero è la comunità di ascrizione, con la conseguenza, per il vescovo, di dover provvedere alle obbligazioni cui esso non può far fronte. Sul punto: F. ROMANO, *Incardinazione e presbiterio diocesano: evoluzione di un istituto giuridico per rispondere alla missione di servizio di ogni presbitero e alla sollicitudo pro universa ecclesia*, in «*Teresianum*», 2012, p. 331 ss.

⁸ Il decreto con il quale il S. Ufficio allontana don Zeno risulta oggi secretato, si ha contezza di sue talune parti poiché vi si fa riferimento in alcuni ulteriori documenti: Z. SALTINI, *Lettera ai babbi e alle mamme di Nomadelfia*; *Inventario* de l'Archivio della Nunziatura Apostolica in Italia, II (1939-1953), 1446-1455, fotocopia conservata nell'Archivio di Nomadelfia.

⁹ Archivio di Nomadelfia (d'ora innanzi: A. N.), Prefettura di Modena, decreto n. 3245, 6 agosto 1952, fotocopia.

¹⁰ F. SACCHI, *Un giorno arrivò la polizia*, in *La Stampa*, Torino, 17 dicembre 1953: «Un bel giorno la polizia arrivò a Nomadelfia. I ragazzi furono tolti alle mamme adottive, caricati coi loro fagotti sui camion, e sparpagliati per tutta l'Italia in istituti diversi, di dove scrivono ancora lettere accorate, e di tanto in tanto scappano. [...] E poi c'è da pagare i debiti. Perché questa è l'ultima cosa curiosa: don Zeno e i Nomadelfi, questi falliti coatti, continuano a considerarsi moralmente impegnati a rifondere tutti i loro debiti».

¹¹ Tra il maggio e il giugno 1954, i Nomadelfi si riuniscono nella Maremma grossetana, in una tenuta concessa dalla contessa Maria Giovanna Albertoni Pirelli. Con riguardo alla collaborazione fra la contessa e il sacerdote, si segnala: C. M. CASANOVA, *Maria Giovanna Albertoni Pirelli e Nomadelfia*, Milano, 2000. La tenuta consta di un terreno brullo e da bonificare, nel quale però il sacerdote vede la possibilità di raggiungere l'autosufficienza economica.

¹² A. N., lettere 8 e 11 giugno 1953 di don Zeno al proprio Vescovo Mons. Prati.

¹³ Tale formula lascia al destinatario la libertà di poter decidere se aderire alla laicizzazione - fatto forse unico nella storia della Chiesa - e comporta la dispensa da tutti i doveri connessi agli ordini sacri, fermo restando l'obbligo di osservare il celibato.

¹⁴ Z. SALTINI, *Lettere da una vita*, II, Bologna, 1998, p. 148, lettera 1° novembre 1957 a Pio XII.

¹⁵ Per risolvere la questione in parola debbono sciogliersi due nodi: innanzi tutto, riammettere don Zeno al sacerdozio, consentendogli al contempo di conservare la qualifica di «capo civile» della città, implicherebbe «fare una breccia nella muraglia del Diritto Canonico», dovendosi escogitare una formula giuridica *ad hoc*. In secondo luogo, la condizione che viene posta, per la riammissione di don Zeno al sacerdozio, è che Nomadelfia abbia sanato la propria situazione debitoria. Sul primo punto: A. N., lettera 13 novembre 1957 di don Zeno a Padre Porta; lettera 17 dicembre 1958 di don Zeno al fratello don Vincenzo Saltini: «Il Papa vedrà se è possibile per la mia persona fare un'eccezione che non mi vincoli ad ubbidienze che

Don Zeno Saltini la riabilitazione alla celebrazione della S. Messa. D'ora in poi il Sac. Saltini non potrà ingerirsi nelle questioni amministrative riguardanti Nomadelfia»¹⁶. Nel marzo dell'anno successivo, Nomadelfia ottiene l'erezione in parrocchia¹⁷, divenendo la prima parrocchia comunitaria nella storia della Chiesa Cattolica.

Nomadelfia si presenta, oggi, quale associazione non riconosciuta ex artt. 36-38 c.c., per il diritto civile, e quale associazione privata di fedeli dotata di personalità giuridica, per il diritto canonico¹⁸. Lo statuto della comunità¹⁹ riconosce l'autorità dello Stato e della Chiesa e codifica vita nonché assetto della città. La struttura base è rappresentata dalla famiglia cristiana, così come previsto dagli artt. 7²⁰ e 17²¹ Cost. N. 2012, mentre le strutture di vertice si sostanziano

come Nomadelfo non ho, qualora potessi celebrare». Sul secondo punto si veda: R. RINALDI, *Storia di don Zeno e Nomadelfia*, vol. II, cit., p. 476 ss.

¹⁶ A. N., lettera 5 gennaio 1962 del S. Ufficio al Vescovo di Grosseto. La Messa solenne, che il sacerdote usa chiamare «Seconda Prima Messa», viene celebrata a Nomadelfia il 22 gennaio 1962, e viene trasmessa, per volontà dell'allora direttore del telegiornale RAI, Enzo Biagi, fra le prime tre notizie della giornata.

¹⁷ A. N., lettera 24 marzo 1963 del Card. Ottaviani a Mons. Galeazzi.

¹⁸ Approvazione dello statuto e riconoscimento della personalità giuridica privata, a norma del can. 322, ottenuta per decreto del giugno 2000 emesso dalla *Congregatio Pro Clericis*, Prot. N. 20000490.

¹⁹ Dal 1948 ad oggi si sono succedute cinque versioni della *Costituzione* di Nomadelfia. La seconda di esse, adottata nel 1961, ha visto la collaborazione dei Professori Alessandro Raselli e Carlo Arturo Jemolo: tale intervento ha reso possibile realizzare un migliore assetto normativo, un linguaggio meno enfatico bensì giuridicamente puntuale, una maggiore democratizzazione interna, senza però snaturare la vocazione di *legge* morale e spirituale, che i Nomadelfi riconoscono alla loro *Costituzione*. La normativa di dettaglio viene ora inserita in appositi Regolamenti.

Un sesto testo, la redazione del quale vede la costante collaborazione del Professor Raselli, viene adottato nel 1963 per codificare una collaborazione con alcune famiglie esterne alla comunità, le quali, però, non partecipano integralmente alla vita della città; al contempo, per i Nomadelfi, rimane vincolante la *Costituzione* del 1961.

Nel 1994, si procede ad una revisione del testo *costituzionale*, non soltanto necessaria per recepire le più recenti deliberazioni adottate dall'Assemblea dei Nomadelfi, ma anche utile per essere approvata dall'autorità ecclesiastica. Tale approvazione viene concessa lo stesso anno, sebbene con formula *ad quinquennium*: la «Popolazione dei Nomadelfi» ottiene la qualifica di Associazione privata di fedeli. Scaduto il quinquennio, essendo la relativa approvazione *ad experimentum*, i Nomadelfi devono occuparsi di una ulteriore revisione del testo, la quale corregga taluni aspetti, in vista dell'approvazione definitiva da parte dell'autorità ecclesiastica, la quale, come anticipato, verrà concessa nel 2000. La vigente *Carta costituzionale* è stata, da ultimo, approvata nel 2012 e risulta corredata dai relativi Regolamenti Generali, i quali ne disciplinano l'attuazione.

²⁰ «La popolazione dei Nomadelfi è così composta: Chierici; Mamme di Vocazione; Celibi per Elezione; Coniugi o Vedovi; Nomadelfe Mamme; Uomini e donne non coniugati; minorenni facenti parte delle famiglie per affidamento o per nascita».

²¹ «Le famiglie possono essere composte da: mamme di vocazione; coniugi; Nomadelfe mamme; vedove, separate o nubili con figli; vedovi o separati con figli.

Le famiglie non possono pretendere o rifiutare figli in affido. Le famiglie sono organizzate in gruppi familiari e non possono vivere isolate, se non per causa di forza maggiore».

in organi rappresentativi e organi direttivi, disciplinati all'art. 20, Cost. N. 2012²², i cui componenti sono eletti fra gli stessi cittadini²³.

Come si avrà modo di illustrare nel prosieguo, in Nomadelfia si vive una fraternità integrale; la proprietà privata non esiste; il lavoro, essendo concepito come collaborazione all'opera di Dio e realizzazione del benessere comune non trova né prezzo, né compenso²⁴; all'interno non circola denaro. Nomadelfia è aperta all'accoglienza di minori, con una particolarità: la genitorialità su ogni figlio, nato o accolto nella comunità, viene esercitata a livello collettivo, cosicché ogni adulto è corresponsabile dell'educazione di ogni minore²⁵.

In tale particolare contesto, sin dalle origini, fra gli organi *costituzionali*, trova posto all'art. 27 Cost. N. 2012, il Collegio dei Giudici²⁶, il quale pare rispondere alla necessità, emergente anche

²² «Sono organi costituzionali: l'Assemblea e il Direttore dell'Assemblea; il Presidente e il Consiglio di Presidenza; il Consiglio Amministrativo, l'Economo e il Vice Economo; il Capoborgata e il Consiglio di Borgata; il Capogruppo; il Congresso dei Figli; il Capogiudice e il Collegio dei Giudici; il Consiglio degli Anziani; il Collegio dei Sacerdoti; il Successore del Fondatore».

²³ Ogni soggetto che aspiri a divenire cittadino, ossia, Nomadelfo effettivo, deve sottoporsi ad una prova della durata di tre anni, chiamata *postulantato*, alla quale si viene ammessi da parte del Successore o della Presidenza. Al termine della prova, i medesimi organi ne valutano l'idoneità, decidendo all'unanimità l'accettazione del *postulante* come cittadino, ex art. 3 Regolamenti generali della Popolazione di Nomadelfia, Regolamenti del Successore (d'ora in avanti: R.g.P.N./Succ). Il Successore rappresenta l'autorità ecclesiastica e perpetua la figura e la missione del Fondatore.

L'ammissione al *postulantato* viene ufficializzata da parte del Presidente, il quale ha la prerogativa di sospendere la prova in caso di manifesta inidoneità, in forza dell'art. 6 Regolamenti generali della Popolazione di Nomadelfia, Regolamenti della Presidenza (d'ora in avanti: R.g.P.N./Pres); i *Postulanti* partecipano alla vita della città come ogni Nomadelfo, prendendo parte, inoltre, alle assemblee alle quali sono espressamente invitati, ex art. 5 Regolamenti generali della Popolazione di Nomadelfia, Regolamenti dell'Assemblea (d'ora in avanti: R.g.P.N./Ass). Va aggiunto che chi è nato o cresciuto all'interno della città deve egualmente sottoporsi a tale prova, venendo valutato come ogni altro soggetto che provenga dall'esterno. L'elettorato attivo e passivo delle cariche *costituzionali* è costituito dai soli Nomadelfi effettivi.

L'adozione di una *Costituzione*, redatta e approvata in Assemblea da tutti i cittadini, rivela l'intento del Fondatore di dare vita, non ad una struttura conventuale, bensì, ad un popolo: una forma di società alternativa, nella quale si dà una nuova famiglia ai bambini abbandonati, e nella quale la ricerca della perfezione spirituale non avviene sul piano individuale, ma, al contrario, sociale.

²⁴ I membri della associazione prestano la propria opera lavorativa gestita tramite la «Cooperativa agricola e lavoro Nomadelfia». A queste strutture si affianca una *onlus*, denominata «Solidarietà Nomadelfia ODV», istituita nel 2016, la quale si occupa, tra l'altro, della raccolta e redistribuzione di taluni beni, quali viveri e mobilio; di attività missionaria, sostenendo dei progetti in Tanzania e in Guinea; nonché di talune attività culturali e formative. Vi è, infine, la «Fondazione Nomadelfia», la quale, proprietaria di tutto il complesso immobiliare della città, aveva ottenuto una prima approvazione del relativo statuto, nonché l'erezione ad ente morale con d.P.R. 31 agosto 1973 n. 797, mentre dall'aprile 2022 si presenta quale Ente del Terzo Settore. Nomadelfia si era dotata anche di una cooperativa culturale, la quale gestiva la tipografia interna con cui Nomadelfia curava la stampa dei periodici e delle monografie pubblicati dalla «Nomadelfia Edizioni», la quale risulta, ad oggi, sciolta.

²⁵ Art. 4 *Costituzione* 1948 (d'ora in avanti: Cost. N. 1948): «La paternità sui minorenni Piccoli Apostoli ed ospiti è dei Piccoli Apostoli maggiorenni in solido». Art. 15 Cost. N. 2012: «Tutti i figli sono educati conformemente alle direttive pedagogiche impartite dal Fondatore, con l'incondizionato aiuto solidale di tutti: è questa la *Paternità e Maternità in solido*».

²⁶ L'organo in parola è parimenti rinvenibile, sebbene con formulazioni e prerogative sensibilmente differenti, anche nelle precedenti versioni della *Costituzione* di Nomadelfia: art. 27 Cost. N. 1948; art. 33 Cost. N. 1961; art. 26 Cost. N. 1994; art. 26 Cost. N. 2000.

in una comunità che tenda all'armonia perfetta fra i propri membri²⁷, di dotarsi di un organo che provveda alla risoluzione interna delle eventuali controversie²⁸. Pare opportuno, fin da ora, prendere nota che, dalla prassi della gestione dei conflitti di natura giuridica degli Enti ecclesiastici in genere, emerge, nella quasi totalità delle realtà comunitarie, il coesistere di due aspetti che attengono alle situazioni conflittuali interne ed esterne: il primo è la difficoltà di risolvere tali contrasti in maniera autonoma; il secondo è la tendenza a rimuovere aprioristicamente la dimensione della litigiosità²⁹.

3. Il Collegio dei Giudici: inquadramento normativo, membri, modalità di deliberazione e verbalizzazione

Il Collegio dei Giudici, come anticipato, è uno dei dieci organi *costituzionali* che regolano la vita, la direzione e l'amministrazione di Nomadelfia. Esso, come recita l'art. 26 Cost. N. 2012, è costituito da non meno di tre membri elettivi, uno dei quali, chiamato Capogiudice, lo dirige; nel caso in cui costui fosse impossibilitato a partecipare ad una seduta, l'organo verrebbe presieduto dal *giudice* che vanta più anni di appartenenza alla popolazione come Nomadelfo effettivo. Il Collegio sovrintende tutte le operazioni di voto e la procedura elettorale. Su richiesta dei singoli e degli organi *costituzionali* esso concilia le liti ed esamina i casi di infrazione alle leggi, al costume, alla disciplina della popolazione. «Lo stesso Collegio insieme al Successore si pronuncia in ordine a questioni che implicano l'*incostituzionalità* di delibere, provvedimenti e iniziative degli organi *costituzionali*»³⁰.

I *giudici*, chiarisce l'art. 1 R.g.P.N./Giud, vengono eletti fra i Nomadelfi effettivi, e, in special modo, fra coloro che si distinguono per virtù, saggezza e conoscenza della *Costituzione*. Tale

²⁷ Art. 47 Cost. N. 2012: «La popolazione dei Nomadelfi non permette che si facciano liti tra i suoi membri. Se ragioni di contrasto nascono tra due o più Nomadelfi o *Postulanti*, questi devono ricorrere alla correzione fraterna come richiede il Vangelo. Se il contrasto persiste, devono rivolgersi al Collegio dei Giudici che aprirà un procedimento secondo i Regolamenti».

²⁸ Art. 51 Cost. N. 2012: «In qualsiasi caso di controversia all'esterno di Nomadelfia, i singoli, gli organi, gli uffici dell'Associazione stessa, prima di adire gli organi giudiziari dello Stato devono ottenere la licenza scritta del Successore».

²⁹ V. GIGLIOTTI, Conciliazione e mediazione nel diritto della Chiesa: reviviscenza di una prassi storica, in *Riv. stor. dir. it.*, 2018, p. 245.

³⁰ La disciplina di dettaglio relativa a questo organo è dettata dai Regolamenti del Collegio dei Giudici (d'ora in avanti: R.g.P.N./Giud). Questi sono ripartiti in quattro sezioni: la sezione prima disciplina i criteri di scelta dei membri e le modalità in cui esso si riunisce e delibera; la sezione seconda regola il procedimento mediante il quale esso dirime le controversie fra i singoli; la sezione terza è dedicata a due «procedimenti particolari», ossia il procedimento di esclusione di un Nomadelfo dalla popolazione e la revoca di un membro da una *carica costituzionale*; l'ultima sezione norma, infine, le *questioni di incostituzionalità*.

competenza non è oggetto di alcuna formale certificazione: Nomadelfia rifiuta, infatti, ogni distinzione di qualunque sorta fra i suoi componenti³¹.

A norma dei Regolamenti, il ruolo di Capogiudice non può essere rivestito da una donna³², mentre, al contrario, per prassi la carica di uno degli altri due *giudici* deve essere rivestita da una Nomadelfa³³. Tale limitazione è stata introdotta per espressa volontà del Fondatore nella *Costituzione* del 1961³⁴, mentre nulla era codificato con riguardo al genere e all'eleggibilità dei cittadini nella precedente *Costituzione* del 1948.

Per raggiungere una *decisione* viene impiegato il criterio della maggioranza, avendo ogni *giudice* il medesimo "peso". Vigeva però la regola, stabilita dall'art. 2, co. 3, R.g.P.N./Giud, per la quale ogni deliberazione adottata dal Collegio debba essere adottata all'esito di una conclusiva votazione all'unanimità³⁵.

³¹ Occorre però tener presente che, almeno cinque giorni a settimana, i Nomadelfi si riuniscono per attendere alla cosiddetta *Cultura*, un momento di riflessione collettiva che si tiene fra il termine dell'orario lavorativo e la cena, nel quale, come espressamente disposto dal Fondatore, i Nomadelfi approfondiscono quella che egli usava definire la "cultura di Nomadelfia", prevista dall'art. 41 *Cost.* N. 2012. Tali riunioni solitamente hanno principio con l'ascolto di una meditazione o di un discorso di don Zeno al cui termine si apre un momento di riflessione, nel quale ognuno ha facoltà di prendere la parola ed esprimere il proprio pensiero: è specialmente in occasione di questi incontri, nell'argomentare le proprie convinzioni, che i Nomadelfi hanno la possibilità di conoscere l'uno la preparazione, l'assennatezza e le conoscenze dell'altro nei diversi ambiti della "cultura di Nomadelfia".

³² Art. 3 Regolamenti generali della Popolazione di Nomadelfia, Regolamenti per le Elezioni (d'ora innanzi: R.g.P.N./Elez).

³³ Prassi evidenziatasi nel colloquio dell'agosto 2022 condotto con il Nomadelfo Pietro Carena, il quale ha rivestito il ruolo di Capogiudice per numerosi mandati, maturando una esperienza complessiva di oltre venti anni. La sua competenza in materia risulta preziosa perché avendo rivestito anche la carica di Presidente della comunità, ha potuto sperimentare ogni ruolo inerente al sistema di giustizia interno.

³⁴ Art. 30 *Cost.* N. 1961: «A tutte le cariche possono essere eletti o nominati solo i Nomadelfi. Alle cariche costituzionali non possono essere elette le donne».

³⁵ Ogni Nomadelfo, come tale, è sottoposto alla giurisdizione del Collegio dei Giudici: ciò è vero persino per i tre *giudici*, dovendo essi essere eletti fra i Nomadelfi. Questa circostanza potrebbe ingenerare qualche problematica non di poco conto, fra tutte il fatto che, ove un *giudice* avesse la necessità di rivolgersi al Collegio per risolvere una propria controversia con altro cittadino dovrebbe decidere della propria causa. Tale evenienza avrebbe ricadute sui criteri di equidistanza e terzietà richiesti all'arbitro, a pena di ricusazione del medesimo, ex art. 815, 1° comma, n. 3 c.p.c.; si tenga ulteriormente presente che nell'ordinamento *interno*, a norma dell'art. 33 *Cost.* N. 2012, i membri del Collegio dei Giudici «non sono soggetti a revoca». La soluzione prospettabile è che il *giudice* in questione si astenga dal formulare la *decisione*, e che partecipi alla votazione all'unanimità presentando «scheda bianca». Interpellato sul punto nell'aprile del 2024, l'attuale Capogiudice Zeno Mazelli chiarisce che pare non esservi casistica in merito a tale fattispecie, ma riconosce che trattasi di una lacuna normativa. Una seconda soluzione, ove non vi fosse unanimità fra i membri del Collegio, in forza dell'art. 2 R.g.P.N./Giud, potrebbe essere quella di ricorrere al Successore, il quale, proprio in forza delle prerogative che gli sono riconosciute dalla *Carta*, potrebbe facilitare il raggiungimento dell'*unum* fra i *giudici*, offrendo il proprio autorevole parere.

La regola della votazione all'unanimità, sconosciuta ai precedenti statuti e regolamenti, viene introdotta con l'adozione della *Costituzione* del 1994. Dai colloqui intercorsi con Pietro Carena e con il Presidente emerito Francesco Matterazzo è emerso che si è trattato della codificazione di una prassi, adottata per precisa volontà del Fondatore, la quale si era già consolidata nel tempo.

Può ben accadere che un *giudice* rimanga ostinatamente nella propria posizione e non ritenga di avallare una delibera con la quale non sia d'accordo, rendendo in tal modo impossibile adottare una *decisione*: si rende, in questi casi, necessario l'intervento del Successore, ex art. 2, R.g.P.N./Giud, il quale, incarnando il carisma del Fondatore, può facilitare il raggiungimento della *decisione* più opportuna.

Nel verbale relativo alla *decisione*, può essere riportato che uno dei *giudici* fosse di diverso avviso in merito alla deliberazione, sebbene poi abbia aderito, per il tramite del voto all'unanimità, alla risoluzione per la quale propendevano i due colleghi³⁶.

Ogni atto dell'organo deve essere verbalizzato, a norma dell'art. 10 R.g.P.N./Giud, e deve indicare da chi è stato redatto. Per questo scopo, esistono più registri conservati presso il Collegio: un primo registro, pubblico e aperto alla consultazione da parte dei Nomadelfi effettivi, conserva i verbali relativi a decisioni che riguardino la Città nel suo insieme o la legittimità *costituzionale* di norme, deliberazioni o atti; un secondo registro, riservato, contiene i verbali relativi ai procedimenti di infrazione alle leggi della Città promossi a carico dei singoli cittadini³⁷. Un terzo registro, previsto dall'art. 13 R.g.P.N./Giud, conservato presso il Collegio, attinente ad altra e diversa funzione prevista dalla sezione quarta del medesimo Regolamento, contiene copia di tutte le delibere degli organi *costituzionali*, le quali, a seconda delle indicazioni dell'organo che le promana, possono anche rimanere riservate.

4. Segue: le attribuzioni del Collegio dei Giudici

Nel caso in cui si renda necessario indire la elezione degli organi *costituzionali*, il Collegio dei Giudici ha il compito, ex art. 1 R.g.P.N./Elez, di garantire la correttezza della propaganda elettorale, la quale si apre su impulso della Presidenza nei quindici giorni precedenti alla data fissata per le elezioni³⁸. In secondo luogo, il Collegio organizza e dirige le votazioni dirette

³⁶ Art. 2 Regolamento sul Collegio dei Giudici e sul Procedimento di Esclusione del 1966: «Nella formulazione di sentenze, decreti e conclusioni, il Collegio dei Giudici delibera a maggioranza dei componenti; il dissenziente può chiedere che sia fatto risultare dal testo della decisione il suo voto contrario e la relativa motivazione». Nel Regolamento del 1966, come anticipato, non era previsto il voto all'unanimità sulla *decisione*, quindi, il dissenso era possibile che fosse palesato nel testo del *lodo*; oggi pare più congruo che il dissenso possa essere messo a verbale, ma che non possa invece essere parte della *decisione*, dovendo il Collegio offrire una deliberazione univoca che abbia il carattere della piena concordanza, stante la citata regola dell'unanimità.

Dai colloqui con Pietro Carena è emerso che, sebbene nel Regolamento vigente non vi sia alcun cenno alla possibilità di annotare nel verbale la discordanza di opinioni di uno dei *giudici*, tale facoltà è rimasta ferma nella prassi.

³⁷ Questo secondo registro deve essere custodito sotto la personale responsabilità del Capogiudice, il quale, una volta terminato il proprio mandato, lo trasmette al nuovo eletto.

³⁸ Il Collegio, in questo caso, ha l'onere di approvare i contenuti della campagna elettorale, prima che ne sia data diffusione. Nonostante essa sia del tutto lecita, non è una pratica ben vista: il prestigio personale o la "carriera" sono valori che non possono trovare luogo in Nomadelfia. Si tenga poi presente che dalle cariche costituzionali non deriva alcun beneficio di

all'elezione delle cariche *costituzionali*, procedendo poi, secondo l'art. 2 R.g.P.N./Elez, sotto la propria responsabilità, alla distruzione delle schede elettorali, una volta concluse le relative operazioni. Fra le prerogative del Collegio rientra, ulteriormente, in forza degli artt. 1 e 7 R.g.P.N./Ass, la facoltà di convocare l'Assemblea e di dirigerne i lavori ogniqualvolta sia assente il Direttore della medesima.

Al Collegio dei Giudici è affidata, poi, a norma dell'art. 14 R.g.P.N./Giud, la funzione di controllo di *legittimità* delle deliberazioni e dei provvedimenti degli altri organi, ognuno dei quali ha infatti onere di comunicare «al più presto al Collegio dei Giudici qualsiasi delibera da esso adottata»; il Collegio ha il compito di esaminare il contenuto di tali atti, vistarli ed inserirli nell'apposito registro. Ogni cittadino, ex art. 15 R.g.P.N./Giud, ha poi facoltà di richiedere l'intervento del Collegio ove ravvisi che un qualsiasi atto sia di dubbia conformità alla *Carta* fondamentale, e, qualora il Collegio dei Giudici ritenga una delibera, un provvedimento, ovvero una iniziativa non conforme alla *Costituzione*, interpella in merito il Successore, emettendo sul punto una pronuncia che poi trasmette all'organo che ha adottato l'atto censurato, perché possa provvedere in merito³⁹.

Di notevole interesse risulta essere una ulteriore prerogativa del Collegio in due – usando la definizione della *Carta* – «procedimenti particolari».

Il primo procedimento può avere come risultato l'adozione, da parte dell'Assemblea, del provvedimento più grave possibile: l'esclusione di un Nomadelfo dalla popolazione. I casi in cui tale procedimento può essere intrapreso sono previsti dall'art. 49 *Cost.* N. 2012 a cagione del non «corrispondere agli impegni e alle obbligazioni derivanti dalla sua appartenenza alla popolazione dei Nomadelfi, adducendo che non è adatto o che non si sente di farlo». Parimenti, a tale procedimento può essere assoggettato il Nomadelfo che non accetti una *decisione* del Collegio dei Giudici, affidandosi, in tal modo, la soluzione dell'intera vicenda all'Assemblea in funzione di tribunale ultimo⁴⁰. Per la durata del procedimento di esclusione,

qualsivoglia natura: ogni Nomadelfo, a prescindere dalle proprie attribuzioni o dal livello di istruzione, partecipa alla vita, agli impegni e alle mansioni lavorative in egual modo.

Per la verità, sono presenti nell'Archivio di Nomadelfia alcuni bollettini ciclostilati tramite i quali taluni Nomadelfi facevano campagna elettorale: essi risalgono, però, alla seconda metà degli anni Sessanta; tale pratica, sebbene prevista, risulta oggi desueta.

³⁹ All'art. 33 della previgente *Cost.* N. 1961 era espressamente prevista anche la prerogativa di sospendere in via cautelare i provvedimenti ritenuti *incostituzionali*, la *Carta* vigente, invece, tace sul punto, ma non paiono esservi regole che impediscano la sospensione della delibera in attesa di una diversa statuizione da parte dell'organo.

⁴⁰ Questa evenienza era espressamente prevista dall'art. 49 *Cost.* N. 1961, il quale stabiliva che «chi rifiuta la conclusione del giudice conciliatore deve dimettersi dalla popolazione, oppure subire un processo particolare in conformità dei regolamenti generali», mentre la *Carta* vigente non lo prevede espressamente, ma tale regola rimane ferma per prassi, infatti, a seconda della gravità delle circostanze, il Presidente opera un apprezzamento, disponendo la conclusione dell'*iter* con il *perdono* del Nomadelfo, ovvero decidendo di deferirlo all'Assemblea in funzione di tribunale ultimo.

il Collegio non ha funzione di organo giudicante, ma svolge la funzione di illustrare all'Assemblea l'istruttoria svolta e, talvolta, può essere chiamato a dare un proprio parere sull'opportunità dell'esclusione medesima; la funzione giudicante è qui affidata all'Assemblea, la quale, una volta ascoltata anche la parte interessata e il suo difensore⁴¹, procede, *ex art. 11 R.g.P.N./Giud*, all'adozione di una *decisione* mediante votazione segreta⁴².

Il secondo procedimento speciale, disciplinato dall'art. 12 R.g.P.N./Giud, ha ad oggetto la revoca di un cittadino da una carica *costituzionale*. La richiesta di revoca deve essere sottoscritta da almeno un quarto dei Nomadelfi effettivi e va presentata al Capogiudice, il quale dovrà stabilire la data in cui si terrà il *referendum* che deciderà in merito.

La *Costituzione*, infine, affida al Collegio la funzione non solo di conciliare le liti fra i Nomadelfi, ma anche di valutare i casi di infrazione alle leggi, al costume e alla disciplina della popolazione, ossia tutti quei casi in cui vi sia incoerenza fra il comportamento o le idee professate e la vita di Nomadelfia così come normata dalla *Costituzione* medesima. Le segnalazioni possono essere presentate da parte dai cittadini ovvero dagli organi *costituzionali*.

Sebbene la *Costituzione* esprima, all'art. 47 *Cost. N. 2012*, la volontà dei Nomadelfi di evitare liti tra i membri della popolazione, ove queste si verificassero e interessassero *postulanti* o Nomadelfi effettivi, costoro sono tenuti, in primo luogo, a ricorrere alla «correzione fraterna». Tale concetto di matrice evangelica impone di intervenire, da pari a pari, nei confronti del fratello allo scopo o di prevenire comportamenti scorretti o peccaminosi, ovvero di farlo redimere, e ciò nell'ottica di non permettere a colui che si trovi in errore di non rendersene conto⁴³. Ove, però, la correzione fraterna non abbia successo e il contrasto persista, i

⁴¹ Art. 7 R.g.P.N./Giud: «Il chiamato può farsi assistere per ogni atto del procedimento da un difensore di sua fiducia». Si tenga presente che non si tratta di una difesa tecnica, infatti, in qualità di difensore può essere designato solamente un altro Nomadelfo effettivo, stante il fatto che il quadro di valori in gioco e le regole delle quali è ritenuta la violazione sono individuate dalla *Costituzione* e dai Regolamenti generali di Nomadelfia.

⁴² Si osservi che tale procedimento non implica una esclusione dalla Popolazione a vita, poiché è possibile la riammissione degli esclusi, la quale, tuttavia, deve necessariamente essere oggetto di valutazione da parte della Presidenza di comune accordo con il Successore, *ex art. 49 Cost. N. 2012*.

⁴³ Fattispecie completamente differente, dalle liti o dalle infrazioni in oggetto, è invece costituita dai cosiddetti «fatti privati gravi», *ex art. 48 Cost. N. 2012*, i quali possono essere costituiti da condotte antiggiuridiche punibili penalmente, ovvero da fatti privati contro la morale, come ad esempio le infedeltà coniugali. In presenza di tali «fatti» non si ricorre al Collegio, ma al Successore o al Presidente, e ciò per favorire la massima riservatezza, sia a protezione di chi potrebbe aver commesso il fatto, ma anche per offrire tutela a chi quel «fatto» lo ha subito, evitando che la notizia sia diffusa oltre lo stretto necessario. Infatti, ove ne fosse interessato il Collegio, se si esclude chi ha segnalato il «fatto», sarebbero informate dell'accadimento almeno quattro persone, individuabili nei tre *giudici* e, potenzialmente, nel Successore; al contrario, grazie a questo meccanismo, i soggetti che ne vengono a conoscenza sono due soltanto, e sono coloro che, di comune accordo, hanno la prerogativa di decidere in merito alla permanenza del cittadino nella popolazione, ossia Presidente e Successore. Nei casi individuati dall'art. 48, ciò che accade, come evidenziato dal colloquio personale intercorso con il Presidente emerito, nonché

postulanti o i Nomadelfi debbono rivolgersi al Collegio dei Giudici, così come imposto dall'art. 47 Cost. N. 2012.

5. Cenni alle norme di comportamento interno

Le norme della cui violazione si è chiamati a rispondere sono da individuarsi anzitutto nella *Costituzione*, la quale dedica una disposizione, di cui all'art. 5, al cosiddetto «costume» imponendo, in primo luogo: modestia, sobrietà ed eleganza nel vestire; semplicità e sobrietà nel linguaggio; riservatezza nel comportamento da adottare⁴⁴. Il cittadino deve essere laborioso e collaborare al mantenimento del decoro e dell'ordine negli spazi; si debbono evitare ornamenti, trucco o mode eccentriche nel vestire; nel mangiare e nel bere è necessario essere sobri, accontentandosi di ciò che la Provvidenza offre, evitando di mangiare fuori pasto ovvero di esprimere giudizi sul cibo; vige il divieto di fumare; si deve evitare sia di chiudersi all'interno del proprio nucleo familiare, sia di prediligere i legami parentali o amicali a scapito di quelli comunitari⁴⁵. Il tenore di vita del Nomadelfo deve essere improntato alla povertà evangelica, dovendosi utilizzare con parsimonia riscaldamento, illuminazione, elettrodomestici, mezzi di comunicazione, mezzi di trasporto. I beni della comunità debbono essere adoperati rispettandone la finalità, la Provvidenza che li ha messi a disposizione e il lavoro necessario per produrli⁴⁶. Per quanto attiene l'educazione dei figli, vige la già citata regola della «paternità e maternità in solido», la quale implica che ogni Nomadelfo è tenuto a cooperare all'educazione di tutti i figli, accettando, nei confronti dei propri, la collaborazione degli altri cittadini: è ritenuta una grave colpa il fare preferenze sui figli⁴⁷. A norma dell'art. 15 Cost. N. 2012, tutte le famiglie di Nomadelfia sono aperte all'accoglienza, come figli, di minorenni che sono moralmente o materialmente in stato di abbandono; le famiglie affidatarie hanno il dovere di amarli, curarli ed educarli al pari di ogni altro figlio; esse, ex art. 17 Cost. N. 2012, non hanno facoltà di pretendere o rifiutare figli in affido; una volta che la comunità abbia accolto un minore se ne prende cura fino alla maggiore età. All'istruzione

Capogiudice emerito Pietro Carena, è che il Successore o il Presidente, una volta appurato l'accaduto, si rivolga al soggetto interessato, ossia chi ha commesso il «fatto», e, a seconda della gravità delle circostanze, può ammonire il soggetto ovvero, invitarlo o, ancora, intimargli l'allontanamento dalla città.

⁴⁴ Art. 5 Cost. N. 2012. Nella *Premessa*, contenuta nei Regolamenti generali della Popolazione di Nomadelfia, Regolamenti sul Costume (d'ora innanzi: R.g.P.N./Cost), si chiarisce che «Nomadelfia ha elaborato una ricca tradizione di norme e di comportamenti personali, familiari e sociali, che ciascun Nomadelfo deve accogliere in spirito di ubbidienza. Sono un aiuto a vivere fedeli allo spirito di don Zeno e sono vincolanti».

⁴⁵ *Doveri dei Nomadelfi*, R.g.P.N./Cost. La prima forma di «parentela» riconosciuta nella comunità non è, infatti, quella «del sangue», bensì l'essere ognuno fratello per l'altro.

⁴⁶ *Tenore di vita*, R.g.P.N./Cost.

⁴⁷ *Educazione dei figli*, R.g.P.N./Cost.

d'obbligo si provvede con apposite scuole, previste dall'art. 15, *Cost. N. 2012* ed istituite dalla popolazione dei Nomadelfi, presso le quali l'insegnamento è impartito in corrispondenza con i programmi previsti dal Ministero dell'Istruzione e del Merito. I programmi televisivi sono gestiti da una commissione interna, la quale seleziona i contenuti in linea con la morale cattolica e visiona i programmi di interesse decidendo quali classi di età possano fruire di tali contenuti; per gli adulti i notiziari, i programmi culturali o sportivi sono visibili senza necessità di segnalazione⁴⁸.

A Nomadelfia, come si è già avuto modo di dire, non trova luogo la proprietà privata, anche per quei beni considerati personali si ha l'uso e non la proprietà, non vi è quindi alcuna forma di gestione personale di soldi, spese, viaggi: il Nomadelfo che, ad esempio, intenda compiere un viaggio o utilizzare del denaro a titolo personale deve farne richiesta al Presidente, il quale, a sua volta, ne valuterà la necessità⁴⁹. Regalie e lasciti ricevuti a qualsiasi titolo sono gestiti dalla comunità e debbono andare a beneficio della collettività; medesima regola vige per dispositivi elettronici, smartphone *et alia*, la disponibilità dei quali deve essere autorizzata e concordata con il Presidente⁵⁰. Il Nomadelfo, in forza dell'art. 2 *Cost. N. 2012*, deve avere a disposizione, infatti, solo quanto necessario a condurre una vita dignitosa.

Ogni cittadino deve impegnarsi a vivere in armonia con gli altri, secondo la prima *legge* di Nomadelfia che è «l'amore fraterno», come recita l'art. 1 *Cost. N. 2012*. Il Nomadelfo si impegna, inoltre, *ex art. 3 Cost. N. 2012*, ad ubbidire all'autorità interna; a prestare la propria attività senza alcun compenso economico nelle iniziative della popolazione; a non lavorare alle dipendenze di terzi; a non speculare sul lavoro altrui, né direttamente né indirettamente. A norma dell'art. 7 R.g.P.N./Pres, le attività lavorative in cui prestare la propria opera non sono scelte dai singoli, bensì dalla Presidenza, in accordo con le necessità comunitarie e, possibilmente, tenendosi conto delle personali inclinazioni⁵¹. Tale insieme di regole e

⁴⁸ Uso dei mezzi di comunicazione di massa, R.g.P.N./Cost.

⁴⁹ Si tenga presente che Nomadelfia ha adottato un sistema che ha dei punti di contatto con le forme di vita consacrata, con le quali condivide l'accettazione generalizzata dei tre consigli evangelici: "castità", di cui al Can. 599; "povertà", *ex Can. 600*; "obbedienza", «per seguire Cristo obbediente fino alla morte», sottomettendo la propria «volontà ai Superiori legittimi, quali rappresentanti di Dio, quando comandano secondo le proprie costituzioni», come recita il Can. 601. In conformità con quest'ultima disposizione l'art. 3 *Cost. N. 2012* impone, fra i doveri del Nomadelfo, quello di «ubbidire all'autorità costituita», nella specie, al Presidente e al Successore.

⁵⁰ *Uso dei beni*, R.g.P.N./Cost.

⁵¹ Secondo l'art. 38 *Cost. N. 2012*, in nessun caso il Nomadelfo può ritenere di avere diritto a dei beni che si sia procurato con il proprio lavoro, dovendo, invece, riconoscerne la proprietà solamente a Dio e dovendo dividerli equamente con i fratelli. Una attività peculiare di Nomadelfia è il cosiddetto «lavoro di massa», disciplinato dall'art. 40 *Cost. N. 2012*, al quale sono obbligati a partecipare tutti i componenti idonei della popolazione, nello stesso orario e nello stesso luogo, e in un'attività di comune natura, così da evitare che i lavori pesanti, monotoni o ripetitivi vengano svolti da pochi.

consuetudini individua, appunto, il comportamento che ogni Nomadelfo deve adottare e la «cultura» che lo deve caratterizzare.

6. Accesso alla giurisdizione del Collegio dei Giudici e relativo procedimento

Così individuate le disposizioni della cui violazione si è chiamati a rispondere o per le quali può aprirsi un procedimento, per poter adire il Collegio è necessario presentare una richiesta in forma scritta. Essa può essere depositata, a norma dell'art. 3 R.g.P.N./Giud, dai singoli Nomadelfi effettivi ovvero dagli organi *costituzionali* e deve avere ad oggetto una domanda di conciliazione di una lite oppure l'esame di un caso di infrazione delle norme interne.

Una volta presa in carico la questione, il Collegio provvede, come previsto dall'art. 4 R.g.P.N./Giud, a condurre una istruttoria, la quale può essere affidata dal Capogiudice ad uno solo dei componenti del Collegio o al Collegio nella sua interezza, il quale provvede, in accordo con l'art. 5 R.g.P.N./Giud, ad interrogare eventuali persone che possano testimoniare, al fine di acquisire elementi utili alla conoscenza dei fatti occorsi; ogni cittadino è tenuto in coscienza a fornire tutti gli elementi di cui sia a conoscenza. Conclusa tale istruttoria, l'art. 6 R.g.P.N./Giud dispone che ci si rivolga al soggetto sottoposto al procedimento, al fine di comunicargli gli addebiti che gli sono mossi ed invitandolo a chiarire la propria posizione in merito. L'interessato, secondo l'art. 7 R.g.P.N./Giud, può farsi assistere per ogni atto del procedimento da un difensore di sua fiducia, il quale deve essere a sua volta un Nomadelfo. L'organo, sulla base di tutti i dati raccolti, formula le proprie *conclusioni*, utilizzando il metodo collegiale, e cura poi di comunicarle all'interessato, alla Presidenza e al Successore. Qualora l'interessato non accetti le conclusioni del Collegio dei Giudici, la Presidenza ha facoltà di ammetterlo all'Eremo⁵² ovvero, ex art. 9 R.g.P.N./Giud, di dare impulso ad un procedimento di esclusione presso l'Assemblea dei Nomadelfi⁵³.

⁵² L'Eremo è un istituto, previsto dall'art. 46 *Cost. N. 2012*, il quale identifica non un luogo fisico individuato, ma la possibilità per i cittadini di vivere al di fuori delle formazioni sociali di Nomadelfia. Il fine dell'istituto non è di costituire una punizione, bensì di consentire ai Nomadelfi effettivi, che si trovino in gravi difficoltà di carattere spirituale o che abbiano tenuto comportamenti non coerenti allo spirito di Nomadelfia, di trovare uno spazio separato da essa, il quale consenta di maturare una certa serenità riguardo alle proprie scelte e che al contempo non implichi il rassegnare le dimissioni dalla città.

⁵³ Si tenga presente che, sebbene Collegio dei Giudici e Presidente siano spesso entrambi coinvolti nei procedimenti analizzati, essi operano in due momenti differenti. Il Collegio effettua l'istruttoria e rassegna la propria conclusione all'interessato e al Presidente; il Presidente, esprimendo il potere esecutivo, può, a sua volta, operare un apprezzamento delle circostanze, nell'ottica di concedere il *perdono*, di limitare le conseguenze ad una ammonizione oppure di avvertire l'interessato che, se non si rimette alla *conclusione*, si prosegue con il procedimento di esclusione.

7. Procedimenti e finalità del *giudizio*

Occorre tenere in considerazione che la finalità del procedimento affidato al Collegio dei Giudici non è la punizione di chi ha violato le regole, come dimostrato dall'impossibilità che siano comminate sanzioni di alcun genere; non è nemmeno la ristorazione di un eventuale danno causato dal comportamento *antigiuridico* del soggetto, non essendo in effetti prevista alcuna forma di riparazione nei confronti del danneggiato. L'attenzione è tutta rivolta, invece, a riportare chi ha commesso un'azione contraria alla *Costituzione* nell'alveo delle sue regole⁵⁴, le quali, come si è mostrato, mirano a preservare uno specifico stile di vita, sorretto da peculiari forme di costume e di cultura⁵⁵.

A tal proposito, viene in luce l'art. 8 R.g.P.N./Giud recante l'istituto del *perdono*, il quale prevede che «in qualsiasi momento, se il sottoposto a procedimento riconosce di aver sbagliato e si dichiara pentito, *ipso facto* viene perdonato». Tutto questo è in linea con la previsione evangelica della necessità di dover perdonare non «fino a sette volte, ma fino a settanta volte sette»⁵⁶ che nel linguaggio semitico significa all'infinito, non dovendosi tener conto delle volte in cui si è già perdonato il fratello per quella medesima mancanza⁵⁷.

Può ben accadere che, una volta che il denunziante abbia presentato la propria segnalazione scritta al Collegio, ad esso nemmeno venga comunicato il *lodo* emesso all'esito del procedimento, poiché, appunto, il fine non è ricevere soddisfazione dell'offesa ricevuta, ma recuperare un fratello alla collettività⁵⁸. Ecco che, in presenza di taluni elementi propri del Sacramento della Confessione, ossia il pentimento e la promessa di non reiterare l'errore, trova applicazione la regola evangelica del *perdono*, la quale blocca l'*iter* procedimentale, poiché lo scopo dell'istituto è già stato raggiunto.

⁵⁴ In sostanza- come chiarito nel colloquio personale del settembre 2022 con l'attuale Capogiudice, Zeno Mazelli - quella che potrebbe essere definita la *parte offesa* dalla *condotta antigiuridica*, nulla ha da rimproverarsi, essendo già nel giusto; la tensione e l'attenzione sono invece tutte rivolte a chi ha violato le norme, perché egli rappresenta la *parte* che ha la necessità di essere sorretta dalla comunità ed essere riportata all'armonia con essa.

⁵⁵ La regola alla quale debbono attenersi i *giudici*, nello svolgimento delle proprie prerogative, è riportata in principio al Regolamento ad essi dedicato: «*in certis iustitia, in dubiis pro reo et in omnibus fraternitas*».

⁵⁶ Mt 18, 21-35: «Signore, se il mio fratello commette colpe contro di me, quante volte dovrò perdonargli? Fino a sette volte? E Gesù gli rispose: non ti dico fino a sette volte, ma fino a settanta volte sette».

⁵⁷ Similmente, la necessità del perdono viene ribadita con un altro ammonimento evangelico, che pone una certa simmetria tra il comportamento del *danneggiato* nei confronti del *danneggiante* e il contegno che nei suoi confronti verrà tenuto da Dio, nel giudicare le sue colpe, Mt 6,14-15: «se voi perdonerete agli altri le loro colpe, il Padre vostro che è nei cieli perdonerà anche a voi; ma se voi non perdonerete agli altri, neppure il Padre vostro perdonerà le vostre colpe».

⁵⁸ Circostanza emersa in colloquio personale con Pietro Carena e confortata dalla constatazione che in nessuna norma *costituzionale* ovvero regolamentare sia fatto accenno all'adempimento, da parte del Collegio, della comunicazione della *decisione* al soggetto che ha promosso il procedimento.

A ben vedere, la modalità di risoluzione delle controversie adottata da Nomadelfia si pone nel solco della tradizione cattolica, la quale, sin dai primi secoli di sviluppo come Chiesa, ha maturato una peculiare formula di carattere spiccatamente conciliativo, la quale evidenzia uno sviluppo tetrafase del procedimento⁵⁹. Si ha un primo incontro, del tutto riservato, tra chi commette una colpa e un fratello, nel quale si concreta la cosiddetta *charitativa admonitio*⁶⁰. Ove questa fallisse, seguirebbe l'invito, da parte del fratello, ad emendarsi di fronte a due o tre *testimoni*. Nel caso in cui queste prime due fasi non raggiungessero il loro scopo, il procedimento, dalla sfera privata passerebbe a quella pubblica, mediante il ricorso alla *denunciatio* all'assemblea dei cristiani. Ove, infine, l'incolpato persistesse nel suo errore, l'ultima fase provocherebbe l'esclusione del soggetto dalla *communio*⁶¹.

Il meccanismo in questione vige sia nel caso in cui un soggetto «commetta una colpa» contro un fratello, sia nel caso in cui tale colpa sia commessa in senso lato⁶². In quest'ultima ipotesi è sufficiente, infatti, che venga trasgredita una delle norme evangeliche che regolano la vita delle comunità cristiane, sebbene tale violazione non incida direttamente sulla posizione di un altro soggetto. Le attribuzioni previste nell'art. 26 Cost. N. 2012 per il Collegio dei Giudici appaiono, sul punto, perfettamente in linea con tale tradizione. L'organo, infatti, non solo «concilia le liti», ma si occupa anche di esaminare «i casi di infrazione alle leggi, al costume, alla disciplina della popolazione».

8. Segue: La decisione del Collegio dei Giudici

Nella tradizione cristiana, nella terza fase, investita della questione è la comunità intera, l'*ekklesia*, coinvolta nella fase pubblico-assembleare. Essa si eleva ad una sorta di *tribunale*

⁵⁹ Il fondamento scritturale di tale formula si rinviene, innanzitutto, nel Vangelo di Matteo (Mt 18, 15-17): «¹⁵Se il tuo fratello commette una colpa, va' e ammoniscilo fra te e lui solo; se ti ascolterà, avrai guadagnato il tuo fratello; ¹⁶se non ti ascolterà, prendi con te una o due persone, perché ogni cosa sia risolta sulla parola di due o tre testimoni. ¹⁷Se poi non ascolterà neppure costoro, dillo all'assemblea; e se non ascolterà neanche l'assemblea, sia per te come un pagano e un pubblicano».

⁶⁰ L'amore cristiano prescrive, per il tramite della «correzione fraterna», di improntare il proprio agire ad un senso di responsabilità reciproca, in virtù del quale, ove il fratello commette una colpa contro un altro fratello ovvero adotta un comportamento contrario alle leggi cristiane, l'offeso o chi vede tale comportamento ha il dovere di usare carità verso il primo e deve, innanzitutto, parlargli personalmente, facendogli presente che ciò che ha detto o fatto non è secondo le regole. Tale *admonitio* non si concreta in una reazione all'offesa subita, elemento tipico della giustizia secolare, ma è mossa dall'amore per il fratello, per dargli occasione di ravvedersi ed evitare in futuro la condotta posta in essere.

Il principio viene ripreso da SANT'AGOSTINO, *Discorsi* 82, 7, Città Nuova Editrice, Roma, 1982, p. 619: «Colui che ti ha offeso, offendendoti, ha inferto a sé stesso una grave ferita, e tu non ti curi della ferita di un tuo fratello? [...] Tu devi dimenticare l'offesa che hai ricevuto, non la ferita di un tuo fratello».

⁶¹ V. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 244.

⁶² V. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 250: «il 'processo' polifase di composizione delle controversie e il relativo obbligo di intervenire a cui ogni cristiano è tenuto non si limiterebbe pertanto al solo caso di un'offesa personale ma si dilaterrebbe a ricomprendere tutte le situazioni in cui emerge nella comunità un comportamento contrario all'insegnamento evangelico».

collegiale e il pentimento assume le caratteristiche di una pubblica penitenza imposta dall'autorità e accettata dal colpevole. Ove quest'ultimo ammettesse il proprio errore gli sarebbe imposta una ammenda, venendo, in tal modo, riammesso alla collettività⁶³. Ove, invece, il soggetto non confessasse, ogni giudizio rimarrebbe in sospeso; ma le autorità preposte alla comunità locale avrebbero onere di procedere ad ulteriori indagini e accertamenti, e dovrebbero poi prendere provvedimenti riservati, concretando, in tal modo, la quarta ed ultima fase, all'esito della quale, il soggetto sarebbe da trattarsi alla stregua di un «pagano e un pubblicano», ossia, verrebbe estromesso dalla comunità⁶⁴. Riportando tale procedura nel quadro normativo di Nomadelfia, al termine del procedimento di esclusione, ove il chiamato non ammettesse la propria colpa, non rimarrebbe all'autorità competente, la Presidenza, come previsto dall'art. 7 R.g.P.N./Pres, che ratificare la decisione dell'Assemblea ed estromettere il cittadino dalla comunità.

La scelta di affidare ad un organo interno la risoluzione delle controversie si pone in linea con il divieto, sancito da San Paolo, di ricorrere alla giurisdizione dei *tribunali pagani*⁶⁵; in linea con il precetto paolino⁶⁶ appare pure la disposizione, di cui all'art. 51 Cost. N. 2012, la quale prescrive ai Nomadelfi, in caso di controversie con soggetti non cittadini, di munirsi di licenza dell'autorità ecclesiastica presente nella comunità, ossia del Successore nonché, solitamente, parroco, prima di adire gli organi giurisdizionali statali.

La soluzione paolina si concreta, infatti, nell'affidare la composizione della lite ad un saggio, *sofos*, ossia un cristiano equilibrato e competente, individuato all'interno della comunità di appartenenza, il quale convinca le *parti* a porre termine alla lite. Queste ultime debbono accettare la *sentenza* del saggio, anche qualora essa comporti un sacrificio delle proprie

⁶³ V. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁴ V. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 249.

⁶⁵ Cor 6, 12-14: «¹V'è tra voi chi, avendo una questione con un altro, osa farsi giudicare dagli ingiusti anziché dai santi? ²O non sapete che i santi giudicheranno il mondo? E se è da voi che verrà giudicato il mondo, siete dunque indegni di giudizi di minima importanza? ³Non sapete che giudicheremo gli angeli? Quanto più le cose di questa vita! ⁴Se dunque avete liti per cose di questo mondo, voi prendete a giudici gente senza autorità nella Chiesa? ⁵Lo dico per vostra vergogna! Cosicché non vi sarebbe proprio nessuna persona saggia tra di voi che possa far da arbitro tra fratello e fratello? ⁶No, anzi, un fratello viene chiamato in giudizio dal fratello e per di più davanti a infedeli! ⁷E dire che è già per voi una sconfitta avere liti vicendevoli! Perché non subire piuttosto l'ingiustizia? Perché non lasciarvi piuttosto privare di ciò che vi appartiene?».

⁶⁶ G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi*, Milano, 1995, p. 5. Ad onor del vero, come chiarito dall'A., la preoccupazione di San Paolo, cagionata allora dai litigi occorsi tra i cristiani di Corinto, si dirige su più fronti: in primo luogo lo scandalo, essendo i processi pubblici, il quale avrebbe colpito sia i singoli cristiani coinvolti, sia l'immagine della cristianità nel suo complesso presso i pagani; in secondo luogo, l'attribuzione di importanza a delle questioni che, nella visione cristiana del mondo, sono le cose di poco conto della vita; in terzo luogo, la salvezza delle anime dei partecipanti al processo, poiché esso risulta all'epoca impregnato di rituali pagani, che, tra le altre cose, comportano un giuramento in favore degli dei. Ma la preoccupazione forse più pressante per l'Apostolo è che fosse mantenuta «la concordia entro l'unità del Corpo mistico» della Chiesa.

posizioni, vedendosi così ristabilita la concordia fra i due soggetti e nella comunità intera⁶⁷. Nella prassi accade che i cristiani si rivolgano a quelli che sono i *capi religiosi* delle comunità di riferimento, dando luogo ai meccanismi conciliativi che vedono nel vescovo il *sofos* indicato da San Paolo. Al vescovo, infatti, la Chiesa e l'Impero Romano avevano da tempo conferito taluni poteri giurisdizionali sui cristiani della comunità affidatagli⁶⁸. Tale fenomeno dà poi origine, nello svilupparsi della *episcopalis audentia*⁶⁹, alla esclusiva giurisdizione anche civile del vescovo, con la conseguenza che qualunque controversia insorta fra cristiani debba essere mantenuta e definita all'interno della comunità locale di appartenenza⁷⁰.

9. Criteri di *giudizio* distintivi

Nella tradizione cattolica, ogni lite fra cristiani deve essere risolta mediante l'impiego del «criterio della *charitas (aequitas canonica)*», giacché non è ritenuta sufficiente la *aequitas* pagana, essendo considerata espressione di un sistema di valori del tutto differente⁷¹; ciò che deve informare il giudizio è appunto la carità cristiana, la quale impone di guardare con amore fraterno agli altri, partendosi dal presupposto di essere tutti figli del medesimo Dio⁷². Nei giudizi avanti il vescovo finiscono, così, per trovare applicazione più complessi normativi: nelle liti aventi ad oggetto diritti patrimoniali, a titolo esemplificativo, non possono, almeno

⁶⁷ Ciò è chiarito nella *Didascalia apostolorum*, 2, 45, 1, la quale precisa che il miglior elogio per il cristiano è non avere controversie con alcuno; se tuttavia, venisse avviato un processo contro di esso, egli dovrà liberarsene anche accettando di subire qualche danno per evitare di presentarsi davanti ad un tribunale pagano.

⁶⁸ V. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 256. L'Autore ben distingue la «funzione giurisdizionale del vescovo all'interno dell'ordinamento romano (prima e soprattutto dopo la svolta costantiniana) e la funzione di 'mediazione' e di 'conciliazione' svolta all'interno delle comunità».

⁶⁹ G. VISMARA, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁰ G. VISMARA, *op. cit.*, p. 8: «Al vescovo, fornito di una propria competenza in determinate materie, viene affidato anche il compito di giudicare le controversie tra cristiani in materia di diritto privato. [...] L'obbligo di ricorrere esclusivamente al giudizio del vescovo esclude la possibilità per il cristiano di rivolgersi non solo al tribunale, ma anche all'arbitro pagano». L'attribuzione di tale competenza al vescovo non riveste una necessità di natura normativo-dottrinale, ma è circostanza puramente accidentale. Nulla osta che in esperienze differenti tale funzione possa essere affidata ad altri soggetti: si veda, in proposito: V. GIGLIOTTI, *op. cit.*, p. 259. Ciò è precisamente quel che accade in Nomadelfia, ove il *sofos*, assume la caratteristica della collegialità, così come richiesto anche nel Vangelo per i *testimoni*, i quali, assumono la qualifica di *giudici* e vengono designati mediante elezione diretta da parte dei cittadini, *ex art. 31 Cost. N. 2012*.

⁷¹ G. VISMARA, *op. cit.*, p. 32 ss. La *aequitas* romana appare poi rispondere a necessità del tutto differenti, essendo un «metodo di valutazione ricavato dal sistema stesso e consentiva di stabilire il rapporto tra la norma e i soggetti ai quali era destinata: era sorretta dalla comprensione indulgente, che temperava il rigore della legge e della sua asperità». Diversamente, l'equità declinata sul valore della *charitas* impone al vescovo di giudicare applicando sì le norme, ma attraverso il prisma dell'amore cristiano, in armonia e ad imitazione dell'amore di Dio nei confronti dell'uomo, così realizzando lo scopo ultimo del processo cristiano, il quale è la riconciliazione e, attraverso di essa, più in generale, il ripristino della concordia all'interno della comunità dei cristiani.

⁷² G. VISMARA, *op. cit.*, p. 9.

inizialmente, che trovare applicazione il diritto romano o le consuetudini locali, con la conseguenza che il vescovo decide in conformità con essi. Bisogna però tener conto che, anche in materia di diritto civile, possono altresì essere applicati altri principi, come nel caso della risoluzione di una crisi coniugale, la quale, innanzi al vescovo, potrà avere l'esito della sola separazione e mai del divorzio. Si delineano, quindi, occasioni nelle quali i cristiani adottano regole e principi differenziati da quelli seguiti invece dai pagani. In questi frangenti, il vescovo applica in via privilegiata il diritto della società cristiana, ossia quelle regole di matrice divina che andranno poi a svilupparsi e a formare il futuro diritto canonico⁷³. Tale ordinamento diviene, in quanto *ius humanum*, lo strumento per condurre il cristiano, «con tutto il suo carico di fragilità sulla strada della salvezza», e in ciò si differenzia dall'ordinamento statale, le cui leggi devono essere connotate dai caratteri della generalità, dell'astrattezza e della rigidità, dovendo necessariamente prescindere da motivazioni peculiari e da situazioni particolari: tutto il contrario avviene per il sistema canonico a causa della sua strumentalità rispetto al fine generale della *salus aeterna animarum*⁷⁴. In effetti, in difetto di norme positive, le norme generali del diritto canonico, al can. 19, stabiliscono che la controversia sia «da dirimersi tenute presenti le leggi date per casi simili, i principi generali del diritto applicati con equità canonica, la giurisprudenza e la prassi della Curia Romana», affidandosi, in altre parole, all'equità canonica il ruolo di adeguare i principii generali del diritto canonico positivo alle esigenze spirituali dei singoli⁷⁵.

Nell'ordinamento italiano, caratterizzato da ampie garanzie formali, il ricorso alla equità⁷⁶ è circoscritto alle sole cause di competenza del giudice di pace così come individuate dall'art. 113, ultimo comma, c.p.c., ovvero ai giudizi innanzi gli arbitri, ex art. 822 c.p.c., o, ancora, al giudizio che abbia ad oggetto diritti disponibili e nel solo caso in cui le parti ne facciano

⁷³ G. VISMARA, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴ P. GROSSI, *Scritti canonistici*, Giuffrè editore, Milano, 2013, p. 213 ss., ove si evidenzia come il tratto più caratterizzante dell'ordinamento canonico è in effetti da rinvenirsi in una certa elasticità, che si concreta «in una precisa scelta equitativa, ma non scelta generica a favore di una equità vaga ed anonima, anzi – al contrario – specificissima». Tale specificità caratterizzante l'*aequitas* canonica risiede nel legame inscindibile che si può rinvenire fra il caso concreto e il *periculum animae*, ossia nella necessità di riconoscere la «prevalenza del caso concreto [...]. È il valore irripetibile di quell'*unicum* che è la singola persona umana a prevalere, quella singola persona umana alla cui salvezza è chiamata tutta la Santa Chiesa».

⁷⁵ G. VISMARA, *op. cit.*, p. 32: «La *equitas* cristiana non era più un principio evanescente che operava dentro il diritto positivo, ma un principio che lo trascendeva; era intesa in un senso che la avvicinava alla *charitas*».

⁷⁶ P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale secondo il nuovo Codice -parte prima-*, Padova, 1941, p. 29: «Nel giudizio di equità la creazione del diritto e la sua applicazione al caso concreto avviene nello stesso momento, con un unico atto; nel giudizio di diritto lo stesso cammino è compiuto in due tappe, la prima per opera del legislatore, la seconda per opera del giudice: sicché si può dire che la giurisdizione di equità concentri in sé, operante caso per caso, quella funzione creativa del diritto che nel sistema della legalità è sottratta al giudice e riservata al legislatore. [...] Solo in casi eccezionali [...] il nostro ordinamento consente ai giudici di decidere secondo equità; ma la regola fondamentale è che il giudice deve essere il servitore della legge e il suo interprete fedele».

concorde richiesta, ex art. 114, c.p.c.⁷⁷. L'*equitas* canonica assurge, invece, a principio fondamentale sovraordinato al diritto canonico e non solo mostra una peculiare disciplina, ma è anche rispondente ad esigenze assai differenti. Essa si pone quale prisma attraverso il quale le norme di diritto canonico realizzano il mandato fondamentale della Chiesa, la quale piega le proprie regole di matrice umana al fine ultimo dell'intero impianto normativo: la *salus animarum* e l'unità del corpo mistico della Chiesa medesima⁷⁸.

Nonostante la codificazione vigente e passata delle regole che disciplinano Nomadelfia non faccia cenno alcuno al criterio della equità, è possibile ritenere che esso certamente operi nella evidenziata accezione della *equitas* canonica. Essa, infatti, appare pervadere tutto il sistema giustiziale della comunità. Ciò si riscontra indubbiamente nel procedimento di composizione delle liti, nel quale la *equitas* canonica appare trovare applicazione, tendendo esso non alla sola riconciliazione delle parti in lite, né alla sola riammissione del fratello all'interno della comunità, dalla quale, a cagione del proprio comportamento si era discostato, ma soprattutto al fine ultimo di salvare la sua anima. Il soggetto viene infatti posto nella condizione di ammettere il proprio errore, viene esortato ad evitare simili mancanze nel futuro, e, con l'accettazione del *lodo*, che vale quale ammissione della propria colpa, viene riammesso nella comunità, con il risultato di ricomporre l'*unum* e la concordia all'interno della medesima.

Si tenga poi presente che la comunità ha ottenuto l'approvazione dei propri statuti e il riconoscimento della personalità giuridica nell'ordinamento canonico, con la conseguenza non solo di dover adeguare i propri statuti alle eventuali modificazioni dei canoni che

⁷⁷ Si veda, in proposito: G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001, p. 19 ss. L'Autore ben chiarisce che, nel nostro ordinamento, è possibile operare una distinzione tra tipi di equità, la quale può essere variamente qualificata come «necessaria», «concordata» e, da ultimo, «arbitrale». Tale distinzione «emerge chiaramente dalla lettera del codice di rito, il quale disciplina autonomamente e distintamente l'equità necessaria nell'ultimo comma dell'art. 113, l'equità concordata nel successivo art. 114 e, da ultimo, l'equità arbitrale» nell'art. 822 c.p.c..

Poco più avanti, l'Autore rammenta che nel primo caso, il ricorso all'equità avviene per il mezzo di una imposizione di legge, rispondente a ragioni di economia processuale; nel secondo e terzo caso in forza della volontà convergente delle parti, le quali certamente intendono perseguire la via più celere e meno dispendiosa, ma al contempo non vogliono rinunciare alla possibilità di ottenere una decisione che tenga conto delle specificità della materia controversa e dei rapporti che intercorrono fra le parti medesime.

⁷⁸ Lo *ius Ecclesiae*, infatti, risulta caratterizzato da due livelli normativi: il primo, che si concreta in un «ristretto novero di regole supreme necessarie per la salvezza dei fedeli e che trovano nella Divinità stessa la propria fonte»; il secondo, che mostra di essere strumentale al primo, lo *ius humanum*, il quale si sostanzia nelle norme che l'uomo ha stratificato nel tempo, certamente utili al fedele, ma sulle quali pesano le circostanze e le contingenze storiche. La equità canonica appartiene al primo genere e deve quindi informare il secondo. In materia si veda: P. GROSSI, *op. cit.*, p. 214.

disciplinano le associazioni private di fedeli, ma di essere inoltre soggetta al governo dell'autorità ecclesiastica competente, secondo le norme del diritto canonico medesimo⁷⁹.

10. Il Collegio dei Giudici: peculiarità rispetto all'arbitrato codicistico. Criticità

L'arbitrato costituisce un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie, grazie al quale le parti esprimono per iscritto, mediante una convenzione arbitrale (compromesso o clausola compromissoria), la volontà di rinunciare all'intervento degli organi giurisdizionali in favore della «decisione privata» di una determinata controversia, ovvero di una certa categoria di controversie. A fondare il potere dell'arbitro di decidere una controversia in qualità di «giudice privato» sono le parti medesime, destinatarie degli effetti della decisione arbitrale⁸⁰. La scelta di rinunciare alla giurisdizione statale è contenuta nell'art. 26 Cost. N. 2012, in forza del quale, come detto, il Collegio dei Giudici concilia le liti ed esamina i casi di infrazione alle leggi, al costume, alla disciplina della popolazione.

Ferma restando la necessità che l'arbitro abbia capacità legale di agire, ex art. 812 c.p.c., le parti hanno facoltà di nominare l'arbitro, organo che può essere monocratico o collegiale; in questa seconda fattispecie, esse debbono stabilire il numero dei componenti, purché dispari, ovvero, individuare le modalità per la loro nomina, definendo delle regole che garantiscano la imparzialità dell'organo nel suo complesso. Le disposizioni della *Costituzione* di Nomadelfia prevedono a tal proposito che sia il voto dell'Assemblea, quindi della totalità dei Nomadelfi effettivi, a designare i tre componenti del Collegio.

L'adesione alla comunità avviene, ex art. 13 Cost. N. 2012, al termine di tre anni di *postulantato*, nel momento in cui l'aspirante cittadino sottoscrive la *Costituzione* «per accettazione», durante una cerimonia solenne, dinanzi alla popolazione intera. Tale solenne sottoscrizione implica l'assoggettamento alle regole dell'ordinamento interno, ivi compreso il riconoscimento della giurisdizione del Collegio. L'adesione ad una organizzazione preesistente comporta necessariamente l'accettazione delle regole ivi vigenti, fra le quali trovano posto quelle relative alla modalità di risoluzione delle controversie. Ciò si pone in linea con la soluzione largamente maggioritaria in punto di clausole compromissorie inserite in atti costitutivi, statuti, ovvero regolamenti di associazioni e società⁸¹. La fonte dell'arbitrato è

⁷⁹ Can. 305 - §1: «Tutte le associazioni di fedeli sono soggette alla vigilanza dell'autorità ecclesiastica competente, alla quale pertanto spetta aver cura che in esse sia conservata l'integrità della fede e dei costumi e vigilare che non si insinuino abusi nella disciplina ecclesiastica; ad essa perciò spetta il dovere e il diritto di visitare tali associazioni, a norma del diritto e degli statuti; sono anche soggette al governo della medesima autorità secondo le disposizioni dei canoni seguenti.

§2. Sono soggette alla vigilanza della Santa Sede le associazioni di qualsiasi genere; sono soggette alla vigilanza dell'Ordinario del luogo le associazioni diocesane e le altre, in quanto esercitano la loro azione nella diocesi».

⁸⁰ B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2023, p. 1047.

⁸¹ F. P. LUISO, *op. cit.*, p. 139.

rinvenibile nell'atto costitutivo della società, rimanendo così in ogni caso un atto di volontà, il quale trova però «il suo limite in una scelta stabilmente operata *a monte*, quale è la formalizzata volontà statutaria»⁸². Le regole del processo arbitrale possono, infatti, essere stabilite dalle parti in via autonoma, ovvero, come nel caso di specie, queste possono operare un richiamo ad un regolamento arbitrale preesistente, trovando, così, applicazione l'art. 832 c.p.c., commi primo, terzo e quinto.

A tal proposito, in punto di clausole generali del contratto, l'art. 1341, secondo comma, c.c., stabilisce che non hanno effetto le clausole compromissorie, le quali non siano state specificamente approvate per iscritto. Invero, nella fattispecie in parola, pur trattandosi di contratto per adesione, sebbene per l'adesione alla comunità sia richiesta la sottoscrizione dello statuto, non è prevista, invece, l'accettazione espressa e specifica della clausola arbitrale (da intendersi come la previsione che rimette al Collegio dei giudici la risoluzione di tutte le controversie che possano insorgere), con la conseguenza che pare doversi escludere la validità della previsione per il diritto dello Stato.

Quanto alla distinzione fra le due principali forme di arbitrato, rituale ovvero irrituale, l'art. 808 *ter* c.p.c. prevede che, qualora le parti preferiscano che la controversia sia definita da arbitri mediante determinazione contrattuale, esse abbiano onere di stabilirlo con «disposizione espressa», in mancanza, si applicano le regole stabilite dal titolo VIII, del Libro IV, ossia, le disposizioni dettate in tema di arbitrato rituale. Così, la riforma del 2006 ha stabilito la «ritualità quale *regola* e l'irritualità come *eccezione*»⁸³: per quanto attiene il Collegio dei Giudici, non potendosi rintracciare alcuna disposizione compatibile con il disposto dell'art. 808 *ter* c.p.c., deve ritenersi che esso vada inquadrato nella figura dell'arbitrato rituale.

Più correttamente, il Collegio pare poter essere ricondotto alla categoria dell'«arbitrato del gruppo», il quale «si ha nell'ipotesi in cui un gruppo di persone intenda disciplinare i loro rapporti, dandosi anche delle autorità con la funzione di applicare le regole vigenti nel gruppo»⁸⁴.

Il processo arbitrale, a norma dell'art. 816 *bis*, primo comma, c.p.c., si caratterizza – rispetto al processo dichiarativo giurisdizionale – per la circostanza che le sue regole sono stabilite dalle parti stesse, mentre per tutto ciò che non è stabilito dalla convenzione arbitrale o dal compromesso, gli arbitri regolano lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno. In ogni caso, *ex art.* 829, primo comma, n. 9, c.p.c., è necessario che venga

⁸² B. SASSANI, *op. cit.*, p. 1079.

⁸³ F. DANOVÌ - F. FERRARIS, *ADR. Una giustizia complementare*, Milano, 2018, p. 48.

⁸⁴ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, 2023, p. 156.

assicurato il rispetto del principio del contraddittorio, con la conseguenza che ad entrambe le parti deve essere garantita la parità delle armi e la possibilità in concreto di presentare tutti gli elementi che abbiano rilievo per la decisione: esse «debbono essere in grado di proporre le domande, allegare i fatti, portare le prove ed addurre gli elementi utili per la decisione di ogni questione rilevante. Anche nel processo arbitrale vi è dunque una *trattazione* e vi può essere un'*istruttoria*, laddove vi siano fatti controversi da provare»⁸⁵. L'art. 5 R.g.P.N./Giud prevede che «si possono interrogare persone che possano testimoniare al fine di acquisire elementi utili alla conoscenza dei fatti». Nella fase istruttoria il *giudice* incaricato appare, quindi, avere il potere di compiere atti di indagine che possono essere inquadrati in un modello processuale di stampo inquisitorio. Terminata la istruttoria, infatti, ex art. 6 R.g.P.N./Giud, «vengono comunicati all'interessato i fatti che sono stati accertati, invitandolo a chiarire la sua posizione».

Da quanto detto, emerge, ulteriormente, che non pare trovare applicazione la regola dell'onere della prova, poiché, una volta che il Collegio viene adito, contrariamente a quanto stabilito dall'art. 2697, primo comma, c.c., l'attore non pare avere l'incombenza di esibire alcuna prova a suffragio della propria domanda; piuttosto, l'onere di circostanziare l'accaduto pare essere in capo al Collegio. Parallelamente, simile obbligo non pare ricadere, come vorrebbe il secondo comma della medesima disposizione del Codice civile, sul convenuto, essendo egli tenuto solamente a «chiarire» la propria posizione.

Come si è già avuto modo di dire, può accadere che all'attore non venga comunicato il *lodo* emesso all'esito del procedimento: possibilità convalidata dalla lettera dell'art. 9 R.g.P.N./Giud, per la quale «il Collegio deve formulare le proprie conclusioni comunicandole all'interessato, alla Presidenza e al Successore». Nella disposizione in esame, come è evidente, non viene fatto cenno alcuno all'istante. Questa circostanza, unitamente al caso in cui operi, ex art. 8 R.g.P.N./Giud, il già citato istituto del *perdono*, potrebbe far ritenere che si sia in presenza di un difetto dell'«interesse ad agire», ossia di uno dei due elementi solitamente considerati quali condizioni dell'azione: tale dubbio pare poter essere fugato dalla considerazione che l'interesse dell'attore debba essere commisurato «al concreto provvedimento che si chiede al giudice di emanare», infatti, «il vero significato dell'interesse ad agire sta nell'esigenza di evitare che siano sottoposte al giudice non controversie effettive, ma questioni astratte ed ipotetiche, richiedendo al giudice stesso *pareri* e non *decisioni*»⁸⁶. Si tenga presente che allorché l'attore si rivolge al Collegio ha già esaurito infruttuosamente la fase della «correzione fraterna» e ha tutto l'interesse, sebbene qualificato alla luce della

⁸⁵ F.P. LUIISO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2023, p. 208 ss.

⁸⁶ V. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, p. 117.

redenzione del fratello, a che il Collegio emetta un *lodo*. Il solo caso in cui vi è una rinuncia implicita alla *decisione* occorre, appunto, in applicazione dell'istituto del *perdono*, il quale interviene e blocca il procedimento poiché si ritiene sia già stato soddisfatto lo scopo del processo.

Invero, la disposizione che desta più perplessità è l'art. 3 R.g.P.N./Elez, il quale stabilisce che «le donne possono essere elette o nominate a tutte le cariche, eccetto a quelle di Presidente, Capogiudice, Economo, Capoborgata e Capogruppo». Dato che gli atti costitutivi della comunità sono stati oggetto di approvazione da parte della *Congregatio pro clericis*, può essere utile ricostruire, innanzitutto, la visione cristiana dell'uomo e della donna in generale: essi sono oggetto di una «visione positiva» radicata nella credenza di essere stati entrambi creati ad immagine e somiglianza di Dio: di qui la dignità fondamentale della persona umana⁸⁷. Occorre tenere presente che, sebbene Gesù non abbia mai compiuto alcun atto di differenziazione ovvero di discriminazione nei confronti della donna⁸⁸, le successive riflessioni teoriche e la concreta strutturazione dalla Chiesa costituenda hanno risentito dei costumi sociali vigenti nel contesto culturale e giuridico in cui si stava affermando. Stante la asserita parità fra uomo e donna sotto il profilo spirituale, non è infrequente che i Padri della Chiesa⁸⁹ predichino la sottomissione della donna all'uomo, della moglie al marito alimentando - quantomeno - una certa ambivalenza circa al ruolo della donna all'interno della Chiesa. Analizzando il previgente Codice canonico del 1917, si trovano prescrizioni particolari stabilite nei confronti della donna⁹⁰. Con il Concilio Vaticano II la situazione pare mutare, ponendosi le

⁸⁷ G. EISENRING, *La posizione della donna nella Chiesa*, in *IUS ECCLESIAE*, 2020, p. 481: «La dignità dell'uomo è assolutamente inviolabile, perché ogni persona vale tutto il Sangue di Cristo e quindi non può essere tollerata la più esigua discriminazione. L'uomo e la donna sono nella stessa misura persone, cioè immagine di Dio, entrambi figli di Dio, chiamati alla vocazione della stessa perfezione cristiana, quindi alla santità».

⁸⁸ Sovente, l'atteggiamento di Gesù nei confronti delle donne, riportato nei Vangeli, suscitava stupore fra i suoi contemporanei, non tenendo Egli conto né del genere delle persone, né della condizione sociale. Qualche esempio fra tanti sono: la Samaritana, in Gv 4,5-30 sua interlocutrice nonostante i giudei solitamente non si rivolgevano ai samaritani, così come Maria e Marta, in Lc 10, 38-42; donne lodate per la propria fede: la peccatrice Maria Maddalena in Lc 7,37-50; l'episodio della adultera salvata dalla lapidazione in Gv 8, 3-11; le donne, a differenza degli Apostoli, sono presenti durante la passione: Mt 27, 55-61 e Lc 23, 49 e 55-56; e sono, da ultimo, le testimoni della Resurrezione: Mt 28, 1-10; Mc 16, 1-8; Lc 24, 9-11; Gv 20, 11-18.

⁸⁹ Da San Paolo, il quale talora richiede alle donne di coprirsi il capo nelle pubbliche adunanze, ovvero di non intervenire affatto (1Corinzi 11,3; 1Corinzi 14, 34-35), a Sant'Agostino, il quale sostiene lo stato di inferiorità della donna, la quale deve essere sottomessa all'uomo, sul presupposto dell'*ordo naturalis in hominibus* (*Confessioni*, XII, c. 32).

⁹⁰ Per citarne alcune: la differenziazione dell'età in cui si poteva contrarre matrimonio; la partecipazione degli effetti canonici dello stato del marito; la assunzione del rito del marito, al momento del matrimonio e in sua costanza, salvo poi poter riprendere il proprio, una volta cessato il matrimonio; la necessità del conferimento di una dote per le monache; la mancata menzione delle donne, in punto di amministrazione di beni ecclesiastici, come possibili membri del Consiglio degli affari economici.

basi per la successiva codificazione del 1983, la quale, in numerose disposizioni, supera la distinzione dei fedeli in uomini e donne.

La *ratio* delle limitazioni ancora esistenti viene individuata in talune peculiarità che sono attribuite alla donna: la capacità materna, la quale viene considerata di natura assai diversa rispetto alla paternità, e non viene ritenuta una mera caratteristica attinente alla dimensione fisica, bensì legata anche alla «struttura psico-fisica della donna»; si attribuisce alla donna la capacità di avere particolare sensibilità e attitudine alla lettura dei bisogni dell'altro; «si ritiene comunemente che la donna più dell'uomo sia capace di attenzione verso la persona concreta e che la maternità sviluppi ancora di più questa disposizione»⁹¹. Papa Francesco, più di recente, afferma che l'uomo «riveste un ruolo egualmente decisivo nella vita della famiglia, con particolare riferimento alla protezione e al sostegno della sposa e dei figli»⁹². Anche con riguardo al ruolo della donna nella società cristiana si fa riferimento al fatto che le donne «dovrebbero poter far valere le loro qualità specificamente femminili», e, la presenza delle donne in politica viene – ancora oggi – vista come capace di «rendere più umane le relazioni sociali»⁹³.

Dato il ruolo caratteristico che, in questo contesto, viene attribuito alla donna nella famiglia, nella società e, più in generale, nella Chiesa, non può certo stupire la circostanza per la quale, nella comunità cattolica di Nomadelfia, il Fondatore, nell'*Assemblea costituente* del 1961, si esprimesse chiedendo all'organo deputato alla stesura della *Costituzione* di «rispettare» questo ruolo del femminile⁹⁴; né che, nel 2021, a fronte di una proposta di modifica della relativa norma, la mozione sia stata respinta, quasi che una attribuzione più ampia di prerogative alla donna ne depauperasse la funzione che tradizionalmente le si attribuisce all'interno della Chiesa.

⁹¹ SAN GIOVANNI PAOLO II, Lett. ap. *Mulieris Dignitatem*, 15 agosto 1989, N. 18.

⁹² FRANCESCO, Esort. ap. Postsinodale *Amoris laetitia*, cit., N. 55.

⁹³ G. EISENRING, *op. cit.*, p. 490.

⁹⁴ A. N., *Assemblea costituente – seduta del 17 settembre 1961*: ««Alla Presidenza, alla direzione dell'assemblea, al capogruppo, al capo borgata, ai giudici, a capo dell'economia familiare non possono essere elette le donne per motivo che tutte direttamente e indirettamente hanno funzioni materne, concretamente sui minorenni. Funzioni che si preferisce una volta per sempre che non siano deturpate dall'esercizio di cariche che spesso impongono comportamenti di forza, consci nella natura dell'uomo e non delle donne. [...] Contro le correnti che ci sono sempre state e che adesso sono molto forti delle donne pari agli uomini. Non esiste questa parità. Sono due funzioni una ben diversa dall'altra. E la Chiesa non accetta questa forma, la subisce ma non l'accetta. La donna ha la sua missione, l'uomo la sua. E quindi noi dobbiamo stare alle Sacre Scritture e alla fede. Questo divieto per le donne è una legge espressamente voluta dal Fondatore, sanzionata dalla presente *Assemblea costituente* come atto di ubbidienza e come riconoscimento chiesto e consono alla natura di Nomadelfia. Legge, che la presente *Assemblea costituente* impone aggiungendosi si evitino sempre donne nelle cariche che, come le suddette, siano disarmoniche e sconvenienti nella figura della donna, come essa è vista e trattata e come si vuole che sia in Nomadelfia».

Tutto ciò, sebbene rispondente alla volontà dei Nomadelfi, non vale certo a superare le numerose criticità che si pongono: da un lato, con lo stesso Codice canonico, il quale ha operato numerose aperture, e con l'orientamento espresso da Papa Francesco, il quale afferma che il ruolo della donna deve essere esteso ad una partecipazione attiva «nei diversi luoghi dove vengono prese le decisioni importanti», ossia nei Consigli o nei posti di governo della Chiesa⁹⁵; dall'altro lato, quel che più interessa, con le disposizioni della Costituzione italiana. Come ben noto, infatti, questa, all'art. 3, stabilisce come fondamentali i principi di eguaglianza e di non discriminazione basati sul sesso. Con riferimento a tali fattispecie, viene posta, infatti, una presunzione di illegittimità costituzionale; questa, pur non essendo assoluta, poiché la Costituzione medesima prevede delle deroghe⁹⁶, certamente non ammette che possa essere denegata la possibilità di candidarsi ad una carica sociale, sulla mera base del genere dell'individuo. Più oltre, all'art. 51 Cost., viene sancito l'eguale accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive come espressione del generale principio di uguaglianza di cui al già citato art. 3 Cost.; ulteriormente, alle regioni viene imposto, dall'art. 117, settimo comma Cost., di promuovere la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive. Quanto detto, può procurare non poche criticità nel momento in cui il *lodo* dovesse «uscire» dalla sfera interna e venisse sottoposto al vaglio della giurisdizione statale in sede di impugnazione. L'art. 827, primo comma, c.p.c. prevede tre mezzi di impugnazione del lodo arbitrale, il principale dei quali è l'impugnazione per nullità, proponibile davanti alla Corte d'appello nel cui distretto ha sede l'arbitrato, nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e di sei mesi dall'ultima sottoscrizione. Tale mezzo è esperibile per i soli specifici motivi previsti dall'art. 829 c.p.c., non costituendo, dunque, gravame devolutivo tipico dell'appello. La norma citata puntualizza, inoltre, che l'impugnazione «è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia», privando, nel caso di specie, di qualsivoglia efficacia le prescrizioni della *Costituzione* interna miranti a limitare il ricorso alla giurisdizione statale. L'art. 3 R.g.P.N./Elez, nella ipotesi in cui fosse impugnato il *lodo* emesso al termine di uno dei procedimenti previsti dalla *Carta fondamentale* di Nomadelfia, parrebbe condurre alla pronuncia di nullità del *lodo* in forza del motivo n. 2 di cui all'art. 829, primo comma c.p.c., data la composizione del Collegio. Sarebbe qui, infatti, prefigurabile un vizio nella nomina degli arbitri per violazione delle forme e dei modi prescritti dalla legge.

⁹⁵ FRANCESCO, Esort. ap. *Evangelii Gaudium*, 24 novembre 2013, n. 103, p. 1063.

⁹⁶ Trattasi, in particolare, delle norme di cui: all'art. 6, teso a giustificare trattamenti differenziati nei confronti di chi appartiene a minoranze linguistiche nei confronti della generalità dei consociati; agli artt. 7 e 8, i quali consentono di differenziare il regime dei rapporti fra lo Stato e le diverse confessioni religiose; agli artt. 37 e 38, i quali assicurano speciale tutela, rispettivamente, nei confronti della madre lavoratrice e nei confronti degli inabili al lavoro, nonché dei minorati.

11. Osservazioni conclusive

Nomadelfia è formata da volontari cattolici, i quali, come tali, hanno la regola, vergata nel Vangelo e ribadita nella *Costituzione* interna, di vivere come fratelli ed evitare che fra essi insorgano liti di qualsivoglia natura.

Ciononostante, può affermarsi che in qualunque comunità umana, malgrado ogni sforzo proteso a conseguire la perfetta armonia fra i propri membri, inevitabilmente si rileva l'insorgere di conflitti, variamente qualificabili a seconda del sistema di riferimento. Si rende, così, necessario che tali conflitti vengano risolti e ciò può essere possibile solo ove ci si doti di un sistema istituzionale di risoluzione delle controversie, il quale possa essere adito al manifestarsi di episodi di contrasto.

A ben vedere, il meccanismo di risoluzione delle controversie adottato dalla comunità di Nomadelfia, investe due piani distinti: il primo attiene all'interesse del singolo individuo di vedere risolta la propria situazione di contrasto; il secondo, il quale si dimostra di vitale importanza, attiene invece all'interesse della comunità intera, la quale, grazie alla risoluzione del conflitto particolare, vede ristabilita l'armonia generale fra i consociati⁹⁷. Laddove, infatti, non fosse possibile pervenire ad una conciliazione, non rimarrebbe al singolo che abbandonare la comunità, ovvero, alla collettività che estromettere il singolo.

Come detto, il collegio dei Giudici può essere qualificato come «arbitrato del gruppo», soggetto, per quanto non espressamente previsto dalle regole interne, alle norme dettate dal Codice di procedura civile in tema di arbitrato rituale.

Nel contesto dell'arbitrato del gruppo, la clausola compromissoria risulta cristallizzata nello statuto del gruppo medesimo⁹⁸: gli organi preposti alla decisione delle controversie rivestono la qualità di strutture del tutto stabili e «funzionalmente identiche a quelle della giurisdizione nell'ordinamento statale che applicano le regole interne di quell'ordinamento»⁹⁹.

Ciò premesso, appare del tutto legittimo che il Collegio dei Giudici si occupi delle sole infrazioni riconducibili al complesso valoriale e normativo identificato dalla *Costituzione* di Nomadelfia e dai relativi Regolamenti, i quali sostanziano le regole interne datesi dal gruppo medesimo. In questa fattispecie, può essere di particolare interesse constatare che quelle che appaiono essere tutelate non sono situazioni giuridiche soggettive, le quali, nel diritto *interno* sostanziale, non paiono trovare cittadinanza. Nel ventaglio di norme di condotta, individuato

⁹⁷ G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 281. L'Autore ben chiarisce come «la risoluzione delle controversie da parte di arbitri [...] risponde all'interesse, non soltanto delle singole parti in lite, ma dell'intero ente organizzato, rappresentandone l'affermazione: gli arbitri, infatti, nel decidere la lite, da un lato, applicando le norme che regolano il gruppo, le riaffermano e, dall'altro, eliminando i contrasti, assicurano la continuazione del gruppo stesso».

⁹⁸ G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 279.

⁹⁹ F. P. LUISO, *op. cit.*, p. 156.

dalla Carta interna, non trova infatti posto la titolarità e la conseguente tutela di posizioni giuridiche soggettive. Questa circostanza potrebbe far insorgere qualche dubbio circa la opportunità di ricondurre il modello interno allo schema arbitrale codicistico.

Qualora si voglia affermare che le norme di condotta dedotte nella Costituzione di Nomadelfia individuano delle situazioni qualificabili quali «interessi», non si dovrebbe dimenticare, anzitutto, che sarebbe del tutto sterile considerare il fenomeno giuridico quale fine a se stesso: «la realtà sociale, culturale ed economica è nel contempo l'origine, l'oggetto, nonché, soprattutto, il destinatario ultimo del diritto. Correlativamente, questi è potenzialmente senza limiti»¹⁰⁰. In secondo luogo, pur ritenendosi l'interesse quale entità che preesiste al diritto, in dottrina è accolta la nozione normativa di interesse, quale «esigenza di beni o valori da realizzare o da proteggere nel mondo sociale», senza che l'interesse possa essere erroneamente identificato, in termini psicologici, «col bisogno e col desiderio» poiché ciò non sarebbe efficace a rivelarne la dimensione normativa¹⁰¹.

Tenendo presente tale nozione normativa di interesse, occorre far notare, in primo luogo, che, sebbene non tutti gli interessi si configurino quali diritti soggettivi, tutti i diritti soggettivi rappresentano, di contro, degli interessi¹⁰²; e, in secondo luogo, che «l'interesse esiste indipendentemente dal fenomeno giuridico, in particolare un interesse è tale anche se non è tutelato dal diritto e resta tale anche se l'ordinamento lo riconosce e gli appresta una tutela specifica»¹⁰³.

Tradizionalmente, invero, in linea di principio, i conflitti risolvibili mediante il processo sono quelli i quali coinvolgono situazioni soggettive qualificate dal diritto, secondo il brocardo *ubi ius, ibi remedium*. Ciò conduce a ritenere che la legge sostanziale determini un catalogo «omogeneo e completo» di situazioni giuridiche soggettive, ossia i c.d. diritti soggettivi, a tutela dei quali viene dato il rimedio, ossia il processo. Secondo questa impostazione, tutti i conflitti che riguardino, di contro, situazioni concrete non ascrivibili a tale catalogo sfuggirebbero all'ambito di applicazione del processo civile, essendo riconducibili alla categoria degli interessi di mero fatto. Tuttavia, questa non è l'unica prospettiva possibile. Operando un'analisi comparatistica fra il nostro sistema e i *sistemi di common law* si evidenzia una formula inversa alla precedente: *ubi remedium, ibi ius*. Questo secondo brocardo evidenzia come sia la stessa disponibilità del processo, ossia la possibilità di far valere in giudizio una situazione giuridica che necessiti di tutela, a definire la rilevanza giuridica delle situazioni tutelate. Una volta che la disponibilità del processo sia disancorata da un catalogo

¹⁰⁰ G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 190.

¹⁰¹ E. BETTI, *Interesse (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 839.

¹⁰² F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, p. 26.

¹⁰³ G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 193.

predefinito di diritti, sarà la rilevanza individuale o sociale di un interesse bisognoso di tutela, piuttosto che la rigida qualificazione giuridica, ad ammettere il ricorso al processo medesimo. Ciò comporta una certa variabilità delle situazioni tutelabili, poiché è il processo che «diventa il fattore dinamico che spinge alla creazione di nuove situazioni giuridiche»¹⁰⁴.

Il sistema conciliativo *interno* alla comunità ambisce ovviamente a porsi in termini di incompatibilità con il sistema *esterno* di giurisdizione, specie ove si consideri che: - da un lato, come detto, il Nomadelfo, prima di adire gli organi giurisdizionali dello Stato, ha onere di «ottenere la licenza scritta del Successore»; - dall'altro lato, viene stabilito che l'organo giurisdizionale competente ad esprimersi in sede di impugnazione del *lodo* sia l'Assemblea dei Nomadelfi, in funzione di tribunale ultimo. In altre parole, il sistema di giustizia interno al gruppo costituisce l'attività *giurisdizionale* di quello specifico ordinamento giuridico generato dall'ente¹⁰⁵.

Astrattamente, d'altro canto, nessuna preclusione di matrice *interna* può essere prefigurata per l'impugnazione della *decisione* una volta che il Nomadelfo abbia assunto lo *status* di dimissionario¹⁰⁶, ossia abbia abbandonato la comunità. In quel caso, sebbene trattasi di circostanza mai verificatasi, alcuna norma interna vieterebbe che l'ex cittadino possa proporre l'impugnazione del lodo «davanti alla corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato», in accordo con l'art. 828 c.p.c.

Nel caso di specie, come si è avuto modo di osservare, gli organi deputati alla risoluzione delle controversie possiedono stabilità e funzionalità assimilabili, per certi profili, a quelle degli organi giurisdizionali dello Stato, sebbene con la particolarità di applicare le norme interne dell'ordinamento di Nomadelfia. Esso, tuttavia, non permette che le donne possano essere elette alle cariche *costituzionali* apicali: stanti le criticità evidenziate in precedenza, con riguardo a questo tema, sarebbe auspicabile una riforma dei

¹⁰⁴ L.P. COMOGLIO - C. FERRI - M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Vol. I, Bologna, 2011, p. 27 ss.

¹⁰⁵ F. P. LUISO, *op. cit.*, p. 156.

In questo senso, si veda anche E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 3. L'Autore evidenzia che l'arbitrato prescinde da un collegamento con le leggi dello Stato: «sul piano *astatuale*, una delle più spiccate manifestazioni di autonomia – intesa non come margine di libertà concessa e regolata dallo Stato, ma come capacità di determinarsi e organizzarsi a prescindere dalle sue leggi – è quella per cui molti gruppi prevedono nel loro seno, una giustizia arbitrale che, in fatto, si svolge – secondo regole di procedura e di giudizio peculiari o meno – e si afferma in virtù dell'autorità stessa del gruppo sopra i suoi membri e del rispetto di questi».

¹⁰⁶ Per *dimissionario* si intende, ex art. 49 Cost. N. 2012, il «Nomadelfo effettivo che liberamente decide di dimettersi». Le «condizioni di uscita» sono normate dall'art. 50 Cost. N. 2012, il quale prevede che «gli esclusi, i dimissionari, i figli che hanno raggiunto la maggioranza e gli ospiti che lasciano Nomadelfia, non possono avanzare alcuna pretesa di carattere economico. Nomadelfia deve provvederli del necessario in indumenti e attrezzature familiari nel caso che ne abbiano bisogno e non siano in grado di provvedere da soli. *Postulanti* e ospiti possono chiedere la restituzione di quanto eventualmente avessero depositato al momento dell'ingresso o durante il periodo di prova».

Regolamenti dettati in materia di elezioni, in maniera tale da ricondurre le norme interne nell'alveo dei principi di eguaglianza e non discriminazione sanciti dalla Costituzione. Appare di particolare interesse rilevare, infine, il carattere spiccatamente universale della *Costituzione* di Nomadelfia, la quale, come già il Codice canonico, non conosce limitazioni territoriali di sorta. Essa vanta un ambito di applicazione indefinito, non certo limitato alla superficie sulla quale insiste la comunità ovvero eventuali ulteriori sedi della medesima: il Nomadelfo è tenuto a rispettarne le norme ovunque egli si trovi. Non conoscendo l'ordinamento interno limitazioni di tale natura, la medesima caratteristica ricade sulla *giurisdizione* del Collegio dei Giudici, il quale è chiamato, su impulso di organi e cittadini, ad intervenire nei confronti di ogni Nomadelfo, indipendentemente dalla circostanza che il fatto addebitato sia stato commesso all'interno ovvero all'esterno dell'ambito territoriale della Città.

Mir Grazioli
Dottoressa in Giurisprudenza



FERRUCCIO AULETTA

Accertamento del fatto e intelligenza artificiale nel processo civile (*)

Lo scritto esamina la divergente sorte dell'impiego dei sistemi di AI, i quali, se utilizzati in veste servente (a mo' di notorio giudiziale), aiutano l'accertamento della verità di un fatto; ma, se investigati in sé (come prodotti difettosi), si prestano, al contrario, a soluzioni elusive e verifobiche. In ultimo, rimane fragile la barriera del principio dispositivo e della regola di giudizio fondata sull'onere della prova.

The paper examines the divergent fate of the use of AI systems, which, when employed in a subservient function (as judicial notice), aid the ascertainment of the truth of a fact; but, when investigated in themselves (as defective products), seem to be subject to formal solutions, evasive of the truth. Of course, the barrier of the dispositive principle and the burden of proof as rationale remains fragile.

SOMMARIO: 1. «La giustizia è amministrata in nome del popolo» e in più «grad[i]» di giudizio – 2. L'interrogazione del sistema di AI non come quella del CTU – 3. Il fatto sperimentabile mediante AI come notorio giudiziale – 4. Il fatto (illecito) proprio dell'AI e il suo accertamento – 5. Il criterio di «plausibilità della domanda» e le sue conseguenze sistemiche – 6. Giustizia imprevedibile e verifobica? – 7. L'ingresso dell'AI come tensione estrema della regola dell'onere della prova e del principio dispositivo

1. «La giustizia è amministrata in nome del popolo» e in più «grad[i]» di giudizio

L'impiego dell'intelligenza artificiale (AI) nel processo civile ne pre-suppone esauriti i problemi di costituzionalità, che tuttavia – pur dopo rassegne serie e approfondite¹ – hanno sin qui mancato a mio avviso di censire due parametri ulteriori ma non minori e particolarmente incidenti, quali l'amministrazione «in nome del popolo» della giustizia e l'organizzazione di questa sopra la pluralità dei gradi. Con la conseguenza intuitiva, rispettivamente, quanto al primo elemento, di indubbiare la legittimità costituzionale di qualsiasi applicazione di AI c.d. generativa alla giurisdizione (l'agire «in nome del popolo» implica infatti l'impiego del livello massimo di acquisizione razionale già attinto anche da alcuni dei suoi appartenenti)²; e, quanto al secondo, di dover ridurre alla relatività ogni accertamento condotto mediante AI, invece

(*) È il testo dell'intervento svolto nel corso del convegno «L'immateriale al tempo dell'IA generativa», tenuto nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia il 24 e 25 settembre 2024.

¹ Cfr. A. SIMONCINI, *La dimensione costituzionale della giustizia predittiva. Riflessioni su intelligenza artificiale e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 389.

² Secondo M. BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, www.judicium.it, 7 maggio 2011, p. 5, lo standard di razionalità tecnico-scientifica attingibile non può essere patrimonio di uno solo, ma deve trattarsi di «criterio che appartiene ad una conoscenza, non singolare, ma comune quantomeno ad una cerchia di soggetti indistinti: coloro che possiedono quel certo bagaglio tecnico-scientifico».

tendente a porsi come assoluto (almeno) nel momento dato (senza tollerare alternative simultanee): dunque, variazioni nella soluzione possono risultare in esito al decorso del tempo, ma in tal modo il valore del processo che ospitasse l'avvicinarsi di tali soluzioni di AI starebbe tutto e soltanto nella sua consistenza diacronica, piuttosto che nella successione stessa di un accertamento particolare a un altro, dove il secondo, in quanto tale, prevale perché destinato a giovare in via esclusiva del primo, corretto o meno che quest'ultimo fosse infine stato (si registra qui, mutato il dovuto, quell'antinomia che storicamente era stata rilevata pure in sede di assemblea costituente, la quale sta nella ripetibilità positivamente stabilita dell'accertamento di responsabilità penale a opera della corte d'assise d'appello, dato che il «popolo» è entità che, quando partecipa direttamente all'amministrazione della giustizia, non potrebbe che fornire un solo esito³, in ogni caso assoluto, al modo – appunto – del responso di AI).

2. L'interrogazione del sistema di AI non come quella del CTU

Allo stato, sembra acquisto della riflessione scientifica⁴ e, in certa misura, della stessa regolazione normativa⁵ che, stante la grande divergenza negli assetti possibili di AI (quando riferita alla giurisdizione, la sua funzione propria rimane non mai sostitutiva del giudizio, in guisa di decisione robotica⁶, ma costantemente ausiliaria.

³ Cfr., se vuoi, F. AULETTA, *Per l'abolizione dell'appello contro le sentenze della Corte d'assise (a margine del caso Andreotti)*, in www.judiciu.it, 1° dicembre 2003.

⁴ Cfr., per es., C. GAMBA, *Ius dicere e lex tecnologica*, Torino, 2023, pp. 76 ss.

⁵ Il 5 settembre 2024 a Vilnius, Lituania, è stata firmata la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'IA, i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto. «Mentre la Convenzione può essere considerata un passo positivo per i Paesi che non dispongono di una regolamentazione avanzata come quella europea, risulta chiaro che all'interno dell'UE l'AI Act fornisce una cornice normativa più precisa per la gestione dei rischi connessi all'IA» (C. CICCIA ROMITO, *Intelligenza Artificiale: la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa*, in *II QG*, 10 settembre 2024). Nella principale cornice normativa – Reg. UE 2024/1689 del 13 giugno 2024 – si riconoscono bensì la classificazione (All. III, 8.) tra i «Sistemi di IA ad alto rischio» di quelli nei settori «Amministrazione della giustizia e processi democratici» («destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti, o a essere utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie»); e però anche la deroga alla disciplina di massima garanzia, ai sensi dell'art. 6.3, per quei sistemi comunque destinati: a) «eseguire un compito procedurale limitato; b) [...] migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata; c) [...] rilevare schemi decisionali o deviazioni da schemi decisionali precedenti e non [...] finalizzato a sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata senza un'adeguata revisione umana; o d) [...] eseguire un compito preparatorio per una valutazione pertinente ai fini dei casi d'uso elencati nell'allegato III». In altre parole, l'impiego ausiliario in ambito giudiziario pur se «nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti» non va soggetto al regime dell'alto rischio.

⁶ Per i significati del sintagma si rinvia all'ultimo dei volumi prodotti nell'ambito dei «Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto» tenuti presso l'Accademia Nazionale dei Lincei: A. CARLEO, *Decisione robotica*, Bologna, 2019.

Cade a proposito l'esame del recente caso del *Rechtbank Gelderland* che, in materia di distanze, è stato chiamato a decidere circa la soprelevazione di una casa per cui il vicino temeva il danno da ombreggiamento dei propri pannelli solari, denunciati come fattisi più inefficienti. Il giudice (ancorché senza ostendere esattamente i termini dell'interrogazione) ha compulsato *chatbot* sulla durata media dei pannelli solari e il prezzo medio per kWh di elettricità, ricevendone indicazioni puntuali (entro i valori della banda è stato ricavato 27,5 anni; 0,30 euro per kWh). Nella decisione olandese intesa alla liquidazione dell'indennizzo è stato precisato, tuttavia, che la risposta del programma aveva soltanto costituito una linea guida, quasi il consulto di un esperto nominato al bisogno⁷. Sennonché, in difetto congenito dell'indicazione delle fonti di conoscenza (dove il principio di attendibilità della testimonianza dell'esperto), la somministrazione dei dati elaborati per AI non può equivalere a quella del consulente tecnico d'ufficio in ragione della dovuta assenza di ogni deferenza verso il modello di calcolo della risposta. Anzi, in luogo della deferenza epistemica che tipicamente connota la relazione tra il giudice e l'esperto⁸, qui l'atteggiamento appropriato alla relazione dev'essere di diffidenza⁹, e al modo in cui lo scetticismo professionale caratterizza alcune funzioni di controllo – si pensi alla revisione contabile, per es.¹⁰ – allo stesso modo dev'esserlo per la risultanza del *Large Language Model* (LLM) che calcola in modo statisticamente prevalente la successione lessicale in frasi costruite in supposta corrispondenza di senso al c.d. *prompt*.

⁷ ECLI -NL: RBGEL-2024:3636, 4.7.2024; cfr. E. FALLETTI, *Le Corti comparate e l'uso di ChatGPT come "consulente" di giudici e avvocati*, in *Il QG*, 2 settembre 2024.

⁸ E. FALLETTI, *op. loc. cit.*, a proposito della pronuncia *Oakley vs Information Commissioner* [2024] UKFTT 315 (GRC) (18 April 2024) riporta che «Un'altra corte britannica, il *First-tier Tribunal (General Regulatory Chamber)*, ha aspramente criticato l'utilizzo del *chatbot* quale fonte di prova affermando che: "(D)obbiamo valutare il peso che diamo alle prove di *ChatGPT*. Il peso che attribuiamo a questa prova è scarso, perché non ci sono prove delle fonti che lo strumento AI prende in considerazione quando finalizza la sua risposta, né viene spiegata la metodologia utilizzata dallo strumento AI. Se si fanno paragoni con le prove degli esperti, questi ultimi dovrebbero spiegare le loro competenze, le fonti su cui si basano e la metodologia che applicano prima di dare peso a tali prove. In queste circostanze, diamo poco peso alle prove di *ChatGPT*, secondo cui le ricerche avrebbero dovuto essere condotte nella forma indicata in tali prove." (traduzione a cura dell'autrice)»

⁹ Cfr., se vuoi, *Lo stato presente del procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, in *La consulenza tecnica d'ufficio. Funzione, oggetto, sindacabilità*, a cura di S. Patti e R. Poli, Torino, 2024, pp. 8 ss.

¹⁰ Art. 9 d.lgs. n. 39 del 2010: «2. Il revisore legale o la società di revisione legale che effettua la revisione legale dei conti esercita nel corso dell'intera revisione lo *scetticismo professionale*, riconoscendo la possibilità che si verifichi un errore significativo attribuibile a fatti o comportamenti che sottintendono irregolarità, compresi frodi o errori. | 3. Il revisore legale o la società di revisione legale che effettua la revisione legale esercita lo *scetticismo professionale* in particolare durante la revisione delle stime fornite dalla direzione riguardanti: il *fair value* (valore equo), la riduzione di valore delle attività, gli accantonamenti, i flussi di cassa futuri e la capacità dell'impresa di continuare come un'entità in funzionamento. | 4. Ai fini del presente articolo, per "*scetticismo professionale*" si intende un atteggiamento caratterizzato da un approccio dubitativo, dal costante monitoraggio delle condizioni che potrebbero indicare una potenziale inesattezza dovuta a errore o frode, nonché da una valutazione critica della documentazione inerente alla revisione».

3. Il fatto sperimentabile mediante AI come notorio giudiziale

A questo riguardo, l'idea di alterità (quasi soggettiva) che il sistema di AI rimanda rispetto al giudice appare evidente, né mancano occasioni in cui l'elaborazione mediante AI si rivelerebbe finanche più opportunamente aliena dal giudice stesso (si pensi, per es., alla proposta di conciliazione ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c.)¹¹; e però, la vicenda dell'ingrediente fattuale o normativo (non giuridico) procurabile d'ufficio mediante AI è distante dal fenomeno dell'acquisizione mediante c.t.u. Infatti, stante l'accreditamento del fatto in base alla verosimiglianza che allo stesso deriva dalla accessibilità indiscriminata della sua conoscenza, finanche fuori di un immanente contraddittorio¹², pare doversi avvicinare alla categoria del notorio (al limite, giudiziale)¹³, del quale ciascun giudice partecipa come membro della comunità professionale nella cui disponibilità è il sistema di AI e i risultati statistici che quest'ultimo è in grado di restituire a chi lo interroghi al tempo dato (ma tale specie di notorio è altro dal vero, e restituisce una frequenza statistica che può equivalere a «voci correnti nel pubblico», le quali, prima di essere oggetto di divieto di testimonianza, sono normativamente altro «da [...] i fatti» ai quali le stese si riferiscono: art. 194, comma 3, c.p.p.).

Si tratta – a ben osservare –, di una dis-locazione della materia che appare particolarmente importante perché, diversamente dal fatto accertando mediante consulente tecnico, l'onere

¹¹ A. PANARIELLO, *Se l'algoritmo non può decidere la lite, che almeno ne tenti la conciliazione: la proposta conciliativa ex art 185 bis c.p.c. formulata dall'intelligenza artificiale*, in questa Rivista, 2021, p. 129.

¹² Avevo ricordato altra volta: «Come si direbbe nell'ordinamento inglese a proposito della non ignota figura dell'*assessor*, che assiste il giudice nell'esame delle questioni tecniche, questi, che il *Patent act* del 1949 chiama anche *independent scientific adviser*, risponde ai quesiti che gli sono sottoposti "in private", senza andar soggetto alle regole della testimonianza, e quindi rimanendo fuori del controllo in fieri delle parti la produzione del relativo materiale informativo» (*Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, 23).

¹³ «Il notorio [...] diverge dal cd. notorio giudiziale, formula con la quale si intendono le nozioni di fatto che il giudice ha appreso non in sede privata o comunque in una veste diversa da quella istituzionale, bensì proprio nell'esercizio delle sue funzioni giudiziali e che, però, non fanno formalmente parte delle risultanze del processo»: S. DE GASPERIS, *Lo stato dell'arte su fatti notori e massime d'esperienza*, www.judicium.it, 16 aprile 2024, p. 4 nota 6. Secondo G. DELLA PIETRA, *La vicinanza della prova e la prova "più prossima" che c'è: internet*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, p. 1052, «In chiave processuale notorio non è più solo quel patrimonio di nozioni che, conosciute diffusamente da una data collettività, s'impongono nel processo senza necessità di dimostrazione. È ormai, a mio avviso, anche quella messe di informazioni che, pur non dotate di alcuna diffusione, in un dato momento sono attingibili contemporaneamente da tutti e senza la collaborazione di alcuno». P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018, p. 321, propone di: «reinterpretare l'espressione "nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza" riferendola a tutte le informazioni notorie o, più correttamente, a tutte le informazioni di cui è nota l'esistenza, a prescindere dall'attendibilità dell'informazione trasmessa». Contro tale proposta si v. F. GIGLIOTTI, *Fatto notorio e informazioni accessibili in rete*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 867 ss., che ascrive siffatto genere di soluzione alle sole capacità del diritto positivo, sul modello della Rule 201 delle *Federal rules of evidence* nordamericane, che autorizza senz'altro la *judicial notice* di fatti verificabili, intesi come quelli il cui contenuto può essere "determinato con precisione e prontezza da fonti la cui accuratezza non può essere ragionevolmente messa in discussione". Su quest'ultimo tema, v. A. PANZAROLA, *Il notorio, la judicial notice e i "concetti" di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 610 ss.

di allegazione, per es., non appare in alcuna misura diminuito dall'ammissibilità della sua convalida mediante ricerca con AI, ciò in quanto il fatto notorio va comunque soggetto ad allegazione necessaria e la dispensa che se ne può ricavare circa oneri probatori eventualmente additivi certamente non esclude(rebbe) la prova contraria, *sub specie* di «contestazione in sede processuale [...] limitatamente alla indubitabilità ed incontestabilità della circostanza, invocando l'esclusione di quest'ultima dal novero della notorietà»¹⁴.

In sintesi, la stessa suscettibilità della verifica da condursi, in ipotesi, mediante AI lascia predicare del fatto così accertando, con l'allegazione a cura di parte, che la relativa posizione conferisca all'autore dell'affermazione il vantaggio dell'intima sua verisimiglianza (ciò che mi appare il proprio del notorio giudiziale in parola)¹⁵, potendone così derivare gli effetti coerentemente predicabili in giudizio.

4. Il fatto (illecito) proprio dell'AI e il suo accertamento

Quasi specularmente, le attività d'impiego di sistemi di AI si espongono a scrutinio giudiziale con una sorta di scudo d'immunità, allo stato, da conseguenze pregiudizievoli: l'AI funge, come da credenziale conferibile *ex post* ad affermazioni generate autonomamente da una parte, così da presunzione di regolarità dei risultati delle attività che congenitamente la impiegano (una sorta di presunzione di legittimità dell'*output*).

In breve, un sistema di AI, quale accumulo di energia in attesa di svolgimento, si risolve concettualmente (*aut*) in un potenziale di credito trasferibile a fatti *aliunde* acquisiti al giudizio ovvero (*aut*) in quell'ammontare di credito consumato dalla fattispecie, prodotta dall'AI stessa, che concorre all'oggetto del processo.

Non a caso, la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale¹⁶ si dice «volt[a] a sostenere la diffusione dell'IA in Europa promuovendo l'eccellenza e la fiducia», sicché «la fiducia nell'IA» è assunta come un valore

¹⁴ S. DE GASPERIS, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵ Si rinvia sul punto alla trattazione di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo*, III, 2, 1, Milano, 1992, pp. 158 ss., dove verosimiglianza è detta la «"vicinanza" dell'asserzione alla realtà di cui essa si occupa», «avendo da un lato una descrizione e dall'altro qualche ipotesi (spesso fondata su qualche concezione dell' "ordine normale delle cose") sulla eventualità che esista una realtà simile all'oggetto rappresentato».

¹⁶ Lo strumento della «direttiva» garantisce meglio l'armonizzazione delle discipline nazionali, assai tradizionali nell'ambito della responsabilità da illecito civile. La Direttiva si limita ad attenuare il regime probatorio del nesso causale a vantaggio degli utilizzatori dei sistemi di AI e, così, a vantaggio dei loro produttori, poiché quanto più l'AI si presenta affidabile – specie, in caso di danno –, tanto più è destinata a diffondersi. Del resto, sarebbe pressoché impossibile per l'uomo qualunque provare lo specifico *input* cui sia conseguito l'*output* dannoso, tanto più in presenza di trattamento autonomo, da parte del sistema, dei dati e parametri forniti, con l'effetto finale c.d. di scatola nera. L'impossibilità di provare tale nesso causale si tradurrebbe, in pratica, nell'ineffettività della tutela giurisdizionale dei diritti eventualmente lesi.

guida. Tale Direttiva, si legge nella Relazione della Proposta, «rafforzerà la fiducia della società nelle tecnologie di IA e l'accesso a un sistema giudiziario efficace, contribuendo inoltre a un regime di responsabilità civile efficiente, adattato alle specificità dell'IA, nel cui ambito saranno accolte le domande di risarcimento del danno giustificate».

In particolare, la Proposta utilizza, in funzione del risultato, lo strumento delle presunzioni relative (per es., stabilisce un nesso causale tra non conformità a un obbligo di diligenza e l'*output* prodotto dal sistema di AI che abbia cagionato il danno), e può applicarsi alla responsabilità dello Stato, quindi anche allo Stato-giudice, che è propriamente extracontrattuale¹⁷; e però senza dimenticare che la proposta di Direttiva regola esclusivamente la responsabilità per danni da interposizione di un sistema di AI tra la condotta del danneggiante e l'evento di danno, non anche la vicenda del sistema utilizzato internamente all'ambito di determinazione operativa comunque propria del danneggiante (come sempre avverrebbe in caso di AI ausiliaria del servizio giudiziario, e non invece di decisione robotica propriamente detta).

Punto centrale della normativa è costituito dal concetto, assolutamente nuovo per il nostro ordinamento, di «plausibilità della domanda» (art. 1.2), quale parametro al quale si ragguaglia l'ammissibilità dell'istanza di divulgazione degli elementi di prova pertinenti a un sistema di AI ad alto rischio di cui investigare i supposti guasti: «Gli organi giurisdizionali nazionali limitano la divulgazione degli elementi di prova a quanto necessario e proporzionato per sostenere una domanda o potenziale domanda di risarcimento del danno e limitano la conservazione di tali elementi di prova a quanto necessario e proporzionato per sostenere tale domanda di risarcimento del danno» (art. 3.4)¹⁸.

Anche nella Proposta di Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, «che abroga la direttiva 85/374/CEE del Consiglio»¹⁹, torna decisivo il concetto di «plausibilità della domanda»: «Gli Stati membri provvedono affinché, su richiesta di un danneggiato che, in un procedimento dinanzi a un organo giurisdizionale nazionale, chiede il risarcimento del danno causato da un prodotto difettoso e che ha presentato fatti e prove sufficienti a sostenere la

¹⁷ Consta per il vero che M. Tamponi abbia ipotizzato la diversa natura contrattuale di tale responsabilità nel corso dell'incontro di studio e formazione tenuto alla Luiss di Roma il 1° marzo 2018, in occasione dell'edizione di Zanichelli del *Commentario alle Leggi 13 aprile 1988 n. 117 e 27 febbraio 2015 n. 18*, a cura di F. Auletta, S. Boccagna e N. Rascio.

¹⁸ Per i sistemi ad alto rischio è previsto l'*enforcement* giudiziario di un obbligo sostanziale di divulgazione delle informazioni richieste dall'attore prospettico dietro prova di plausibilità della sua domanda risarcitoria e pregresso «sforzo proporzionato per ottenere tali elementi di prova dal convenuto» (art. 3.2). «Adeguati mezzi procedurali per impugnare [le] ordinanze» sono ulteriormente contemplati (art. 3.4), dunque facendo congetturare la (re-)introduzione di un reclamo istruttorio.

¹⁹ Il testo dichiara di «lascia[re] impregiudicato le norme nazionali relative alla divulgazione preliminare delle prove» (art. 9.7).

plausibilità della domanda di risarcimento, il convenuto sia tenuto a divulgare i pertinenti elementi di prova a sua disposizione» (art. 9.6).

5. Il criterio di «plausibilità della domanda» e le sue conseguenze sistemiche

Per la prima volta, probabilmente, il tema non della validità della domanda giudiziale, quanto del suo grado di fondatezza viene connotando (anche) il regime della stessa ammissibilità della prova ulteriore in giudizio: così non era stato, certo, quando per il d.lgs. 5 del 2003 veniva prescritto, per l'evenienza del processo contumaciale, che «il tribunale decide sulla domanda in base alla concludenza di questa» (art. 13, comma 2), là spendendosi col richiamo alla *Schlüssigkeit* l'idea soltanto di compiutezza della fattispecie concreta rispetto al paradigma legale degli effetti postulati con la domanda. Qui, invece, il diritto di difendersi provando (quale manifestazione dell'agire in giudizio) pre-suppone altri «fatti e prove sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda»²⁰, evidentemente adottandosi della domanda giudiziale un modello diverso dall'atto di esercizio di un potere autonomo dal diritto sostanziale, e dell'azione in giudizio una declinazione in senso non astratto, com'è tipico della nostra tradizione costituzionale. Coerentemente, del resto, l'ordinario «giudizio di rilevanza non implica un apprezzamento intorno alla verosimiglianza dei fatti di cui è chiesta la prova, né una valutazione relativa alla loro attendibilità».

È piuttosto intuitivo come una soluzione del genere ripreso dalle proposte di direttiva ricalchi il fenomeno di *frontloading* che ha caratterizzato l'evoluzione dell'art. 8 delle *Federal Rules of Civil Procedure* fino alla giurisprudenza del primo decennio del secolo: *Twombly* (Bell Atlantic Corp. v. Twombly (550A U.S. 544 [2007])) e *Iqbal* (Ashcroft v. Iqbal (556 U.S. 662 [2009])), quando la Corte suprema ha inasprito i caratteri della domanda e modificato il regime da quello di *notice pleading* (Gonley v. Gibson (355 U.S. 41 [1957]: in base alla regola «no set of facts», *nessun insieme di fatti*, una domanda è adeguata a meno di non fornire nemmeno un fatto che dia diritto al ricorrente) a quello di *plausibility pleading* (per cui, *senza una serie di fatti* una domanda non è sufficiente a proteggere i convenuti da attori impazienti alla ricerca di una cattiva condotta altrui), ancorché più recenti arresti di Distretti federali paiono mettere nuovamente in discussione l'aggravio iniziale che l'attore deve sopportare in ragione dell'esigenza di rappresentare assai più adeguatamente la sua pretesa (cioè, in misura plausibile *di per sé*)²¹.

²⁰ M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, RomaTre press, 2023, 12 (nt 20): «il giudizio di rilevanza» rimane oggi testualmente previsto nella sola ipotesi del procedimento semplificato (art. 281-*duodecies* c.p.c.), ma nessuno dubita dell'universalità della sua applicazione.

²¹ La posizione del convenuto della domanda di risarcimento del danno da prodotto di AI difettoso è pure presa in esame ai fini dell'ordine di divulgazione di cui dovesse aver bisogno tale parte, ma anche il relativo presupposto appare diverso da

6. Giustizia imprevedibile e verificabile?

Un sindacato di intima meritevolezza della domanda giudiziale²², in sostanza la delibazione – all’esordio, ma all’estremo sostanzialmente impediente – del *fumus boni iuris*, oltre che confliggente col diritto protetto dall’art. 24 Cost., specie quando impiegato per dare ingresso alla prova non altrimenti procurabile della fattispecie risarcitoria, produce un sovvertimento delle fasi del processo, non più scandite secondo quelle di asserzione, asseverazione e decisione, ma contratte e tutte ibridate funzionalmente; il che apre a uno speciale individualismo della soluzione, che si fa totalmente imprevedibile. E lo strumento dell’AI, che nella mente collettiva si combina con la calcolabile predittività degli esiti del suo impiego, finisce per prestarsi, quasi per nemesi logica, a risultati dell’impronosticabilità più assoluta.

Per la verità, è anche altro il rischio che si intravede in questo modello di acquisizione della prova destinata a ottenersi di conserva a una domanda che soddisfi la condizione di plausibilità: che la sostanziale incoercibilità dell’ordine di esibizione lasci più serenamente (troppo?) seguire la formazione di verità meramente stipulative, dove alla ricerca della causa vera del danno si sostituisca la sua fissazione virtualmente convenzionale.

Tanto accade per via della previsione onde «se il convenuto non si conforma all’ordinanza con cui l’organo giurisdizionale nazionale, nel contesto di una domanda di risarcimento del danno, gli ingiunge di divulgare o conservare gli elementi di prova a sua disposizione [...], l’organo giurisdizionale nazionale *presume* [...] la non conformità a un pertinente obbligo di diligenza da parte del convenuto, che gli elementi di prova richiesti erano intesi a dimostrare ai fini della domanda di risarcimento del danno» (art. 3.5); una presunzione, quest’ultima, che poi può fonderne finanche di ulteriori (*praesumptum de praesumpto*, del resto – secondo alcuni – meccanismo logico nemmeno dall’ordinamento domestico bandito²³): tant’è che, «ai fini dell’applicazione delle norme in materia di responsabilità alle domande di risarcimento del danno gli organi giurisdizionali nazionali presumono l’esistenza del nesso di causalità tra la colpa del convenuto e l’*output* prodotto da un sistema di IA o la mancata produzione di un *output* da parte di tale sistema [anche] se [*inter alia*]: (a) [...] l’organo giurisdizionale ha [già] presunto, a norma dell’articolo 3, paragrafo 5, la colpa del convenuto»²⁴.

quello oggi corrente per l’esibizione ai sensi dell’art. 210 c.p.c., e consiste(rebbe) nell’avere già «presentato fatti e prove sufficienti a dimostrare la sua necessità».

²² Cfr. S. DALLA BONTÀ, *La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell’atto introduttivo* (complaint), in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 141.

²³ Cfr. R. FRASCA, *I presupposti di legittimità delle presunzioni semplici*, in *Il ragionamento probatorio*, a cura di S. Patti e R. Poli, Torino, 2022, p. 84.

²⁴ Non è il caso di insistere sulla differenza che corre tra argomento di prova, ricavabile in ipotesi dal comportamento processuale omissivo dell’ottemperanza all’ordine di esibizione, e presunzione propriamente detta: per questo si rinvia, per

7. L'ingresso dell'AI come tensione estrema della regola dell'onere della prova e del principio dispositivo.

In definitiva, quando giudizialmente impiegati in veste servente, i sistemi di AI aiutano l'accertamento della verità di un fatto; ma, se investigati in guisa di autori del fatto stesso, si prestano, all'inverso, a soluzioni elusive e verifobiche.

Vero è che l'ingresso dello strumentario di AI nel processo ha già disteso fino al punto di rottura la distribuzione in senso statico dell'onere della prova e mandato in crisi la stessa classificazione del ruolo che il singolo fatto può prendere dentro la fattispecie normativa²⁵. Forse è già passata la vigilia del di' in cui accommiatarsi dal principio dispositivo e si è all'alba di quello dell'istruzione probatoria interamente ufficiosa, in cui molto appare suscettibile di venir attratto e aggregato attorno al nucleo concettuale del notorio giudiziale, coi pericoli che il mancato presidio del potere delle parti lascia correre all'effettività delle garanzie che nel processo civile, certo, sono tutte pensate per loro.

Ferruccio Auletta

Ordinario dell'Università LUISS Guido Carli

tutti, alla trattazione di S. PATTI, *Le prove*, Milano, 2021, p. 30. Nel caso, l'operazione che pone nel nulla la distinzione sarebbe opera di fonte normativa e non giurisprudenziale, e dunque legittima senz'altro (non di meno sul piano epistemico discutibile).

²⁵ B. SASSANI, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 424; l'a., con G. Verde e J. Nieva Fenoll, che costituiscono gli estremi dello spettro dialettico sul tema, si è confrontato il 31 gennaio 2023 nell'Aula Calasso della Facoltà di Giurisprudenza de La Sapienza, Università di Roma.



MASSIMO CIRULLI

L'art. 380 bis c.p.c. dopo il decreto correttivo

Il saggio esamina il procedimento per la definizione accelerata dei ricorsi per cassazione ex art. 380 bis c.p.c., introdotto dalla riforma Cartabia e modificato dal decreto correttivo. Analizza presupposti, contenuto ed effetti della proposta, con l'alternativa estinzione-decisione del ricorso. Critica l'applicazione automatica delle sanzioni a carico del ricorrente soccombente.

The essay examines the procedure for the accelerated definition of appeals to Court of Cassation, provided by art. 380 bis c.p.c., introduced by the Cartabia reform and modified by the corrective decree. Analyzes conditions, content and effects of the proposal, with the alternative extinction-decision of the appeal. Criticizes the automatic application of sanctions against the loser claimant.

SOMMARIO: 1. I presupposti. - 2. L'istanza prosecutoria e la nuova procura speciale. – 3. Le sanzioni a carico del ricorrente soccombente. – 4. Osservazioni conclusive.

1. I presupposti

L'art. 9, comma 3, lett. e), legge 26 novembre 2021, n. 206 ha delegato il Governo, nell'esercizio della delega conferitagli in materia di riforma del giudizio di cassazione, ad "introdurre un procedimento accelerato, rispetto all'ordinaria sede camerale, per la definizione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, prevedendo: 1) che il giudice della Corte formuli una proposta di definizione del ricorso, con la sintetica indicazione delle ragioni dell'inammissibilità, dell'improcedibilità o della manifesta infondatezza ravvisata; 2) che la proposta sia comunicata agli avvocati delle parti; 3) che, se nessuna delle parti chiede la fissazione della camera di consiglio nel termine di venti giorni dalla comunicazione, il ricorso si intenda rinunciato e il giudice pronunci decreto di estinzione, liquidando le spese, con esonero della parte soccombente che non presenta la richiesta di cui al presente numero dal pagamento di quanto previsto dall'articolo 13, comma 1-*quater*, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115".

Con l'art. 3, comma 28, lett. g), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 il legislatore delegato ha pertanto introdotto l'art. 380 bis, rubricato "Procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati"¹, altrimenti definito "procedimento

¹ "1. 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. 2. Entro quaranta giorni dalla comunicazione la parte ricorrente, con istanza sottoscritta dal difensore (munito di una nuova procura speciale), può chiedere la decisione. In mancanza, il ricorso si intende rinunciato e la Corte provvede ai sensi dell'art. 391. 3. Se entro il termine indicato al secondo comma la parte chiede la decisione, la Corte procede ai sensi

accelerato monocratico”², in ragione dell’idoneità della proposta – formulata dal presidente della sezione assegnataria del ricorso o da un consigliere da lui delegato - a definire il giudizio di legittimità senza che sia pronunciata sentenza od ordinanza (ancorchè statuente l’inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso), bensì decreto dichiarativo dell’estinzione. Il C.S.M. ha infatti rilevato che “in questo caso la *decisione* viene assunta dal presidente della sezione o da un consigliere delegato il quale elabora una *proposta di decisione* che viene comunicata ai difensori delle parti”³. In disparte la considerazione, d’ordine logico, che una proposta di decisione non è una decisione, osservo che la p.d.a.⁴ non esita in una pronuncia, benchè in rito, sul ricorso, ma nella dichiarazione di estinzione del processo di legittimità. Tuttavia, la contraddizione è tra la rubrica (“Procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati”) ed il testo dell’art. 380 *bis* (ove figura il sintagma “proposta di definizione”).

Con una sintesi verbale, si tratta di un procedimento di definizione non decisoria (siccome esitante nella dichiarazione di estinzione) del processo di cassazione, convertibile, su istanza non impugnatoria del ricorrente, in rito camerale definito con ordinanza. La p.d.a. non è un provvedimento⁵, ma una prognosi, formulata dal presidente o dal consigliere delegato sulla base degli atti introduttivi (ricorso e controricorso, se depositato), del giudizio che potrebbe essere espresso dal collegio a seguito della trattazione in camera di consiglio, se richiesta dall’impugnante nel termine previsto dall’art. 380 *bis*, comma 2.

Benchè l’art. 380 *bis*, comma 1, individui nel presidente della sezione od in un consigliere da lui delegato l’autore della p.d.a., il rito viene applicato anche nei procedimenti assegnati alle

dell’art. 380-*bis*.1 e quando definisce il giudizio in conformità alla proposta applica il terzo e il quarto comma dell’art. 96”. Le parole tra parentesi sono state soppresse dall’art. 3, comma 4, lett. n), d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164.

² F. DE STEFANO, *La riforma del processo civile in Cassazione. Note a prima lettura*, in www.giustiziainsieme.it, 11 gennaio 2023, § 1.

³ CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, Richiesta del Ministro della Giustizia, ai sensi dell’art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, di parere sul testo del decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 28 luglio 2022, concernente: “Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa alle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata”, Roma, 21 settembre 2022, p. 28 (nel prosieguito, *parere*). I corsivi nel testo sono miei.

⁴ Con questa sigla designo la proposta di definizione accelerata formulata dal presidente o dal consigliere delegato.

⁵ *Contra*: B. CAPPONI, *Dei giudici monocratici in Cassazione*, in www.judicium.it, 20 gennaio 2023, p. 4, secondo il quale “il provvedimento del giudice singolo (...) è dunque una decisione vera e propria, una anticipazione di giudizio (perfettamente idonea a definirlo) che dovrebbe produrre una vera e propria incompatibilità del consigliere proponente a far parte del collegio giudicante, qualora la parte, nonostante tutto, intenda richiedere una decisione nel merito del ricorso”.

sezioni unite, quali i ricorsi per motivi attinenti alla giurisdizione contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti⁶.

La formulazione della proposta ha carattere facoltativo e non vincolato, quando venga ravvisata una causa di inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso: in tal senso depone la locuzione verbale “può formulare”, che figura nell’alinea dell’articolo in commento.

Il protocollo del 1° marzo 2023 determina il contenuto della “sintetica proposta di definizione del giudizio ex art. 380 *bis*”, che dovrà indicare: quanto alla prognosi di inammissibilità o di improcedibilità, l’ipotesi nella specie ritenuta sussistente, “tramite menzione del dato normativo o, in alternativa, del precedente o, ancora, con breve formula libera”; quanto alla prognosi di manifesta infondatezza, “quali siano i precedenti giurisprudenziali di riferimento e le ragioni del giudizio prognostico sui motivi di ricorso, anche mediante una valutazione sintetica e complessiva”⁷.

Quid iuris se il ricorso non sia stato validamente notificato all’intimato od a litisconsorte necessario, ma risulti inammissibile, ad es. per tardività? Va pregiudizialmente disposta, con decreto presidenziale (art. 377, comma 3), la rinnovazione della notifica nullamente eseguita all’intimato (che sia rimasto tale, altrimenti sanando il vizio con il deposito del controricorso) o l’integrazione del contraddittorio nei confronti della parte pretermessa? Credo che la risposta sia negativa: quando risulti *ictu oculi* il difetto di una condizione di trattabilità nel merito del ricorso, oppure l’impugnazione appaia manifestamente infondata, sarebbe vano onerare il ricorrente di tali adempimenti, che peraltro non gli gioverebbero, in caso di costituzione del destinatario della notifica, potenziale beneficiario, se vittorioso, della duplice condanna ex artt. 91 e 96, comma 3⁸. Può quindi proporsi la definizione accelerata, fermo restando che, se il ricorrente chiede procedersi, dovrà garantirsi l’integrità del contraddittorio per l’adunanza camerale mediante la pronuncia di decreto presidenziale, la cui inosservanza

⁶ Per un caso di specie v. Cass., Sez. un., 22 settembre 2023, n. 27195: l’ordinanza si è conformata alla proposta della Prima Presidente di dichiarare l’inammissibilità del ricorso.

⁷ *Protocollo d’intesa sul processo civile in Cassazione*, Roma, 1° marzo 2023, p. 6.

⁸ “Nel giudizio di cassazione, il rispetto del principio della ragionevole durata del processo impone, in presenza di un’evidente ragione d’inammissibilità del ricorso (nella specie, per la palese inidoneità del quesito di diritto), di definire con immediatezza il procedimento, senza la preventiva integrazione del contraddittorio nei confronti di litisconsorti necessari cui il ricorso non risulti notificato, trattandosi di un’attività processuale del tutto ininfluyente sull’esito del giudizio” (Cass., Sez. un., 22 marzo 2010, n. 6826). “In caso di ricorso per cassazione *prima facie* infondato, appare superfluo, pur potendone sussistere i presupposti, disporre la fissazione di un termine per l’integrazione del contraddittorio ovvero per la rinnovazione di una notifica nulla o inesistente, atteso che la concessione di esso si tradurrebbe, oltre che in un aggravio di spese, in un allungamento dei termini per la definizione del giudizio di cassazione senza comportare alcun beneficio per la garanzia dell’effettività dei diritti processuali delle parti” (Cass., 21 maggio 2018, n. 12515; Cass., 10 maggio 2018, n. 11287; Cass., 17 giugno 2013, n. 15106).

determinerà l'inammissibilità del ricorso (o la relativa improcedibilità *ex art. 371 bis*, se l'atto, benchè notificato nel termine perentorio assegnato al ricorrente, non venga tempestivamente depositato).

La fattispecie che rende possibile la definizione accelerata deve concernere sia il ricorso principale che quello incidentale eventualmente proposto (art. 380 *bis*, comma 1): la proposta deve essere pertanto idonea a definire l'intero processo di cassazione. Anche il ricorso incidentale, tempestivo e non condizionato, deve essere quindi opinato inammissibile o manifestamente infondato⁹ affinché il presidente od il consigliere delegato possa formulare la p.d.a. Non è invece di ostacolo alla proposta l'eventuale ricorso incidentale condizionato, esplicitamente od implicitamente, all'accoglimento del ricorso principale, che secondo la prognosi del proponente sia votato ad infausta sorte, con conseguente preclusione dell'esame dell'impugnazione incidentale, destinata a restare assorbita¹⁰.

Dubbi sorgono a proposito del ricorso incidentale tardivo, che diventa inefficace se il ricorso principale sia dichiarato inammissibile od improcedibile (art. 334, comma 2), ma non se venga rinunciato¹¹. Si possono prospettare due tesi alternative: a) la p.d.a. deve opinare l'inammissibilità o la manifesta infondatezza anche del ricorso incidentale tardivo, atteso che la proposta non *dichiara*, ma *ravvisa* l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso principale, che solo il collegio potrebbe dichiarare con ordinanza, all'esito della richiesta di decisione formulata dal ricorrente; b) la p.d.a. del ricorso principale, in quanto reputato inammissibile od improcedibile, dispensa dall'esame del ricorso incidentale tardivo, destinato a divenire inefficace qualora il ricorrente principale non chieda la decisione; deve tuttavia riconoscersi anche al ricorrente incidentale la legittimazione e l'interesse a formulare l'istanza prosecutoria, per chiedere che l'impugnazione avversaria sia rigettata per motivi di merito, anziché di rito, così da imporre al collegio l'esame (e l'eventuale accoglimento) del ricorso

⁹ Stante il rinvio dell'art. 371, comma 3, al precedente art. 369, il ricorso incidentale doveva essere depositato nei venti giorni successivi alla notifica, a pena di improcedibilità (Cass., 28 novembre 2022, n. 34922). Questa ipotesi non può ormai verificarsi, atteso che il ricorso non è più soggetto a notificazione. Non vi è più luogo, quindi, per la dichiarazione di improcedibilità del ricorso incidentale.

¹⁰ "Il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investa questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito ha natura di ricorso condizionato all'accoglimento del ricorso principale, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, sicché, laddove le medesime questioni siano state oggetto di decisione esplicita od implicita da parte del giudice di merito, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte solo in presenza dell'attualità dell'interesse, ovvero unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale" (Cass., Sez. un., 8 febbraio 2022, n. 3935; Cass., Sez. un., 25 marzo 2013, n. 7381; Cass., Sez. un., 3 marzo 2010, n. 5023; Cass., Sez. un., 15 luglio 2009, n. 16504; Cass., Sez. un., 6 marzo 2009, n. 5456, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3047, con nota di S. RUSCIANO; in *Corr. giur.*, 2009, p. 1073, con nota di L. BACCAGLINI).

¹¹ Cass., Sez. un., 19 aprile 2011, n. 8925, in *Corr. giur.*, 2011, 1575, con nota di S. TURATTO; in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 212, con nota di G. GUARNIERI.

incidentale tardivo; il ricorrente incidentale tardivo, che nel controricorso abbia eccepito l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso principale, non può tuttavia – in violazione del divieto di *venire contra factum proprium* – sostenere, nella fase camerale, che invece l'impugnazione avversaria è ammissibile e procedibile, ma infondata.

Le due ipotesi sono peraltro riducibili *ad unum*. Qualora il ricorrente principale, ricevuta la p.d.a., non chieda la decisione, "il ricorso si intende rinunciato" (art. 380 *bis*, comma 2); la conseguente dichiarazione di estinzione non preclude l'esame dell'impugnazione incidentale tardiva, così come non la impedirebbe se la rinuncia fosse esplicita anziché tacita. Nel proporre la dichiarazione di inammissibilità o di improcedibilità del ricorso principale, il relatore esamina anche quello incidentale, sia pure all'unico fine di ravvisarne la consequenziale inefficacia, previo riscontro della tardività dell'impugnazione¹²; il ricorrente incidentale tardivo può chiedere la decisione della sua impugnazione, ma non di quella principale, non potendo compiere un atto *de iure tertii*; se il ricorrente principale presta acquiescenza alla proposta di dichiarare inammissibile od improcedibile la sua impugnazione, l'estinzione per rinuncia tacita non impedisce che il collegio provveda sul ricorso incidentale, sempre che ne sia stata chiesta la decisione; se l'istanza prosecutoria è proposta dal ricorrente principale, ma non da quello incidentale tardivo, il collegio provvede sul principale e dichiara estinto l'incidentale; se la decisione è chiesta da entrambe le parti, il collegio, se dichiara inammissibile od improcedibile il ricorso principale, dichiara inefficace quello incidentale tardivo.

In presenza di impugnazioni separatamente proposte e da riunire (art. 335), tutte devono essere ravvisate inammissibili, improcedibili o manifestamente infondate, perché alla definizione di una sopravviverebbero le altre, da trattare con il congruo rito (camerale o pubblico), senza alcuna economia processuale.

L'art. 380 *bis* non si applica, diversamente dal soppresso rito della sesta sezione, quando sia opinata la manifesta fondatezza del ricorso. La ragione è che il procedimento definitorio esita, nell'inerzia del ricorrente, nella dichiarazione di estinzione del giudizio di legittimità. La p.d.a. è un qualificato invito a desistere dal ricorso, che non viene deciso, ma estinto, in un processo senza giudizio, per citare la nota espressione sattiaiana.

L'istituto era stato auspicato o profetizzato già nel 2008 dalle sezioni unite, quale mezzo di definizione non decisoria dei ricorsi, così da poter destinare risorse all'esame delle questioni rilevanti. Per le sezioni unite, le innovazioni contenute nel d.lgs. n. 40/2006 erano intese al

¹² Il ricorso incidentale è tardivo se proposto allorché siano già scaduti, rispetto alla data della notificazione della sentenza impugnata, i termini previsti dall'art. 325, comma 2 (ove applicabile), o 327, comma 1, senza che rilevi, in senso contrario, che lo stesso sia stato proposto nel rispetto del termine di quaranta giorni dalla notificazione del ricorso principale, indicato dall'art. 371, comma 2 (Cass., 3 gennaio 2023, n. 36; Cass., 22 giugno 2021, n. 17707; Cass., 26 marzo 2015, n. 6077; Cass., 6 aprile 2006, n. 8105).

“rafforzamento della funzione nomofilattica” della S.C., “certamente agevolata da una definizione del giudizio di cassazione alternativa alla decisione”¹³. Dietro queste espressioni paludate si celava il desiderio di ridurre il numero dei processi da decidere collegialmente: è infatti verità lapalissiana che tanto maggiore è la quantità dei ricorsi definiti con decreto presidenziale di estinzione, tanto minore è la quantità dei ricorsi che devono essere esaminati non solo dal relatore, ma anche dagli altri componenti del collegio ed essere decisi con ordinanza ovvero, se la *quaestio iuris* è caratterizzata da speciale rilevanza, con sentenza.

Al presente, i ricorsi sono classificabili in tre categorie, in ordine crescente di complessità (o, se si preferisce, in ordine decrescente di rilevanza nomofilattica): serie C, che comprende gli inammissibili, gli improcedibili ed i manifestamente infondati, definibili con il procedimento accelerato; serie B, nella quale si iscrivono i ricorsi che, prognosticati ammissibili, procedibili e non manifestamente infondati, potrebbero essere accolti o rigettati con ordinanza, previa fissazione dell’adunanza camerale, ma non deducono questioni di diritto di particolare rilevanza; serie A, con i ricorsi vertenti su questioni nuove od anche vecchie, ma che il ricorrente, con argomenti non implausibili, chiede di sottoporre a riesame. Per la S.C. la funzione nomofilattica è solo quella esercitata decidendo in pubblica udienza i ricorsi di serie A¹⁴; la pronuncia sui ricorsi di serie B è resa nell’interesse esclusivo delle parti, ma non ha contenuto innovativo della giurisprudenza, tanto che la motivazione può esaurirsi nel richiamo ai precedenti conformi¹⁵; i ricorsi di serie C non vengono neppure esaminati dal collegio, salvo che siano promossi alla serie superiore per iniziativa del ricorrente, che chieda la decisione.

¹³ Cass., Sez. un., 16 luglio 2008, n. 19514.

¹⁴ «In tema di giudizio di cassazione, l’assegnazione di una causa alle sezioni ordinarie in camera di consiglio non osta, in caso di rilevanza delle questioni da trattare, alla sua rimessione all’udienza pubblica, in applicazione analogica dell’art. 380 *bis*, comma 3, atteso che il collegio non può essere vincolato alla valutazione operata sul punto dal presidente della sezione e che l’udienza pubblica, nel disegno della riforma realizzata dalla legge n. 197 del 2016, costituisce il “luogo” privilegiato nel quale devono essere assunte, in forma di sentenza e mediante più ampia e diretta interlocuzione tra le parti e tra queste ed il pubblico ministero - tenuto a concludere per primo -, le decisioni aventi rilevanza nomofilattica, idonee a rivestire efficacia di precedente, orientando, con motivazione avente anche funzione extraprocessuale, il successivo percorso della giurisprudenza” (Cass., 1° agosto 2017, n. 19115).

¹⁵ “Nel giudizio di cassazione, l’adozione del modello della motivazione semplificata nella decisione dei ricorsi - sorto per esigenze organizzative di smaltimento dell’arretrato e di contenimento dei tempi di trattazione dei procedimenti civili entro termini di durata ragionevole, nel rispetto del principio di cui all’art. 111, secondo comma, Cost. - si giustifica ove l’impugnazione proposta non solleciti l’esercizio della funzione nomofilattica, ponendo questioni la cui soluzione comporti l’applicazione di principi già affermati in precedenza dalla Corte, e dai quali questa non intenda discostarsi. Né l’utilizzazione della motivazione semplificata è preclusa dalla particolare ampiezza degli atti di parte, ove detta ampiezza - che, pur non trasgredendo alcuna prescrizione formale di ammissibilità, già collide con l’esigenza di chiarezza e sinteticità dettata dall’obiettivo di un processo celere - neppure sia proporzionale alla complessità giuridica o all’importanza economica delle fattispecie affrontate, e si risolva in un’inutile sovrabbondanza, connotata da assemblaggi e trascrizioni di atti e provvedimenti dei precedenti gradi del giudizio” (Cass., 4 luglio 2012, n. 11199, in *Mass. giur. lav.* 2012, p. 816, con nota di A. VALLEBONA). Con successivo decreto n. 136 del 26 settembre 2016, l’allora Primo Presidente emanò una direttiva sulla “motivazione

Questa ricostruzione – che ripropone la nota e controversa diade tra *ius constitutionis* (ricorsi di serie A) e *ius litigatoris* (ricorsi di serie B e C)¹⁶, «l’irrisolta dicotomia tra due modelli di riferimento, quello della Corte del “precedente”, garante dello *ius constitutionis* e impegnata nell’opera nomofilattica di costruzione di un sistema di precedenti in funzione di orientamento per la decisione di casi futuri, e quello di giudice di terza istanza, teso a garantire lo *ius litigatoris* e la giustizia sostanziale del singolo caso mediante la cognizione del fatto e del merito della causa»¹⁷ - può sembrare dissacrante, con l’evocazione di metafore calcistiche, ma non deve sorprendere né scandalizzare, perché il trattamento differenziato dei ricorsi, oltre ad avere un fondamento positivo, è intrinsecamente ragionevole: anche il giudizio davanti alla Corte costituzionale, supremo organo di garanzia, conosce il procedimento in camera di consiglio e quello in pubblica udienza¹⁸, pur ignorando provvedimenti monocratici dichiarativi dell’estinzione.

Il diritto del ricorrente alla pronuncia sul merito dell’impugnazione non è stato limitato dalla riforma Cartabia, ma da quella del 2009, che ha introdotto l’art. 360 *bis*: il ricorso è inammissibile non solo quando sia tardivo, privo dei motivi, proposto contro provvedimento inoppugnabile ecc.¹⁹, ma anche “quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa”. Una prescrizione indefinita, che rimette all’incensurabile discrezionalità della S.C. il potere di dichiarare inammissibile il

semplificata delle decisioni civili”; per i “procedimenti che non richiedono un impegno nomofilattico (quelli che richiedono una pronuncia sul vizio di motivazione; quelli in cui la denuncia di vizi di legittimità si risolve nella prospettazione di una diversa valutazione del merito della controversia; quelli la cui soluzione comporta l’applicazione di principi consolidati o che prospettano questioni semplici o ragioni manifestamente fondate o infondate)”, l’esposizione dei fatti di causa doveva essere “estremamente concisa”, mentre quella dei motivi di ricorso poteva essere addirittura omessa, quando la censura potesse “risultare dal tenore della risposta della Corte”. Il decreto presidenziale è ancora in vigore, tanto da essere richiamato dalla Prima Presidente nella *Relazione 2023*, cit., p. 135.

¹⁶ G. SCARSELLI, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 355 ss.; ID., *La nomofilachia e i suoi pericoli*, in www.giustiziainsieme.it, 23 ottobre 2023; G. COSTANTINO, *De profundis per la sezione filtro della Cassazione civile*, in www.questionegiustizia.it, 16 novembre 2022, pp. 7 ss.; B. CAPPONI, *La nomofilachia tra equivoci e autoritarismi*, in *Rass. esec. forz.*, 2023, pp. 9 ss.; F. DE SANTIS, *Declinazioni e chiaroscuri della riforma Cartabia*, in AA.VV., *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. Didone-F. De Santis, Milano, 2023, pp. 43 s.

¹⁷ Così si esprime la Prima Presidente nella *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2023*, Roma, 25 gennaio 2024, p. 306.

¹⁸ Nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, l’inammissibilità o l’infondatezza della questione viene decisa con sentenza all’esito della pubblica udienza, mentre la manifesta inammissibilità o la manifesta infondatezza è pronunciata con ordinanza succintamente motivata in camera di consiglio (E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*⁷, Torino, 2021, pp. 126 ss.).

¹⁹ Per queste ed altre ipotesi di inammissibilità v., sinteticamente, E. FAZZALARI, *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 593 e, diffusamente, D. CASTAGNO, *L’inammissibilità nel giudizio di cassazione*, Napoli, 2022, pp. 57 ss.

ricorso, non per difetto di un requisito di forma-contenuto o di un requisito extra formale attinente alla legittimazione, capacità, integrità del contraddittorio ecc., ma in ragione della manifesta infondatezza delle censure, come nel processo penale di legittimità (art. 606, comma 3, c.p.p.)²⁰. Ed anche un solo precedente, “se univoco, chiaro e condivisibile, integra l'orientamento della giurisprudenza della S.C. di cui all'art. 360 *bis*, n. 1, con conseguente dichiarazione di inammissibilità del relativo ricorso per cassazione che non ne contenga valide critiche”²¹. Si è così surrettiziamente introdotto nel nostro ordinamento il principio dello *stare decisis*, sia pure in forma attenuata²², stante la vincolatività del precedente nei confronti delle parti e non anche dei giudici²³, e non conseguendo l'inammissibilità del ricorso alla mera conformità della sentenza alla giurisprudenza, ma alla circostanza che il ricorrente non abbia fornito elementi per il mutamento di quest'ultima²⁴. Poiché la norma è inapplicabile quando il ricorrente deduca anche il vizio di motivazione²⁵, l'effetto – per eterogenesi dei fini – è stato quello di incentivare la proposizione del motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 5. Si noti che l'inammissibilità, diversamente dall'infondatezza (anche manifesta), preclude l'esame dell'impugnazione incidentale tardiva (art. 334, comma 2)²⁶, la riproponibilità del ricorso,

²⁰ In argomento v., anche per i riferimenti del caso, D. CASTAGNO, *L'inammissibilità*, cit., pp. 182 ss. A seguito dell'ordinanza interlocutoria Cass., 25 luglio 2016, n. 15513, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3091, con nota di G. COSTANTINO; in *Corr. giur.*, 2017, p. 85, con nota di P. BERTOLLINI, la questione è stata decisa da Cass., Sez. un., 21 marzo 2017, n. 7155, in *Giur. it.*, 2017, p. 1583, con nota di D. CASTAGNO; in *Foro it.*, 2017, I, c. 1177, con nota di G. COSTANTINO; in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 567, con nota di G. MONTELEONE, che ha qualificato la fattispecie in termini di inammissibilità, benchè fondata su ragioni di merito. Ma la successiva Cass., 2 marzo 2018, n. 5001, in *Giur. it.*, 2018, p. 1617, con nota di D. CASTAGNO; in *Giusto proc. civ.*, 2018, p. 741, con nota di F.S. DAMIANI, ha distinto l'inammissibilità formale da quella meritoria ed ha correlato l'art. 360 *bis* al requisito di specificità dei motivi.

²¹ Cass., 9 settembre 2022, n. 26619; Cass., 22 febbraio 2018, n. 4366.

²² G. AMOROSO-M.R. MORELLI, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*³, a cura di M. Acierio-P. Curzio-A. Giusti, Bari, 2020, pp. 472 ss. In termini adesivi v. F. DE STEFANO, *Giudice e Precedente: per una Nomofilachia sostenibile (Nomofilachia e giurisdizione. La costruzione del diritto vivente. La forza del precedente tra persuasività e vincolatività. La rilevanza esterna e interna del principio di diritto)*, in AA.VV., *Il giudizio civile di cassazione*, Quaderno S.S.M., Roma, 2022, pp. 45 ss.

²³ V. CAPASSO, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 627 ss. Il tema è indagato anche da L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, pp. 30 ss.

²⁴ E. SCODITTI, *Brevi note sul nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Quest. giust.*, 2021, 3, p. 4.

²⁵ Cass., 13 settembre 2018, n. 22326.

²⁶ Cass., Sez. un., 21 marzo 2017, n. 7155.

anche se non è scaduto il termine di decadenza (art. 387)²⁷, l'applicazione d'ufficio dello *ius superveniens*²⁸: donde il maggior effetto deflattivo della prima formula definitoria.

Per l'art. 380 *bis* l'estinzione del giudizio di cassazione è la conseguenza dell'omesso assolvimento, da parte del ricorrente (*rectius*, dei ricorrenti, principale ed incidentale non condizionato)²⁹, dell'onere d'impulso, mediante la richiesta di decisione. Trattasi di un'ulteriore fattispecie di estinzione per inattività³⁰ rispetto all'art. 371 *bis*³¹, equiparata *quoad effectum* all'estinzione per rinuncia: la quale "è l'antitesi perfetta dell'inattività"³², sostanziandosi in una manifestazione di volontà e non in contegno omissivo. La c.d. rinuncia *per facta concludentia* o *per silentium* da parte del ricorrente inerte non è un atto abdicativo del potere di impugnazione, come la rinuncia espressa, che consiste nella "revoca della domanda (di annullamento) proposta alla Corte"³³, bensì un *non facere*, un'omissione che,

²⁷ L'ipotesi è tuttavia di scuola, non constando che un ricorso per cassazione sia stato dichiarato inammissibile prima della scadenza del termine, benché originariamente annuale, per proporlo. Il ricorso deve essere proposto, a pena di inammissibilità, con unico atto avente i requisiti di forma e contenuto indicati dalla pertinente normativa di rito, sicché è inammissibile un nuovo atto con articolazione di altri motivi di censura rispetto a quelli in origine dedotti, essendo invece possibile, nell'osservanza del principio di consumazione dell'impugnazione e dei relativi termini, la proposizione di un nuovo ricorso in sostituzione del primo che non sia stato ancora dichiarato inammissibile (Cass., Sez. un., 9 marzo 2020, n. 6691).

²⁸ Cass., 28 settembre 2018, n. 23518.

²⁹ "In tema di procedimento per la decisione accelerata ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c., ove la proposta di decisione riguardi sia il ricorso principale che quello incidentale non condizionato e l'istanza di decisione sia depositata da una sola delle parti, l'impugnazione non coltivata va considerata rinunciata e va decisa solo quella coltivata" (Cass., 16 aprile 2024, n. 10164).

³⁰ Secondo il testo originario del codice, il giudizio di legittimità, retto dall'impulso officioso, conosceva l'estinzione soltanto per rinuncia del ricorrente e non anche per inattività, salvi peraltro i casi di improcedibilità (P. CALAMANDREI-C. FURNO, *Cassazione civile*, in *Nss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1089; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, p. 122; Id., *Ricorso per cassazione*, cit., p. 594; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, p. 198; Id., *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 978 ss.).

³¹ L'omesso deposito dell'atto di integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario pretermesso entro venti giorni dalla notifica è sanzionato con l'improcedibilità del ricorso. La disposizione è applicabile, per interpretazione estensiva, anche nel caso in cui è ordinata la rinnovazione della notifica del ricorso ai sensi dell'art. 291 c.p.c., con la conseguenza che il deposito tardivo dell'atto notificato determina l'improcedibilità del ricorso (Cass., 8 luglio 2024, n. 18539; Cass., 29 aprile 2019, n. 11368). Il ricorso è inammissibile, invece, se l'atto di integrazione del contraddittorio non viene notificato nel termine perentorio assegnato dalla Corte, applicandosi la diversa sanzione dell'improcedibilità quando l'atto, debitamente notificato, non sia stato tempestivamente depositato (Cass., 17 agosto 2022, n. 24834; Cass., 25 settembre 2018, n. 22783; Cass., 24 gennaio 2018, n. 1825). Parimenti inammissibile è il ricorso del quale non sia stata rinnovata la notifica ex art. 291 (Cass., 4 maggio 2022, n. 14150). L'inammissibilità va pronunciata pur quando il ricorrente abbia dichiarato di non avere più interesse a coltivare il ricorso (Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 6107). La riforma del 2016 ha attribuito al primo presidente od al presidente della sezione la competenza, per l'innanzi riservata al collegio (che provvedeva con ordinanza interlocutoria), a disporre con decreto l'integrazione del contraddittorio ex art. 331, la notifica dell'impugnazione ex art. 332 o la relativa rinnovazione (art. 377, comma 3).

³² R. VACCARELLA, *Rinuncia*, cit., p. 962.

³³ R. VACCARELLA, *Rinuncia*, cit., p. 978.

volontaria od involontaria³⁴, determina il medesimo effetto estintivo proprio della rinuncia, come nel giudizio di merito. La rinuncia al ricorso, infatti, “non può che essere espressa”³⁵. Dopo la proposizione dell'impugnazione non è concepibile l'ipotesi di acquiescenza contemplata dall'art. 329 (che opera come preclusione rispetto ad un'impugnazione non ancora proposta), ma è solo possibile un'espressa rinuncia all'impugnazione, da compiersi nella forma prescritta dalla legge e quindi, nel caso di ricorso per cassazione, con le modalità indicate dagli artt. 390 e 391³⁶.

A seguito della p.d.a. ed in assenza di tempestiva istanza di decisione opera la presunzione assoluta (o la finzione) di rinuncia, con conseguente applicabilità dell'art. 391, che prevede la forma del decreto presidenziale per tale ipotesi definitoria, quando non sia stata ancora fissata la data della decisione. Il provvedimento che dichiara l'estinzione può condannare la parte che vi ha dato causa alle spese (art. 391, comma 2): poiché l'onere d'impulso grava esclusivamente sul ricorrente, che determina l'estinzione con la sua inerzia, la Corte non può liquidare le spese a carico del controricorrente³⁷.

Deve segnalarsi che l'art. 391, comma 3, attribuisce al decreto “efficacia di titolo esecutivo se nessuna delle parti chiede la fissazione dell'udienza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione”. Ma in caso di definizione accelerata non v'è più luogo per la fissazione dell'udienza: la norma, quindi, patisce un difetto di coordinamento con l'art. 380 *bis*. Peraltro, il “decreto di estinzione del giudizio di cassazione”, contenente la liquidazione delle spese, può essere emesso dal consigliere delegato e non dal presidente, secondo una prassi legittimata dalla relazione ministeriale. L'art. 380 *bis*, comma 2, là dove prevede che, nell'inerzia del ricorrente, “la Corte provvede ai sensi dell'art. 391”, va quindi reso oggetto di interpretazione correttiva: non è il collegio, ma il presidente od il consigliere delegato a dare atto

³⁴ Il difensore del ricorrente, infatti, può non depositare l'istanza sia *perché* ha in tal senso ricevuto mandato dal cliente, sia *benchè* lo abbia ricevuto, ma sia incorso in omissione colpevole. Rileva il fatto oggettivo dell'inerzia, non la ragione che l'ha determinata.

³⁵ S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1968 (rist.), p. 295. In tal senso anche P. CALAMANDREI-C. FURNO, *Cassazione civile*, cit., p. 1089, nt. 4; MASSARI, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Nss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1172, che citano adesivamente Cass., 22 gennaio 1947, n. 68, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, p. 6, secondo la quale non è ammessa la rinuncia tacita al ricorso, desumibile da un comportamento del ricorrente, indicativo della volontà di rinunciare, giacchè una rinuncia tacita postula un'indagine di fatto, inammissibile in sede di legittimità.

³⁶ Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1591; Cass., 8 febbraio 1985, n. 996; Cass., 2 febbraio 1983, n. 890; Cass., 29 gennaio 1983, n. 820; Cass., 8 novembre 1982, n. 5868; Cass., 29 gennaio 1982, n. 574; Cass., 2 maggio 1980, n. 2902, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 347; Cass., 10 dicembre 1979, n. 6421; Cass., 12 luglio 1978, n. 3509, in *Foro it.*, 1979, I, c. 813; Cass., 16 luglio 1971, n. 2330; Cass., 24 novembre 1969, n. 3815.

³⁷ Mi sembra pertanto infondata la preoccupazione in tal senso espressa da A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 682, il quale peraltro auspica il consolidamento della “prassi applicativa di condannare sempre il ricorrente che accetta la proposta di definizione della lite avanzata dalla Corte”: ma così non si incentiva l'adesione alla proposta.

dell'intervenuta rinuncia tacita, dichiarando l'estinzione e liquidando le spese del giudizio di legittimità³⁸. La Cassazione ha invece statuito che, dichiarata l'estinzione con decreto, "l'unico rimedio esperibile è l'opposizione ai sensi dell'art. 391 c.p.c., da proporsi, a pena di inammissibilità, nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento di estinzione"³⁹ (ma sulla proponibilità della revocazione *ex art. 391 bis v. infra*).

L'omesso deposito dell'istanza comporta, secondo la relazione ministeriale, rinuncia al ricorso *per facta concludentia*⁴⁰. A mio avviso, trattasi invece di estinzione per inattività del ricorrente, piuttosto che di rinuncia *stricto sensu*, la quale dovrebbe provenire dal ricorrente o dal difensore munito del potere di rinunciare. Il contegno inerte non è neppure riconducibile alla formula sattiana della "acquiescenza surrogatoria del giudizio"⁴¹, che presuppone un provvedimento decisorio sommario, laddove la p.d.a. è una proposta di provvedimento: il ricorrente non coltiva l'impugnazione, che solo il collegio potrebbe decidere, ed il presidente od il consigliere delegato dichiara l'estinzione, che non è un giudizio ma la negazione del giudizio. La proposta, che proviene dal giudice e non dal controricorrente, viene accettata *per silentium* dal ricorrente e così si conclude un anomalo negozio giuridico processuale⁴², del quale profitta il controricorrente, che non ha il potere di chiedere che il ricorso sia deciso dal collegio, onde ottenere una migliore liquidazione delle spese. Peraltro, a questa definizione accelerata resta estraneo il pubblico ministero, che non viene richiesto di depositare le sue conclusioni prima della formulazione della proposta⁴³. Sarebbe stato sistematicamente più corretto prevedere che il presidente emanasse decreto di inammissibilità, improcedibilità o rigetto per manifesta infondatezza, salvo motivato reclamo (od opposizione)⁴⁴ al collegio entro

³⁸ "Il presidente o il consigliere della sezione pronuncia quindi decreto di estinzione, liquidando le spese" (MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, in *Gazz. uff.*, 19 ottobre 2022, n. 145, p. 44, nel prosieguo, *rel. min.*).

³⁹ Cass., 15 aprile 2024, n. 10131.

⁴⁰ *Rel. min.*, cit., p. 44.

⁴¹ S. SATTA, *Commentario*, cit., IV, 1, p. 7.

⁴² Gli accordi processuali, infatti, sono conclusi dalle parti nei casi previsti dalla legge (ad es., in tema di competenza territoriale derogabile). Sul tema v. E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, pp. 260 ss.; S. SATTA, *Accordo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 300 s.; G. BONGIORNO, *Accordi processuali*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.

⁴³ Notano criticamente 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, 3, p. 101 che "questa forma di definizione accelerata stabilisce un evidente ed esclusivo rapporto tra il relatore e i difensori delle parti, che ignora ogni collegialità e anche ogni possibile scrutinio da una parte pubblica esterna al rapporto contenzioso". Analoga perplessità circa l'estromissione dal procedimento del procuratore generale, "portatore dell'interesse dell'ordinamento all'esatta osservanza della legge", era stata già espressa dal C.S.M., *Parere*, cit., p. 29.

⁴⁴ R. FRASCA, *Considerazioni sulle proposte della Commissione Luiso quanto al processo davanti alla Corte di Cassazione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 7 giugno 2021, § 6 auspicava, infatti, l'adozione di una "vera e propria ipotetica ordinanza provvisoria

termine perentorio e, in caso di conferma del provvedimento, condanna del soccombente al pagamento delle maggiori spese: ma in questo caso l'autore del provvedimento non avrebbe potuto partecipare al collegio⁴⁵.

Comunque, secondo la legge il ricorrente che non chiede la decisione a seguito della proposta di definizione accelerata rinuncia tacitamente al ricorso, tanto che si provvede a norma dell'art. 391. Dovrebbe pertanto teoricamente sopravvivere il potere del procuratore generale di "chiedere che la Corte enunci il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi", ai sensi dell'art. 363, comma 1. Tuttavia, a tal fine sarebbe stato necessario che la p.d.a. fosse comunicata al pubblico ministero, il quale invece ne resta incolpevolmente ignaro.

La giurisprudenza era sempre stata ferma nel ritenere che l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso precludesse la dichiarazione di estinzione, non potendosi rinunciare ad un ricorso inammissibile od improcedibile⁴⁶, salvo andare di contrario avviso nel 2003⁴⁷. L'impedimento di rito non è quindi di ostacolo alla dichiarazione di estinzione, che però nella specie è la conseguenza del mero fatto dell'inazione del ricorrente, non dell'espressa volontà di non coltivare l'impugnazione.

motivata succintamente ed enunciante la soluzione di inammissibilità, di improcedibilità, di infondatezza del ricorso, con la previsione della comunicazione alle parti costituite e l'assegnazione di un termine per la proposizione di un'opposizione motivata ad istanza della parte interessata, da decidersi dal collegio in camera di consiglio ai sensi dell'art. 380 *bis*.1", sotto pena di estinzione (o piuttosto, a mio avviso, di definitività dell'ordinanza, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza denunciata).

⁴⁵ Corte cost., 17 marzo 2023, n. 45, in *Riv. es. forz.*, 2023, p. 655, con nota di R. GIORDANO; in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 251, con nota di G. FANELLI ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630, comma 3, c.p.c., nella parte in cui stabilisce che, contro l'ordinanza che dichiara l'estinzione del processo esecutivo ovvero rigetta la relativa eccezione, è ammesso reclamo al collegio con l'osservanza delle forme di cui all'art. 178, commi quarto e quinto, c.p.c., senza prevedere che al collegio non possa partecipare il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato. E' ipotizzabile che non diversa sorte sarebbe stata riservata alla disposizione che non avesse escluso l'autore della p.d.a. dalla partecipazione al collegio investito dell'eventuale reclamo.

⁴⁶ V. i precedenti citati adesivamente da R. VACCARELLA, *Rinuncia*, cit., p. 979, nt. 120; R. ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. 375, nt. 13, il quale osserva che il principio si fonda "su ragioni inerenti al giudizio di cassazione, tenuto conto del particolare valore da assegnare alla rinuncia in tale giudizio, tanto che alla conseguente dichiarazione di estinzione viene comunemente attribuito valore costitutivo" e non dichiarativo; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 887.

⁴⁷ "Ove la parte che ha proposto ricorso per cassazione vi rinunci, va comunque dichiarata l'estinzione del processo per sopravvenuta rinuncia alla impugnazione, anche qualora il ricorso sia inammissibile, giacché qualunque valutazione sul ricorso presuppone che esso sia in atto, e tanto è escluso dalla rinuncia" (così Cass., 19 febbraio 2003, n. 2492, seguita da Cass., Sez. un., 22 dicembre 2004, n. 23737; Cass., Sez. un., 17 febbraio 2005, n. 3129, in *Foro it.*, 2005, I, c. 206, con nota di C.M. BARONE; Cass., Sez. un., 16 luglio 2008, n. 19514, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2427). *Contra*: Cass., Sez. un., 18 giugno 2008, n. 16528, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2428, che ha dichiarato il ricorso inammissibile nonostante la rinuncia.

L'introduzione di un'ipotesi di estinzione del giudizio di legittimità per inattività del ricorrente non sembra autorizzare la revisione del tradizionale insegnamento secondo il quale la rinuncia al ricorso per cassazione, diversamente dalla rinuncia agli atti del giudizio di merito, "non è operativa di diritto, ma, perché possa produrre effetto, dev'essere dichiarata; mentre cioè l'ordinaria rinuncia opera esclusivamente per volontà delle parti, la rinuncia al ricorso si perfeziona soltanto quando interviene la volontà dell'organo giurisdizionale; il provvedimento relativo non ha dunque contenuto dichiarativo, ma è un accertamento costitutivo della fattispecie giuridica. Se infatti il procedimento si fonda sull'impulso di parte, è prevalente il potere dispositivo privato, e l'organo giurisdizionale è chiamato soltanto a constatare ed a dichiarare la volontà delle parti; se invece si fonda, come il procedimento per cassazione, sull'officiosità dell'impulso processuale, deve l'organo giurisdizionale stabilire, accertando il verificarsi della rinuncia, che non vi è più luogo per l'impulso officioso"⁴⁸. Comunicata al ricorrente la p.d.a., il presidente od il consigliere delegato deve verificare che non sia stata proposta istanza decisoria, prima di dichiarare l'estinzione. La conseguenza della natura costitutiva del provvedimento dovrebbe essere la validità dell'ordinanza che ha nondimeno accolto il ricorso⁴⁹ (nell'improbabile ipotesi che, pur in difetto di rituale istanza del ricorrente, venga fissata l'adunanza camerale davanti al collegio), mentre la decisione di merito, pronunciata successivamente al verificarsi della fattispecie estintiva (e non al suo accertamento), è nulla⁵⁰.

⁴⁸ A. MASSARI, *Rinunzia*, cit., pp. 1172 s. L'opinione era già stata espressa da V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, II, Napoli, 1957, p. 597; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*⁵, agg. da C. Vocino, Milano, 1962, pp. 312 ss.

⁴⁹ Ritene S. SATTA, *Commentario*, cit., II, 2, p. 295 che, se la rinuncia era stata notificata e la causa viene decisa, perché l'atto di parte è irrituale o tardivo, "il rinunciante non possa valersi dell'eventuale accoglimento del ricorso". Obietta P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*³, I, Torino, 1953, p. 555 che la rinuncia intempestiva non ha effetto processuale, ma al più sostanziale (rinuncia al diritto, transazione); conforme V. ANDRIOLI, *Commento*³, cit., II, p. 597.

⁵⁰ L'operatività di diritto dell'estinzione, prevista dall'ultimo comma dell'art. 307, comporta infatti che la relativa dichiarazione retroagisce al tempo in cui si è perfezionata la fattispecie estintiva (ad es., per inutile decorso del termine per la riassunzione del processo interrotto o sospeso: v., anche per citazioni, A. SALETTI, *Estinzione del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 8]. Gli atti processuali nelle more eventualmente compiuti (e quindi tra il verificarsi del fatto estintivo ed il provvedimento dichiarativo dell'estinzione) sono nulli [G. MONTELEONE, *Estinzione (processo di cognizione)*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 137].

Anche il provvedimento che dichiara l'estinzione per rinuncia agli atti viene ritenuto di natura dichiarativa, retroagendo alla data della rinuncia, quando non sia necessaria l'accettazione, o dell'accettazione (per citazioni di dottrina conforme v. F. CUOMO ULLOA, *Dell'estinzione del processo*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, pp. 92 ss.). Un'autorevole opinione è però nel senso della costitutività del provvedimento (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*¹¹, II, Torino, 2017, pp. 263 ss.).

La rilevanza d'ufficio dell'estinzione, reintrodotta dalla novella del 2009, ha privato le parti della disponibilità dell'evento estintivo, perché il giudice non potrà adempiere il suo dovere decisorio, dovendo limitarsi a dichiarare l'estinzione (A. SALETTI, *sub art. 307*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di A. Saletti-B. Sassani, Torino, 2009, pp. 129 s.).

La p.d.a. non impedisce al ricorrente di rinunciare espressamente al ricorso e, con l'adesione della controparte (personalmente od a mezzo del difensore autorizzato con mandato speciale), di ottenere l'esonero dalla possibile condanna alle spese (art. 391, comma 4)⁵¹. Il controricorrente avveduto, infatti, può preferire rinunciare alle spese aderendo alla rinuncia, piuttosto che rischiare il pur improbabile (ma non impossibile) accoglimento del ricorso con ordinanza, resa a seguito dell'istanza decisoria avversaria. La rinuncia è possibile anche dopo che sia stata fissata l'adunanza camerale⁵², purchè prima che abbia avuto inizio (art. 390, comma 1).

Con l'estinzione la decisione - quale che ne sarebbe stato il contenuto - viene evitata, non accelerata. *Rubrica non est lex* ed infatti quella dell'art. 380 *bis* è inappropriata. Infatti, non ha luogo la "decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati" in forma monocratica; il presidente od il consigliere delegato non pronuncia sul ricorso, ma lo valuta esprimendo un'opinione, non diversa dalla proposta che formulerebbe, nel segreto della camera di consiglio, se il ricorso fosse deciso dal collegio.

Si è infatti osservato come l'istituto presenti una qualche analogia con quello dell'opinamento (o sentenza opinata) previsto dall'ordinamento processuale pontificio del 1817 e da quello del Granducato di Toscana del 1814⁵³: veniva redatto un progetto di decisione, sul quale era provocato il contraddittorio delle parti, all'esito del quale era emessa la sentenza⁵⁴. La relazione del consigliere della sesta sezione mutuava questo modello con il riesumare "l'antico istituto dell'opinamento", risolvendosi la relazione "in una vera e propria ordinanza opinata": il progetto di ordinanza esteso dal relatore non vincolava il collegio, il quale - rilevata l'insussistenza della ivi ravvisata ipotesi di inammissibilità, improcedibilità, manifesta infondatezza o manifesta fondatezza - rinviava la causa alla pubblica udienza⁵⁵. Il relatore non era sospettabile di un *deficit* di terzietà, per avere prima espresso il suo opinamento e successivamente partecipato alla camera di consiglio, non essendo configurabile un rapporto impugnatorio in senso lato, ravvisabile solo quando sia adottata una decisione ed il magistrato, che ne è l'autore, partecipi al collegio investito del controllo del provvedimento. "Nel caso in esame la relazione opinata si risolve, invece, in una preventiva ostensione al pubblico ministero ed alle parti delle ragioni di una proposta di definizione della procedura. Ci si muove

⁵¹ B. CAPPONI, *Dei giudici monocratici*, cit., p. 1.

⁵² Cass., Sez. un., 16 luglio 2008, n. 19514.

⁵³ F.S. DAMIANI, *La riforma del giudizio di cassazione*, in AA.Vv., *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, fasc. spec. n. 4/2022 del *Foro it.*, p. 304, nt. 61.

⁵⁴ N. PICARDI, *L'ordinanza "opinata" nel rito camerale in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, pp. 322 ss.; A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, p. 2016.

⁵⁵ N. PICARDI, op. cit., p. 329.

nella logica di evitare sorprese e di sottoporre, quindi, l'opinamento del relatore alla valutazione critica di tutte le parti, critiche che esse potranno esprimere con memorie e con la discussione orale. In tal modo, al centro della decisione del collegio finiscono per essere poste non solo le originarie opinioni consegnate agli atti introduttivi del giudizio di legittimità, ma anche quelle che si saranno criticamente formate nel corso della procedura, contribuendo così a fugare ogni timore di *pre-giudizio*⁵⁶.

Rispetto a questo *iter procedendi*, che finiva con il rendere il procedimento camerale più garantista di quello in pubblica udienza, poiché alle parti veniva anticipatamente comunicata l'*opinione* del relatore⁵⁷, il nuovo istituto presenta tre rilevanti novità: a) la soppressione della discussione in camera di consiglio, possibile, tuttavia, solo fino alla riforma del 2016; b) l'eliminazione della *necessaria* decisione collegiale⁵⁸: la proposta del relatore alla sesta sezione "poteva anche essere il risultato di una superficiale valutazione dell'impugnazione proposta; comunque il collegio aveva il potere-dovere di giudicare" e "non sono stati infrequenti i casi nei quali la relazione non sia stata condivisa dalla decisione e lo stesso relatore abbia rivisto l'opinione espressa"⁵⁹; invece la p.d.a., se non contestata dal ricorrente, può determinare l'estinzione del giudizio di cassazione, senza che il collegio sia investito della decisione del ricorso; c) il regime sanzionatorio applicabile a carico del ricorrente, se risulterà soccombente. Il dato strutturale comune è nondimeno rinvenibile nel rapporto dialogico relatore-ricorrente, il quale viene preventivamente avvertito della proposta che, se il ricorso fosse deciso in camera di consiglio, sarebbe ivi formulata dal primo: una *discovery* che può indurre l'impugnante a desistere, *ad vitanda maiora mala*. Infatti, l'ordinanza collegiale conforme alla p.d.a. può applicare a carico del ricorrente, che abbia infondatamente proposto l'istanza prosecutoria, l'art. 96, commi 3 e 4, e comunque deve dichiararlo tenuto al versamento dell'ulteriore contributo unificato⁶⁰, mentre il ricorrente che si astiene dal chiedere la decisione non rischia le gravose sanzioni ed è esentato dal raddoppio del balzello. La p.d.a. è, quindi, una *proposta di desistenza agevolata*.

⁵⁶ N. PICARDI, op. cit., p. 330.

⁵⁷ A. TEDOLDI, *ibidem*.

⁵⁸ Osserva infatti B. CAPPONI, *Dei giudici monocratici*, cit., p. 2 che la p.d.a. "non ha nulla a che vedere con la proposta di decisione del relatore nel rito camerale, perché non siamo dinanzi a un adempimento che muove verso una decisione collegiale: quel provvedimento, che bypassa il collegio, è già una *decisione in sé*: idonea a chiudere, senza giudicare, il giudizio di legittimità". *Contra*: A. DIDONE, *L'avvocatura e la riforma Cartabia*, in AA.Vv., *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, cit., p. 59, secondo il quale il procedimento accelerato «non ha fatto altro che riesumare la c.d. "ordinanza opinata" di cui all'art. 380 *bis* introdotto con la riforma del 2006 e modificato nel 2009».

⁵⁹ G. COSTANTINO, *Le riforme della giustizia civile*, in *TemI rom.*, 2024, pp. 20 s.

⁶⁰ V. *infra*, n. 3.

Sul punto *sub b*) conviene soffermarsi. La Cassazione ha rilevato che il nuovo testo dell'art. 380 *bis* “parrebbe avere introdotto in effetti una cognizione monocratica nell'ambito della giurisdizione di legittimità”. Nella normativa previgente (come modificata, da ultimo, dalla riforma del 2016) la selezione e decisione dei ricorsi inammissibili, improcedibili, manifestamente fondati o manifestamente infondati era affidata alla sesta sezione civile, “la quale effettuava tale controllo mediante un procedimento che aveva sì una manifestazione monocratica, espressa nella proposta di definizione” ed in precedenza nella relazione, “ma le attribuiva solo il valore di un mero opinamento, insuscettibile di gravare il ricorrente di alcunché. Formulata la proposta, infatti, veniva fissata automaticamente adunanza camerale ed il collegio procedeva alla decisione, mantenendo il pieno potere di esaminare il ricorso anche disattendendo l'opinamento, pur in assenza di contestazione con memoria da parte del ricorrente”. La collegialità della decisione era quindi assicurata dall'adunanza camerale⁶¹.

Invece, il nuovo istituto «si connota per una logica procedimentale innovativa e diversa, ma anche questa - nonostante la lettera, svincolandola dal quadro sistemico, potrebbe apparire compatibile con il contrario - non incide sull'essenza collegiale della giurisdizione di legittimità. La proposta di c.d. definizione accelerata del giudizio, non diversamente dalla previgente proposta (e altresì dalla relazione, che l'aveva preceduta nel tessuto normativo), continua, infatti, a rappresentare un mero opinamento del relatore proponente, privo di valore decisionale, il *novum* essendo rappresentato unicamente dalla richiesta del legislatore di una interlocuzione della parte. Questa rimane *domina* effettiva dell'impulso di definizione del giudizio secondo due alternative: a) la prima è quella che consegue all'omessa richiesta di decisione della Corte, così compendosi, con il silenzio serbato nel termine previsto, una manifestazione tacita di rinuncia al ricorso, la quale segue la sorte procedimentale dell'ordinaria manifestazione di rinuncia espressa disciplinata negli artt. 390 e 391 c.p.c. e comporta la definizione del giudizio non come indicato nella proposta, bensì appunto per sostanziale rinuncia tacita al ricorso, certamente indotta dal tenore della proposta stessa ma altrettanto certamente non considerabile come “decisione” sul “merito” del ricorso e, dunque, come decisione monocratica; b) la seconda è invece rappresentata da una mera istanza, non motivata, di decisione, la quale di per sé provoca la decisione della Corte. E' vero che questa istanza deve essere compiuta entro un termine perentorio ed accompagnata dal rilascio di una nuova procura, ma queste sono condizioni della sua ritualità, che, qualora non si osservino, conducono il ricorso a una sorte che non può essere quella normativamente assegnata al

⁶¹ Cass., 15 novembre 2023, n.31839, in motivazione, § 2.

silenzio della parte, cioè alla mera assenza d'istanza di definizione», cui segue il decreto monocratico di estinzione, ma impone la decisione con ordinanza collegiale⁶².

In definitiva, la p.d.a. non consuma il potere decisorio della Corte; non è un provvedimento che definisce il giudizio, per motivi di rito o di merito, in senso sfavorevole al ricorrente, né costituisce una *provocatio ad opponendum*, secondo la struttura del rito monitorio; la richiesta di decisione non è un reclamo al collegio, in assenza del quale diventa definitivo l'atto monocratico, ma un atto d'impulso che investe il collegio della decisione del ricorso; l'istante non ha l'onere di motivare la richiesta, né quindi la cognizione collegiale è circoscritta alle doglianze del ricorrente contro la p.d.a., ma si estende all'esame (non pregiudicato dalla proposta) dei motivi dell'impugnazione. La proposta è un opinamento circa l'infausta sorte del ricorso, che appaia inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato, con l'implicita riserva di una diversa valutazione da parte del collegio, se richiesto dall'impugnante di provvedere⁶³.

È sorta questione circa la legittimità della partecipazione al collegio, assegnatario del ricorso a seguito dell'istanza di parte, dell'autore della proposta, paventandosi il difetto di terzietà ed imparzialità del magistrato, il quale sarebbe gravato da un pregiudizio, tale da imporgli di astenersi dal concorrere a pronunciare l'ordinanza definitiva. Le sezioni unite, cui la questione è stata rimessa dalla Prima Presidente con provvedimento del 18 settembre 2023⁶⁴, l'hanno invece risolta, conformemente alle conclusioni del procuratore generale ed in dissenso dalla pressoché unanime dottrina⁶⁵, nel senso che il presidente della sezione od il consigliere delegato che ha formulato la p.d.a. può partecipare - ed eventualmente essere nominato relatore - al collegio investito della definizione del giudizio ai sensi dell'art. 380 *bis*.1 c.p.c., "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". La decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta della

⁶² Cass., 15 novembre 2023, n.31839, in motivazione, § 3.

⁶³ Per un'analoga ricostruzione v. F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*3, Bologna, 2023, pp. 383 s., secondo il quale "l'opinamento del relatore (...) altro non è se non una *prognosi* (più che una proposta)", che dovrebbe, in quanto infausta, "provocare la desistenza della parte". L'eventuale richiesta di decisione da parte del ricorrente, destinatario, della p.d.a., "non è configurabile come una sorta di opposizione o impugnazione avverso la proposta del relatore".

⁶⁴ Commentato da 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, 2 ottobre 2023.

⁶⁵ Con l'eccezione di F. NICOLAI, *Sulla partecipazione dell'estensore della proposta di definizione accelerata ex art. 380-bis c.p.c. all'adunanza in camera di consiglio*, in www.judicium.it, 14 febbraio 2024.

parte ricorrente «non 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 di definizione accelerata, e non può dunque tramutarsi in “meccanismo di reiterazione provvedimentoale”. Tale proposta non rivela una 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, cioè, a “due decisioni” sulla stessa causa, rimanendo unico il convincimento decisorio espresso nel provvedimento finale reso ai sensi dell'art. 380 *bis*.1 c.p.c. Che l'ordinanza del collegio debba avere ad oggetto la decisione sul ricorso e non la legittimità della proposta di definizione anticipata è ulteriormente confermato dal generico rinvio operato dal terzo comma dell'art. 380 *bis* al procedimento in camera di consiglio, ove si accorda alle parti soltanto la facoltà di depositare sintetiche memorie illustrative inerenti alle censure già proposte. La considerazione che non si apre, invece, un apposito contraddittorio sulla proposta di definizione del giudizio, consentendo o richiedendo alle parti di prendere posizione su di essa, appare in linea con la constatazione che la medesima proposta non entra innovativamente nell'oggetto del processo di cassazione, né può in alcun modo essere posta dal collegio a fondamento della decisione. La proposta di cui al vigente art. 380 *bis* c.p.c. realizza un assetto meramente strumentale e interinale, e rimane, quindi, prodromica alla decisione conclusiva che spetta al collegio; se ad essa non segue la richiesta di cui al secondo comma, il giudizio viene definito dal decreto che dichiara l'estinzione del giudizio emesso a norma dell'art. 391 c.p.c. (il che ne spiega la forma monocratica), e non con una statuizione confermativa della inammissibilità, della improcedibilità o della manifesta infondatezza del ricorso ipotizzate dal proponente»⁶⁶.

Il collegio, secondo questa ricostruzione, non statuisce in sede *lato sensu* impugnatoria su una sorta di reclamo del ricorrente contro la p.d.a. Invero, se il ricorrente presta acquiescenza, il giudizio di legittimità non è definito dalla proposta, ma dal successivo decreto che dichiara l'estinzione del processo, tanto che la proposta non contiene la liquidazione delle spese: laddove, se avesse natura di provvedimento conclusivo, dovrebbe provvedere a norma dell'art. 91. Nei casi previsti dagli artt. 183 *ter* e 183 *quater*, invece, è l'ordinanza non reclamata a definire il giudizio (rispettivamente con l'accoglimento od il rigetto della domanda), sia pure senza l'autorità di cui all'art. 2909 c.c., ed a liquidare le spese; il giudice non può partecipare al collegio investito del reclamo, né, se questo è accolto, continuare ad esercitare le sue funzioni nel giudizio, che prosegue davanti ad altro magistrato.

⁶⁶ Cass., Sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, in *Foro it.*, 2024, I, c. 1832, con nota di F.S. DAMIANI; in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2024, p. 817, con nota di F. SAVINO.

2. L'istanza prosecutoria e la nuova procura speciale

Nel testo redatto dalla commissione ministeriale l'art. 380 *bis* prevedeva che, se “nessuna delle parti” avesse chiesto la fissazione della camera di consiglio nel termine di venti giorni dalla comunicazione della p.d.a., il ricorso si sarebbe inteso rinunciato: ed in senso conforme disponeva l'art. 1, comma 9, lett. e), n. 3 della legge delega. Il decreto delegato, invece, ha elevato il termine a quaranta giorni, altresì individuando nel ricorrente l'unica parte legittimata a chiedere la decisione. La previsione appare ragionevole, non potendo la rinuncia – benchè, come nella specie, legalmente presunta - che provenire dal ricorrente; la rinuncia all'impugnazione, diversamente da quella agli atti del giudizio, non richiede l'accettazione del convenuto avente interesse alla prosecuzione; ed anche ammesso, concessivamente, che il controricorrente fosse legittimato a chiedere la decisione, non vi avrebbe interesse, non potendo conseguire un risultato diverso ed ulteriore rispetto a quello assicuratosi dal decreto di estinzione: ed invero il giudicato sulla sentenza impugnata, a lui favorevole, si forma quale che sia la forma del provvedimento che disattende, per ragioni di rito o di merito, il ricorso.

Il termine non è espressamente dichiarato perentorio dall'art. 380 *bis*, comma 2⁶⁷ e deve pertanto ritenersi ordinatorio, a norma dell'art. 153, comma 2. E' prorogabile prima della scadenza, su motivata istanza del difensore (ad es., in ragione dell'oggettiva impossibilità di informare il cliente, affetto da impedimento assoluto e privo di amministratore di sostegno). La proroga non può eccedere la durata originaria di quaranta giorni; una proroga ulteriore esige “motivi particolarmente gravi” (art. 154)⁶⁸. Se invece si ritiene che il termine sia perentorio, il ricorrente, il quale abbia tardivamente depositato l'istanza, può beneficiare della rimessione *ex art.* 153, quando provi la causa impediente a lui non imputabile (ad es., comprovato malfunzionamento del sistema informatico il giorno della scadenza)⁶⁹. Il termine,

⁶⁷ F. DE STEFANO, *La riforma*, cit., § 10.1.

⁶⁸ “I termini processuali aventi natura ordinatoria non sono suscettibili di essere violati senza conseguenze, potendo essere abbreviati o prorogati, solo per una volta, a condizione che la richiesta di proroga sia fondata su un giustificato motivo e sia formulata prima della relativa scadenza” (Cass., 28 agosto 2023, n. 25369). La scadenza del termine ordinatorio comporta i medesimi effetti preclusivi di quella del termine perentorio (Cass., 14 marzo 2022, n. 8113).

⁶⁹ “L'istituto della rimessione in termini non ha nulla a che vedere con la proroga dei termini, e anzi ha per presupposto l'impossibilità giuridica di quella. La proroga, infatti, è prevista dalla legge solo per i termini ordinari; solo prima della scadenza, e solo per motivi particolarmente gravi. Con essa, il giudice accorda alla parte interessata un differimento della scadenza del termine per il compimento dell'atto processuale. La rimessione in termini è istituto ben diverso: essa ha per presupposto la decadenza incolpevole da un adempimento processuale, e non differisce il termine già fissato, ma rimette la parte interessata nella medesima posizione in cui si sarebbe trovata, se il primo termine inutilmente scaduto non fosse mai stato fissato. La proroga, dunque, evita una decadenza, mentre la rimessione in termini sana *ex tunc* una decadenza già verificatasi. Non è, dunque, corretta l'affermazione del giudice di merito, secondo cui tutti i termini perentori sono prorogabili ai sensi del novellato art. 153, comma 2, c.p.c.” (Cass., 10 dicembre 2019, n. 32136).

quale che ne sia la natura, è comunque soggetto a sospensione feriale, salvo che il ricorso verta su materia che vi resta sottratta (controversie di lavoro, opposizioni esecutive ecc.).

La richiesta – che non può essere formulata in via surrogatoria dai creditori del ricorrente, non applicandosi l'art. 2900 c.c. al giudizio di cassazione⁷⁰ - deve contenere l'indicazione del ricorso e della proposta che ne ha ravvisato l'inammissibilità, l'improcedibilità o la manifesta infondatezza⁷¹. Proprio perché non è un reclamo, ma un mero atto d'impulso, non deve contenere l'enunciazione dei motivi di dissenso del ricorrente dalla p.d.a.⁷². Con l'istanza "il ricorrente deve limitarsi a chiedere la definizione della causa e non può inserirvi altri contenuti estranei allo scopo, dei quali non potrà tenersi conto"⁷³. Il deposito della memoria ex art. 378 non è equiparabile all'istanza di decisione del ricorso richiesta dall'art. 380 *bis*, difettando dei requisiti di forma e di sostanza⁷⁴.

Il difensore, ricevuta comunicazione della p.d.a., deve senza ritardo informarne il cliente e, a discarico delle sue responsabilità civile e disciplinare, procurarsi dichiarazione a firma della parte assistita che, resa edotta del contenuto della proposta e degli oneri derivanti dall'eventuale ordinanza collegiale conforme, manifesta la volontà di chiedere la decisione ovvero di non coltivare il ricorso. Il patrono è tenuto al risarcimento del danno se chiede la decisione, pur in assenza di istruzioni in tal senso da parte del cliente, che subisce l'applicazione dell'art. 96 ed il raddoppio del contributo unificato; ma è civilmente responsabile anche se, non avendo informato il cliente od avendone disatteso le istruzioni, non chiede la decisione, qualora il cliente provi che il ricorso, se diligentemente coltivato, sarebbe stato accolto⁷⁵. Il difensore è discaricato da responsabilità qualora l'assistito,

⁷⁰ Ne convengono dottrina (G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, pp. 399 ss.) e giurisprudenza (Cass., 31 agosto 2020, n. 18105; Cass., 17 aprile 2013, n. 9233; Cass., 7 ottobre 1997, n. 9747, in *Foro it.*, 1998, I, c. 503).

⁷¹ G. COSTANTINO, *Le riforme*, cit., p. 20.

⁷² "La richiesta di definizione del ricorso ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c. non deve essere motivata; tuttavia, il Collegio deve comunque valutare se condividere le ragioni della proposta, essendo necessario, in caso contrario, esprimere una diversa valutazione e rendere una decisione motivata" (Cass., 9 luglio 2024, n. 18780).

⁷³ Cass., 27 marzo 2024, n. 8303. Nella specie, la S.C. non ha tenuto conto di quella parte dell'istanza contenente apprezzamenti giuridici, tali da renderla una sorta di integrazione del ricorso o di memoria atipica, anteriore alla fissazione della trattazione della causa, anziché successiva.

⁷⁴ Cass., 29 gennaio 2024, n. 2614. Nella specie, il ricorrente depositava memoria immediatamente dopo la comunicazione della p.d.a., senza allegare procura speciale, né chiedere che il ricorso fosse deciso; l'atto non conteneva neppure il riferimento alla proposta. La Corte ha escluso di poter riqualificare la memoria come istanza ex art. 380 *bis*, comma 2, sul rilievo che "difetta, in essa, ogni valutazione, benché implicita, circa il possibile e ventilato esito infausto del ricorso, con il conseguente elemento volitivo del ricorrente circa la richiesta di decisione del merito cassatorio che - nonostante la proposta di definizione accelerata - compete a questa Corte".

⁷⁵ "Non costituisce un interesse giuridicamente tutelabile quello a proporre una impugnazione infondata; ne consegue che la tardiva proposizione, da parte dell'avvocato, di un appello privo di ragionevoli probabilità di accoglimento non costituisce per

tempestivamente notiziato, non fornisca istruzioni entro congruo termine. Se il cliente è deceduto, la difficoltà di individuare e reperire gli eredi può costituire motivo di proroga del termine per il deposito della richiesta.

“L'istanza di decisione, tempestivamente presentata da uno solo dei litisconsorti necessari, comporta che il processo litisconsortile, in virtù dell'inscindibilità delle cause, debba essere trattato nelle forme camerali di cui all'art. 380 *bis*.1 c.p.c. anche nei confronti degli altri litisconsorti che non abbiano presentato analoga istanza, potendo tale circostanza rilevare unicamente in relazione alle conseguenze sanzionatorie eventualmente discendenti dalla conformità della decisione finale alla proposta”⁷⁶. Il litisconsorte che abbia prestato acquiescenza alla proposta, infatti, non può subire l'applicazione del terzo e del quarto comma dell'art. 96. Il processo di impugnazione, tuttavia, non può essere dichiarato estinto nei confronti dell'acquiescente e definito con il rito camerale (anche con l'accoglimento del ricorso) nei confronti dell'istante: si pensi all'accertamento del carattere simulato o fraudolento di un atto dispositivo. L'inerzia di un litisconsorte non ha pertanto il valore di rinuncia tacita al ricorso: anche la rinuncia espressa sarebbe inefficace, non provenendo da tutti i litisconsorti⁷⁷. In definitiva, il collegio, richiesto di provvedere da parte di uno solo dei ricorrenti, pronuncia ordinanza con la quale statuisce sul ricorso anche nei confronti del litisconsorte acquiescente alla p.d.a.; se conferma la proposta, può condannare il solo istante al pagamento in favore del controricorrente di un'ulteriore somma equitativamente liquidata nonché al versamento della sanzione alla cassa delle ammende, dichiarandolo altresì soggetto al raddoppio del contributo unificato; il ricorrente che non ha chiesto la decisione può essere invece condannato alle spese, in solido con l'istante, come lo sarebbe stato se fosse stata dichiarata l'estinzione del giudizio di legittimità.

In caso di litisconsorzio facoltativo, invece, è concepibile la decisione separata nei confronti del ricorrente istante e di quello acquiescente. Si consideri l'obbligazione solidale ad interesse unisoggettivo, come quella del fideiussore e del debitore principale condannati in favore del creditore: i coobbligati ricorrono contro la sentenza di condanna con unico ricorso, del quale viene proposto il rigetto per manifesta infondatezza; il solo fideiussore presenta istanza prosecutoria; la Corte deve dichiarare estinto il giudizio nei confronti del debitore principale e

il cliente un danno risarcibile, e non fa sorgere per l'avvocato un obbligo risarcitorio, nemmeno sotto il profilo della perdita della *chance* della mera partecipazione al giudizio di impugnazione” (Cass., 13 settembre 2024, n. 24670).

⁷⁶ Cass., 6 ottobre 2023, n. 28219.

⁷⁷ “La situazione di litisconsorzio necessario comporta l'automatica inscindibilità della controversia in sede di impugnazione ed implica che la rinuncia del ricorrente al ricorso per cassazione verso uno degli intimati non può produrre i tradizionali effetti propri della rinuncia, e cioè l'effetto di giustificare una decisione conseguente sul ricorso limitatamente al relativo rapporto processuale, giacché la decisione della controversia non può che riguardare tutte le parti” (Cass., 19 febbraio 2008, n. 4177; *adde* Cass., 14 ottobre 2005 n. 19968; Cass. 16 febbraio 1994 n. 1502).

pronunciare ordinanza nei confronti del garante; se ne accoglie il ricorso, cassando senza rinvio la sentenza impugnata con rigetto nel merito della domanda del creditore, l'obbligato principale non può giovare del giudicato favorevole, perché l'art. 1306 c.c. va coordinato con i limiti soggettivi del giudicato; il condebitore che non coltiva il ricorso, conseguentemente dichiarato estinto, è come se non avesse impugnato la sentenza di condanna⁷⁸.

L'istanza decisoria proposta anche da un solo ricorrente preclude l'emissione del decreto definitorio monocratico ex art. 391 nei confronti dei litisconsorti acquiescenti. L'autore della p.d.a. non ha, infatti, il potere di pronunciare un'estinzione soggettivamente parziale. Va pertanto fissata l'adunanza camerale, all'esito della quale il collegio pronuncia sul ricorso nei confronti della parte istante e dichiara l'estinzione del giudizio di cassazione nei confronti degli altri impugnanti⁷⁹.

⁷⁸ "L'obbligazione solidale, pur avendo a oggetto un'unica prestazione, dà luogo non a un rapporto unico e inscindibile, ma a rapporti giuridici distinti, anche se fra loro connessi, e, potendo il creditore ripetere da ciascuno dei condebitori l'intero suo credito, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, il quale può utilmente svolgersi nei confronti di uno solo dei coobbligati. Deriva da quanto precede, pertanto, che la mancata impugnazione, da parte di un coobbligato solidale, della sentenza di condanna pronunciata verso tutti i debitori solidali, che, pur essendo formalmente unica, consta di tante distinte pronunce quanti sono i coobbligati con riguardo ai quali essa è stata emessa, comporta il passaggio in giudicato della pronuncia concernente il debitore non impugnante esclusivamente con riferimento a lui, mentre il passaggio in giudicato di detta pronuncia rimane poi insensibile, proprio per effetto dell'avvenuta scissione del rapporto processuale, all'eventuale riforma o annullamento delle decisioni inerenti agli altri coobbligati o, come nel caso di specie, alla rinuncia del creditore alla domanda formulata nei confronti degli altri condebitori solidali" (Cass., 15 gennaio 2020, n. 542). "Proposto ricorso per cassazione da uno dei condebitori solidali, gli altri, per i quali sia ormai decorso il termine, non possono giovare dell'impugnazione incidentale tardiva" (Cass., Sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23903, in *Giur. it.*, 2022, p. 1382, con nota di C. CONSOLO).

⁷⁹ Per un precedente in tal senso v. Cass., 9 settembre 2024, n. 24144, della quale conviene riportare la motivazione sul punto. "1. Preliminarmente rileva il Collegio che quattro degli originari ricorrenti (B.B., C.C., D.D., E.E.), dopo la notifica al loro difensore della proposta di definizione accelerata ex art. 380 *bis* c.p.c., non risultano avere proposto l'istanza di decisione di cui all'art. 380 *bis*, secondo comma, c.p.c., né risultano avere conferito al loro difensore la nuova procura richiesta dalla norma appena ricordata. 1.1. Ricorrendo tale ipotesi (giudizio litisconsortile nel quale sia formulata una proposta di definizione accelerata, a fronte della quale soltanto alcuni degli originari ricorrenti domandino la decisione, ex art. 380 *bis*, secondo comma, c.p.c.), rileva il Collegio in primo luogo che correttamente non fu pronunciato decreto di estinzione immediato, ex art. 391 c.p.c., rispetto a chi non presentò istanza di decisione. Una simile pronuncia infatti avrebbe avuto per presupposto la separazione delle domande ex art. 103 c.p.c., provvedimento che non solo è di competenza del Collegio, ma sarebbe stato per di più inibito dall'obbligo di riunire e decidere contestualmente le impugnazioni proposte contro la medesima decisione, previsto dall'art. 335 c.p.c. Il mancato deposito dell'istanza di decisione da parte di alcuni soltanto dei ricorrenti nelle cause litisconsortili, tuttavia, se non consente la separazione delle impugnazioni (e quindi non incide sulla forma della decisione che la Corte deve adottare), produce tuttavia l'effetto estintivo (incide, cioè, sul contenuto della decisione che la Corte deve adottare) in tutti i casi in cui la sentenza, se pronunciata nei confronti di alcuni soltanto dei ricorrenti, non sia per ciò solo *inutiliter data*: e dunque nei giudizi in cui non vi sia litisconsorzio necessario anche solo processuale. 1.2. Nel caso di specie, tuttavia, tra gli originari 23 ricorrenti non vi era litisconsorzio necessario neppure processuale, ma solo una ipotesi di connessione per il titolo, precisamente per parziale identità di esso, tra le relative domande, ex art. 103 c.p.c. (...). Vi era, dunque, una situazione di litisconsorzio facoltativo, vertendosi in un cumulo di pretese risarcitorie per diritti riferibili a ciascuno degli attori, aventi solo, come detto, in comune una parte della fattispecie costitutiva. Da quanto esposto consegue

Se l'istanza non è corredata di procura speciale o risulta tardivamente proposta, va comunque fissata l'adunanza camerale. La richiesta non può essere considerata *tamquam non esset*: la legge non ammette che il presidente della sezione, rilevata l'inosservanza della forma e del termine per la proposizione della richiesta, confermi il decreto, ma gli impone di seguire il rito di cui all'art. 380 *bis*.1, fissando la camera di consiglio, della quale va data comunicazione ai difensori ed al pubblico ministero almeno sessanta giorni prima dell'adunanza, nella quale il collegio, previa declaratoria di inammissibilità della richiesta, definisce il giudizio con ordinanza, in conformità alla proposta e quindi con la formula ivi prevista. La dichiarazione di estinzione, con decreto monocratico, presuppone l'inerzia assoluta del ricorrente. La legge non prevede, d'altronde, un provvedimento collegiale dichiarativo dell'estinzione, per tardività od irritalità della richiesta. Va quindi emessa ordinanza, con applicazione dell'art. 96, commi 3 e 4, a carico del ricorrente, benchè non abbia conferito nuova procura speciale⁸⁰. Pertanto, non opera nella specie il principio secondo il quale, ove il ricorso sia stato proposto da difensore privo di procura, la condanna alle spese va emessa a carico dell'avvocato e non della parte da costui asseritamente rappresentata⁸¹.

Qualora, nonostante l'istanza di decisione, il presidente od il consigliere delegato dichiarino l'estinzione, il decreto sarà impugnabile con la revocazione *ex art. 391 bis* per errore di fatto (stante il *deficit* percettivo dell'estensore, non avvedutosi della richiesta)⁸², "nel termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione ovvero di sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento". Secondo l'interpretazione letterale, la revocazione potrebbe essere chiesta anche a seguito della notifica eseguita oltre il semestre dalla pubblicazione. Ma la norma va coordinata con l'art. 327, comma 1, che dichiara inammissibile la revocazione per il motivo di cui all'art. 395, n. 4 (l'unico deducibile contro i provvedimenti della S.C.) quando, "indipendentemente dalla notificazione", sono trascorsi sei mesi dal giorno in cui il provvedimento è stato reso pubblico. Quindi il decreto inficiato da errore di fatto va impugnato

che rispetto a B.B., C.C., D.D. e E.E. il giudizio deve essere dichiarato estinto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 380 *bis*.1 e 391 c.p.c.". Nel dispositivo la Corte "dichiara estinto il giudizio di legittimità nei confronti di B.B., C.C., D.D., E.E.", mentre accoglie parzialmente il ricorso, cassando in via sostitutiva la pronuncia impugnata, nei confronti degli altri ricorrenti, compensando le spese. Non vengono adottate le statuizioni previste dall'art. 380 *bis*, comma 3, stante la difformità della decisione dalla proposta.

⁸⁰ Cass., 15 novembre 2023, n. 31839.

⁸¹ V., *ex multis*, Cass., 16 maggio 2024, n. 13728; Cass., 7 aprile 2023, n. 9542.

⁸² Anche C. Besso, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 2023, p. 478 individua nella revocazione "il rimedio avverso l'erronea declaratoria di estinzione (ad esempio perchè la decisione è stata richiesta o non lo è stata per mancanza o vizi della comunicazione della proposta)". Anche la Prima Presidente, nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023*, cit., p. 36, premesso che se non è chiesta la decisione il ricorso viene dichiarato estinto, nota che, "per l'ipotesi di erronea dichiarazione di estinzione, è stata introdotta la specifica ipotesi di cui all'art. 391 *bis*, primo comma, c.p.c., rimedio, tuttavia, percorribile per le sole fattispecie di errore materiale o di calcolo e/o revocatorio".

con la revocazione entro sessanta giorni dalla notifica e comunque non oltre sei mesi dal deposito in cancelleria.

Le sezioni unite hanno invece individuato nell'istanza *ex art. 391* l'unico rimedio esperibile contro il decreto erroneamente pronunciato, disapplicando l'*art. 391 bis*. «La previsione secondo cui "la Corte provvede ai sensi dell'*art. 391*" comporta l'operatività altresì del terzo comma di tale norma, in forza del quale "(i)l decreto ha efficacia di titolo esecutivo se nessuna delle parti chiede la fissazione dell'udienza nel termine di dieci giorni dalla comunicazione". Tale richiesta, da svolgersi nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto, 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»⁸³. A mio avviso, con la richiesta di cui all'*art. 391*, comma 3, la parte che vi ha interesse può chiedere soltanto che la liquidazione delle spese, contenuta nel decreto estintivo, sia rivista dal collegio, in quanto viziata per eccesso o per difetto in relazione al valore della causa, il cui inesatto apprezzamento non costituisce motivo di revocazione, risolvendosi in un errore di giudizio e non di fatto⁸⁴. Con l'istanza il ricorrente non può invocare, per contro, la decisione sul merito del ricorso, essendo già inutilmente decorso il termine di quaranta giorni dalla comunicazione della p.d.a.⁸⁵

Non può essere impugnato con la revocazione il decreto che abbia dichiarato l'estinzione sulla base di una proposta affetta da errore di fatto (ad es., per avere opinato improcedibile un ricorso depositato, invece, tempestivamente). In questo caso il ricorrente ha infatti l'onere di chiedere la decisione, censurando l'errore con la memoria depositata prima dell'adunanza camerale. La p.d.a. non è un provvedimento, ma una proposta di provvedimento e, come tale, non è autonomamente impugnabile⁸⁶.

Si è dato il caso in cui il ricorrente, ricevuta comunicazione della proposta in data 8 marzo 2023, chiedeva la decisione inviando l'istanza il 2 maggio successivo mediante posta elettronica certificata, anziché depositarla nel fascicolo. Con decreto 11 luglio 2023 il presidente, sulla

⁸³ Cass., Sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, in motivazione, § 12.

⁸⁴ Cass., 19 maggio 2023, n. 13810.

⁸⁵ Cass., 12 luglio 2024, n. 19234.

⁸⁶ "In tema di giudizio di cassazione, l'errore revocatorio che si assume inficiare la relazione depositata in cancelleria ai sensi dell'*art. 380 bis* c.p.c., nella sua formulazione – applicabile *ratione temporis* – anteriore alle modifiche apportategli dal d.l. n. 168 del 2016 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 197 del 2016), non può essere dedotto con ricorso per revocazione dalla parte che non lo abbia denunciato con la memoria oppure all'atto della comparizione all'adunanza per essere sentita, giacché tale omissione è da ritenere, alternativamente, sintomatica del fatto che la parte o ha dato causa a tale errore, ovvero ha rinunciato tacitamente a prospettarlo" (Cass., 17 febbraio 2017, n. 4288).

(erronea) premessa che l'istanza non fosse stata proposta, dichiarava l'estinzione. Con atto del 24 luglio 2023 il difensore del ricorrente domandava la revoca del provvedimento di estinzione del giudizio, rilevando l'avvenuto tempestivo deposito dell'istanza di decisione del ricorso a seguito dell'emissione della relativa proposta di definizione anticipata. La Corte ha dichiarato inammissibile l'istanza, siccome proposta tardivamente, decorso il termine di dieci giorni previsto dall'art. 391, ulteriormente rilevando "l'assoluta legittimità del provvedimento di estinzione del processo emesso in data 11 luglio 2023, avendo il ricorrente trascurato di depositare in via telematica (secondo le norme processuali allora vigenti) l'istanza di decisione successiva all'emissione della proposta di definizione anticipata del ricorso, essendosi unicamente limitato a trasmetterla tramite posta elettronica certificata"⁸⁷.

La correzione del decreto dichiarativo dell'estinzione per errori materiali o di calcolo (ad es., nell'indicazione delle parti o nella liquidazione delle spese)⁸⁸, o per omessa pronuncia sull'istanza di distrazione delle spese in favore del procuratore antistatario, invece, può essere disposta anche d'ufficio in ogni tempo.

A seguito dell'istanza il ricorso viene deciso con il rito camerale. Le sezioni unite hanno dichiarato manifestamente infondata "la questione di legittimità costituzionale - in relazione agli artt. 24, 103, 111, 113 e 117 Cost., nonché all'art. 47 della Carta dei diritti dell'UE ed agli artt. 6 e 13 CEDU - dell'art. 380 *bis*, comma 3, c.p.c., nella parte in cui stabilisce che, nel procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, in conseguenza dell'istanza di decisione avanzata dal ricorrente, la Corte procede in camera di consiglio, anziché in pubblica udienza, perché la trattazione camerale soddisfa esigenze di celerità e di economia processuale, costituisce un modello processuale capace di assicurare un confronto effettivo e paritario tra le parti (ed è espressione non irragionevole della discrezionalità riservata al legislatore nella conformazione degli istituti processuali), garantisce la partecipazione del procuratore generale (con la prevista facoltà di rassegnare conclusioni scritte) e non vulnera l'essenza collegiale della giurisdizione di legittimità (non avendo la proposta carattere decisorio, né di anticipazione di giudizio da parte del relatore)"⁸⁹.

⁸⁷ Cass., 15 aprile 2024, n. 10131. Nel dispositivo, la Corte ha dichiarato inammissibile l'istanza, condannando il ricorrente al pagamento delle spese dell'incidente ex art. 391, oltre al raddoppio del contributo unificato.

⁸⁸ L'errore commesso dal giudice nella liquidazione delle spese anticipate è infatti emendabile ex art. 287 (Cass., 22 maggio 2023, n. 14006). L'erronea applicazione della tariffa, invece, è motivo di opposizione al decreto di estinzione, da proporre nel termine previsto dall'art. 391, comma 3.

⁸⁹ Cass., Sez. un., 12 luglio 2024, n. 19293.

L'art. 3, comma 4, lett. n), d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164⁹⁰ (nel prosieguo, "decreto correttivo"), recependo il parere favorevole con osservazioni espresso il 6 agosto 2024 dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, ha provvidenzialmente soppresso la necessità che l'istante si munisca di una nuova procura speciale, "al fine di non aggravare la parte e il suo difensore". La prescrizione, già contenuta nell'art. 380 *bis*, comma 2, aveva dato luogo ad interminabili discussioni. La dottrina aveva criticamente osservato che «la proposta del relatore determina, *ipso jure*, l'estinzione del mandato conferito dalla parte al difensore, aggiungendo alle ipotesi elencate nell'art. 1722 c.c. quella della incapacità del mandatario di "eseguire il mandato con la diligenza" da esso richiesta: la richiesta al mandante di una nuova procura implica il riconoscimento della causa dall'estinzione della prima procura e la richiesta di una nuova manifestazione, da parte del cliente, di fiducia nel proprio avvocato»⁹¹. Poteva tuttavia ipotizzarsi la sussumibilità della fattispecie nell'art. 1710, comma 2, c.c., in forza del quale "il mandatario è tenuto a rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato". La p.d.a. sottintende (e talora esplicita) una censura nei confronti del difensore, che ha proposto un ricorso inammissibile o manifestamente infondato, o che con la sua inerzia ne ha determinato l'improcedibilità: giudizio negativo che potrebbe indurre il cliente a revocare il mandato, sostituendo il difensore.

L'abrogazione si applica, al pari delle altre disposizioni del decreto correttivo, "ai procedimenti introdotti successivamente al 28 febbraio 2023" (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 164/2024). A commento della norma transitoria, la relazione dichiara salvi "il principio di irretroattività della legge e quello secondo cui *tempus regit actum*, per cui gli atti e i provvedimenti già depositati alla data di efficacia del presente decreto saranno regolati dalle norme anteriormente vigenti, e solo le attività processuali poste in essere successivamente, anche se in procedimenti già pendenti, saranno regolate dalle nuove disposizioni". Dovrebbe pertanto restare salva la necessità della procura speciale a corredo delle richieste di decisione depositate prima della data di entrata in vigore del decreto correttivo (26 novembre 2024). Inoltre, poiché l'art. 380 *bis* si applica anche ai ricorsi pendenti alla data del 1° gennaio 2023, quando non risulti già fissata l'adunanza camerale o l'udienza pubblica (art. 35, comma 6, d.lgs. n. 149/2022), la procura speciale è necessaria anche con riferimento ai ricorsi notificati fino al 28 febbraio 2023. Le osservazioni che seguono concernono, pertanto, le sole ipotesi in cui continua ad applicarsi la norma abrogata.

⁹⁰ Pubblicato nella Gazz. uff. 11 novembre 2024, n. 264, in vigore dal 26 successivo.

⁹¹ R. VACCARELLA, *Note sull'art. 380 bis c.p.c.*, in www.judicium.it, 3 ottobre 2023, pp. 2 s.

Le sezioni unite hanno escluso che la nuova procura speciale a corredo dell'istanza di decisione, di cui all'art. 380 *bis*, comma 2, vada conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata (benché non contemplata fra gli atti di cui al terzo comma dell'art. 83 c.p.c.). "Non si tratta, invero, di nuova procura alle liti, ma di procura a compiere, nell'interesse del ricorrente, uno specifico ed eventuale atto del processo di cassazione, il cui espletamento sollecita non soltanto l'adempimento dei doveri di informazione verso il cliente incombenti sull'avvocato nel contesto della disciplina sostanziale che regola il rapporto interno relativo al conferimento dell'incarico, ma onera altresì la corte di verificare la diretta riferibilità alla parte della peculiare attività processuale svolta in tale segmento dal difensore"⁹². L'istanza sottoscritta dal difensore del ricorrente, pur necessitando di nuova procura speciale, "ha, dunque, soltanto effetto dichiarativo del permanente interesse alla decisione del ricorso già incardinato nel processo mediante la richiesta di cassazione della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c."⁹³. Ed a sussidio di tale conclusione le sezioni unite citano la relazione ministeriale, che definisce l'istanza di decisione come necessario "atto di impulso processuale che coinvolga personalmente la parte ricorrente"⁹⁴.

Questa motivazione è apparsa "sorprendente" ad un accreditato commentatore: e «non tanto perché, dopo la sintetica proposta, la Corte avrebbe modo di dubitare che l'attività del difensore sia effettivamente riferibile alla parte rappresentata (è quindi la sintetica proposta ad alterare il rapporto fiduciario tra difensore e cliente, facendo addirittura sorgere il sospetto che l'avvocato potrebbe agire in contrasto con l'interesse della parte rappresentata); quanto perché, contro la chiara lettera della norma, la Corte si spinge ad affermare che quella voluta dal legislatore delegato non sarebbe una nuova procura speciale (citata infatti col virgolettato), bensì un semplice *mandato* a compiere uno specifico atto collocato in un particolare "segmento" del giudizio di legittimità (e che, implicitamente, presuppone l'esistenza e la persistenza della vecchia procura speciale). Se queste motivazioni avessero un qualche fondamento, da un lato non si vede perché il legislatore delegato non abbia – una volta deciso di scardinare la relazione tra difensore e cliente – onerato la parte *personalmente* della presentazione dell'istanza; dall'altro lato, sarebbe vero che l'originario difensore non subisce l'estinzione del vecchio mandato e che, d'altra parte, la nuova procura speciale non potrebbe essere conferita a un nuovo difensore: perché questi potrebbe al più venire incaricato del solo

⁹² Cass., Sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, in *Foro it.*, 2024, I, c. 1832, con nota di F.S. DAMIANI, in motivazione, § 12.1.

⁹³ Cass., Sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, in motivazione, § 12.2.

⁹⁴ *Rel. min.*, cit., p. 44.

particolare “segmento”, e non dell’intero giudizio di legittimità. Altro è la procura speciale, altro è il mandato a compiere un singolo atto»⁹⁵.

Aggiungo che la legge delega non postulava affatto che la parte, nel chiedere la fissazione della camera di consiglio, si munisse di una nuova procura speciale: l’innovazione contenuta nel decreto delegato è quindi di oltremodo dubbia legittimità costituzionale, per eccesso di delega.

La prescrizione è apparsa “un inutile formalismo”, pur non escludendosi che l’incombente sia stato strumentalmente previsto per assicurare che la parte sia informata della proposta per il tramite del suo difensore⁹⁶. In verità, la nuova procura speciale presuppone che il ricorrente abbia personalmente valutato, d’intesa con il suo difensore, i benefici immediati derivanti dall’accettazione della proposta e gli oneri conseguenti, invece, alla conforme decisione camerale, “tenendo conto dei vantaggi collegati alla rinuncia al ricorso (quali l’esonero dall’obbligo di pagamento del doppio del contributo unificato) e le gravi conseguenze in caso di decisione conforme alla proposta preliminare (la condanna per responsabilità aggravata)”⁹⁷. Si ripropone, insomma, l’eterno dilemma non tanto tra l’uovo oggi o la gallina domani (e quindi tra due risultati positivi, l’uno certo e l’altro incerto), ma tra la certa attenuazione del danno (l’estinzione del processo, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata, a fronte dell’esonero dal raddoppio del contributo unificato), il suo probabile aggravamento (se l’ordinanza conferma la proposta, condannando il ricorrente alle sanzioni), ma anche la sua possibile prevenzione (con l’accoglimento del ricorso): una valutazione rischio/rendimento, quindi, propria di ogni operazione economica.

Se questa è la *ratio legis*, allora sarebbe stato sufficiente che l’istanza di decisione fosse sottoscritta dalla parte personalmente⁹⁸, con firma autenticata dal difensore e da costui depositata telematicamente, ovvero sottoscritta dalla parte e dal patrono, come prescrive in caso di rinuncia l’art. 390, comma 2. Si sarebbe potuto adottare, insomma, il modello – rimasto inattuato, a seguito della pressochè immediata abrogazione della disposizione, mai entrata in vigore – seguito dall’art. 26 legge 12 novembre 2011, n. 183⁹⁹, dal quale l’art. 380 *bis* ha

⁹⁵ B. CAPPONI, *La procura speciale, delizia e croce (a proposito della SS.UU., 10 aprile 2024, n. 9611)*, in www.judicium.it, 23 luglio 2024, p. 2.

⁹⁶ F.S. DAMIANI, *La riforma*, cit., p. 303.

⁹⁷ *Rel. mass.*, cit., p. 18.

⁹⁸ In tal senso anche B. CAPPONI, *La procura speciale*, cit., p. 2.

⁹⁹ L’art. 26 cit., rubricato “Misure straordinarie per la riduzione del contenzioso civile pendente davanti alla Corte di cassazione e alle corti di appello”, disponeva: “1. Nei procedimenti civili pendenti davanti alla Corte di cassazione, aventi ad oggetto ricorsi avverso le pronunce pubblicate prima della data di entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69, e in quelli pendenti davanti alle corti di appello da oltre tre anni prima della data di entrata in vigore della presente legge, le impugnazioni si intendono rinunciate se nessuna delle parti, con istanza sottoscritta personalmente dalla parte che ha

mutuato la previsione secondo la quale il ricorso, del quale la parte non abbia chiesto la decisione a seguito della p.d.a., si intende rinunciato. A commento dell'art. 26, fu tuttavia condivisibilmente osservato che la fattispecie estintiva doveva ricondursi all'inattività delle parti (di entrambe, secondo la disposizione), piuttosto che alla rinuncia¹⁰⁰.

Nel deplorabile silenzio dell'art. 380 *bis*, ritengo che la procura speciale (quando sia ancora richiesta: v. *supra*) debba essere tuzioristicamente conferita per atto pubblico o per scrittura privata autenticata da notaio, non potendo il difensore validamente certificare l'autografia della sottoscrizione della procura fuori dei casi tassativamente previsti dall'art. 83, comma 3: la nuova procura, infatti, non è conferita in calce od a margine del ricorso¹⁰¹. Le spese relative all'attività notarile rientreranno tra quelle ripetibili, in quanto sostenute dal ricorrente, se vittorioso, per ottenere la decisione favorevole¹⁰².

In dottrina, tuttavia, si è espresso l'avviso che «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 deve 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 ovvero di quelli per il cui compimento è necessario l'espresso conferimento del potere, quale è appunto l'atto di richiesta della decisione ai sensi del secondo comma dell'art. 380 *bis* c.p.c.»¹⁰³. Anche la Cassazione ha ritenuto sufficiente “la congiunzione tra la procura rilasciata con firma autenticata dall'avvocato e l'atto a cui si riferisce, ex art. 83, comma 3, c.p.c., dovendosi, peraltro, escludere - in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata

conferito la procura alle liti e autenticata dal difensore, dichiara la persistenza dell'interesse alla loro trattazione entro il termine perentorio di sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. 2. Il periodo di sei mesi di cui al comma 1 non si computa ai fini di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89. 3. Nei casi di cui al comma 1 il presidente del collegio dichiara l'estinzione con decreto”. La disposizione, che sarebbe dovuta entrare in vigore il 1° gennaio 2012, fu precipitosamente abrogata dall'art. 14 d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, convertito dalla legge 17 febbraio 2012, n. 10. Sul tema v. A.A. ROMANO, *Le misure straordinarie per la riduzione del contenzioso civile pendente in grado d'impugnazione, di cui all'art. 26 l. 12 novembre 2011, n. 183*, in www.judicium.it, p. 4, il quale notava come la necessità dell'istanza rispondesse alla necessità di “esigere un supplemento di riflessione da parte dei destinatari degli effetti della futura decisione”.

¹⁰⁰ A.A. ROMANO, *Le misure straordinarie*, cit., p. 4.

¹⁰¹ In tal senso anche G. DE CESARE, *Il nuovo procedimento accelerato per la decisione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamenti infondati e l'astuzia del legislatore*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2023, pp. 590 s.

¹⁰² Per l'irripetibilità, invece, G. DE CESARE, *Il nuovo procedimento*, cit., p. 591, secondo il quale “l'astuzia del legislatore sta in ciò: il vero disincentivo per la parte a richiedere la decisione collegiale consiste nei costi di autenticazione della sottoscrizione da parte del notaio, i quali saranno, in ogni caso, *sunk costs*”.

¹⁰³ C. BESSO, *Le modifiche*, cit., p. 477.

della disposizione - che sia necessaria una procura notarile”¹⁰⁴. Si accede così all’interpretazione che esclude la tassatività dell’elenco contenuto nell’art. 83¹⁰⁵.

Si può forse ammettere il potere certificativo del difensore soltanto se diverso da quello che ha sottoscritto il ricorso¹⁰⁶: tra gli atti previsti dalla citata disposizione, infatti, rientra “la memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato”, sempre che il giudizio di primo grado sia stato introdotto in data successiva al 4 luglio 2009, dovendo altrimenti applicarsi il previgente art. 83, comma 3, secondo cui nel giudizio di cassazione la procura speciale, se non rilasciata in uno degli atti ivi espressamente indicati, deve essere conferita - anche nell’ipotesi di sostituzione, per qualsiasi motivo, del difensore in precedenza nominato - nella forma prevista dal secondo comma dell’art. 83 e quindi con atto pubblico o con scrittura privata autenticata¹⁰⁷. L’istanza, infatti, può essere sottoscritta anche da un avvocato diverso da quello che ha redatto l’atto di impugnazione: l’ipotesi non è improbabile, perché il ricorrente potrebbe revocare il mandato al patrono officiato del ricorso per cassazione proprio a causa della proposta, che rilevi una causa di inammissibilità, di improcedibilità o di manifesta infondatezza imputabile al difensore. Affinchè il requisito della specialità della nuova procura possa ritenersi soddisfatto, è necessario che l’atto contenga il riferimento alla sentenza impugnata, alle parti, al ricorso ed alla proposta di definizione accelerata; la parte deve altresì manifestare la volontà di chiedere la decisione da parte della Corte.

La procura deve essere conferita in data successiva alla comunicazione della p.d.a.¹⁰⁸ Poiché la legge prescrive congiuntamente i requisiti della novità e della specialità della procura, è da escludersi che il ricorrente, nel conferire al difensore la procura a ricorrere, possa anticipatamente conferirgli il potere di chiedere la decisione, per l’eventualità che venga formulata p.d.a.

Se il ricorrente è deceduto od ha perso la capacità processuale (per interdizione, fallimento ecc.), la procura dovrà essere conferita dagli eredi o dal diverso soggetto al quale spetta la rappresentanza (tutore, curatore ecc.), non applicandosi la disciplina dell’interruzione nel

¹⁰⁴ Cass., 15 maggio 2024, n. 13555.

¹⁰⁵ «Non è tassativa l’elencazione degli atti processuali, sui quali può essere apposta la procura speciale alle liti, contenuta nell’art. 83, comma 3, c.p.c., purché l’atto sia depositato al momento della costituzione in giudizio (v. l’art. 125 c.p.c.) e la controparte non abbia sollevato specifiche contestazioni sulla regolarità del mandato. Occorre, però, che si tratti pur sempre di “atto processuale”, sia pure nella nozione lata, riferita cioè a qualunque elemento del processo di realizzazione della tutela giurisdizionale» (Cass., 4 novembre 2020, n. 24472: nella specie, la nuova procura era stata prodotta in allegato alla relativa nota di deposito).

¹⁰⁶ Ne conviene G. DE CESARE, *Il nuovo procedimento*, cit., p. 591.

¹⁰⁷ Cass., 10 novembre 2015, n. 22877.

¹⁰⁸ G. DE CESARE, *Il nuovo procedimento*, cit., p. 586; F. DE STEFANO, *La riforma*, cit., § 10.1.

giudizio di legittimità. Unitamente all'istanza ed alla procura dovrà essere allora depositato il titolo legittimante.

3. Le sanzioni a carico del ricorrente soccombente

Nel testo proposto dalla commissione ministeriale e recepito dalla legge delega non era prevista una misura sanzionatoria, bensì una misura premiale in caso di acquiescenza del ricorrente alla proposta di definizione, con l'esonero dal raddoppio del contributo unificato¹⁰⁹. La seconda è stata introdotta dall'art. 13, comma 1 *quater*.1, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115¹¹⁰, applicabile, a norma dell'art. 7, comma 7, del decreto correttivo, "anche ai procedimenti pendenti davanti alla Corte di cassazione alla data del 1° gennaio 2023". Si tratta di un "modesto incentivo" a non coltivare il ricorso¹¹¹. Anche il C.S.M. ha sottolineato "la scarsa portata dissuasiva della previsione relativa al pagamento del doppio del contributo unificato per la parte ricorrente che non abbia rinunciato al ricorso, dovendosi rilevare come la parte che arriva a proporre ricorso per cassazione sia fortemente motivata a coltivare le proprie ragioni ed a pervenire ad una definizione della causa con una pronuncia effettiva"¹¹². L'esonero sarebbe stato riconoscibile, peraltro, anche in difetto dell'espressa innovazione normativa. Il ricorso non coltivato, infatti, s'intende rinunciato: ed in caso di rinuncia non è dovuto il raddoppio del contributo unificato, "in quanto tale misura si applica ai soli casi - tipici - del rigetto dell'impugnazione o della sua declaratoria d'inammissibilità o improcedibilità e, trattandosi di misura eccezionale, *lato sensu* sanzionatoria, è di stretta interpretazione e non suscettibile, pertanto, di interpretazione estensiva o analogica"¹¹³.

Con l'ordinanza che conferma il provvedimento impugnato (dichiarando, conformemente alla p.d.a., il ricorso inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato) la Corte è adusa a condannare il ricorrente: a) al pagamento delle spese del giudizio di legittimità in favore del controricorrente; b) al risarcimento del danno in favore della parte vittoriosa, liquidato equitativamente (art. 96, comma 3) in misura ~~pari~~ non superiore alle spese¹¹⁴; c) ad una

¹⁰⁹ (Prevedere che) "se nessuna delle parti chiede la fissazione della camera di consiglio nel termine di venti giorni dalla comunicazione, il ricorso si intenda rinunciato e il giudice pronunci decreto di estinzione, liquidando le spese, con esonero della parte soccombente che non presenta la richiesta di cui al presente numero dal pagamento di quanto previsto dall'articolo 13, comma 1-*quater*, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115": così l'art. 1, comma 9, lett. e), n. 3, legge n. 206/2021.

¹¹⁰ Comma aggiunto dall'art. 18 d.lgs. n. 149/2022.

¹¹¹ F. DE STEFANO, *La riforma*, cit., § 10.1.

¹¹² C.S.M., *Parere*, cit., pp. 28 s.

¹¹³ Cass., 15 marzo 2024, n. 7105.

¹¹⁴ Questo criterio, non codificato, ha sostituito il pregresso limite del doppio dei massimi tariffari previsto dall'abrogato art. 385, comma 4. Nel processo amministrativo l'art. 26, comma 1, c.p.a. determina invece il massimo liquidabile nel doppio delle spese liquidate. La Corte talora liquida il risarcimento nella medesima misura delle spese (€ 6.000, nel caso deciso da Cass.,

sanzione compresa tra 500 e 5.000 euro da versare alla cassa delle ammende (art. 96, comma 4); d) al raddoppio del contributo unificato¹¹⁵ (salvo che ricorra una causa di esenzione)¹¹⁶, come in ogni altro caso in cui il ricorso non sia neppure parzialmente accolto: misura rivelatasi priva di efficacia deflattiva¹¹⁷. La statuizione *sub c)* è pronunciata anche se l'intimato non ha resistito con controricorso e, quindi, non ha diritto alla refusione delle spese, "per evitare abusi della richiesta di definizione ordinaria"¹¹⁸. La condanna *ex art. 96, comma 3*, invece, presuppone quella alle spese.

Dell'ultimo comma dell'art. 380 *bis* sia il parere espresso dalla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica il 21 maggio 2024 su conforme proposta della relatrice¹¹⁹, sia il C.N.F. nella relazione del 4 aprile 2024¹²⁰ (di tenore identico, sul punto, al parere dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile e dell'Unione nazionale delle camere civili del 3 aprile 2024), avevano invocato la soppressione. Il Governo non ha accolto la richiesta, sul rilievo che l'art. 96, comma 3, "prevede la possibilità – e non l'obbligo – per il giudice di condannare la parte soccombente a una somma equitativamente determinata in favore della controparte, mentre l'applicazione del quarto comma presuppone che sia stata pronunciata la condanna di cui al terzo comma ed è pertanto anch'essa sottoposta alla valutazione del giudice. Non si verificherebbe pertanto un'ipotesi di automatica applicazione della disciplina in materia di

18 settembre 2024, n. 25074), talaltra nella metà (€ 2.150 contro € 4.300: Cass., 9 settembre 2024, n. 24135) od in misura intermedia (Cass., Sez. un., 28 agosto 2024, n. 23236 ha tassato le spese in € 7.000 ed il risarcimento in € 5.000).

¹¹⁵ Sul punto non vi è condanna, ma dichiarazione che ricorrono le condizioni per il versamento del maggior contributo, che viene iscritto a ruolo, qualora l'obbligato non provveda al pagamento a seguito di invito da parte della cancelleria.

¹¹⁶ Come nella fattispecie decisa da Cass., 13 agosto 2024, n. 22820.

¹¹⁷ L'art. 13, comma 1 *quater*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228, è applicabile alle impugnazioni proposte in data successiva al 30 gennaio 2013 (Cass., Sez. un., 18 febbraio 2014, n. 3774). Ebbene dal 2013 i ricorsi per cassazione sono costantemente aumentati fino al 2019 (da 29.094 a 38.725), riducendosi nel 2023 solo per effetto della rilevante flessione delle sopravvenienze in materia tributaria (*Ann. stat.*, cit., pp. 5 e 8).

¹¹⁸ Cass., 18 luglio 2024, n. 19831. Per altri casi di condanna del ricorrente al versamento in favore della cassa delle ammende, pur in assenza di condanna alle spese, non avendo l'intimato resistito con controricorso, v. Cass., 29 ottobre 2024, n. 27903; Cass., 20 settembre 2024, n. 25258; Cass., 13 agosto 2024, n. 22820; Cass., 27 marzo 2024, n. 8303.

¹¹⁹ «Con riferimento all'art. 380 *bis*, ultimo comma, c.p.c. in materia di decisione in forma accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili, o manifestamente infondati si prevede, all'ultimo comma, un obbligo sanzionatorio in capo alla Corte di cassazione che nel definire il giudizio in conformità alla proposta "appla il terzo e il quarto comma dell'art. 96": si invita il Governo a valutare, come sopra rilevato, la espunzione della ipotesi di cui al quarto comma dell'art. 96 nel caso di mera soccombenza trattandosi di penalizzazione iniqua ed eccessiva e comunque limitativa del diritto alla difesa».

¹²⁰ «L'art. 380 *bis*, dedicato alla decisione in forma accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili, o manifestamente infondati prevede, all'ultimo comma, un obbligo sanzionatorio in capo alla Corte che "quando definisce il giudizio in conformità alla proposta applica il terzo e il quarto comma dell'art. 96". Tale previsione, profondamente ingiusta, non era contenuta peraltro nella legge delega e appare di dubbia costituzionalità sia per eccesso di delega, che per la introduzione di un automatismo già considerato illegittimo in relazione alla condanna alle spese (Corte cost. 77/2018). Si propone pertanto di sopprimere il capoverso».

condanna per responsabilità processuale aggravata”¹²¹: ed in senso conforme si cita una pronuncia delle sezioni unite¹²². Tuttavia, a dispetto di questa *rara avis*, la Cassazione punisce sistematicamente il ricorrente che dissente dalla p.d.a.

L'applicazione dei commi 3 e 4 dell'art. 96 non è prevista dalla legge delega, talchè la disposizione in tal senso contenuta nell'art. 380 *bis*, comma 3, è parsa incostituzionale per eccesso di delega e, comunque, eccessivamente limitativa del diritto di accesso al giudice, così come inteso dalla Corte di giustizia dei diritti dell'uomo, da ultimo con la sentenza Succi¹²³.

La relazione ministeriale si esprime in termini paludati: la fissazione della camera di consiglio, a seguito della p.d.a. non accettata, richiede un atto d'impulso “che coinvolga personalmente la parte ricorrente”, stante “la previsione di conseguenze disincentivanti il seguito camerale a fronte di un filtro negativo effettuato da un giudice della Corte”; qualora il giudizio sia definito conformemente alla proposta, “si è ritenuto opportuno inserire un espresso richiamo all'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 96, terzo e quarto comma (...). La previsione non risponde ad un intento punitivo o sanzionatorio, ma è la realistica presa d'atto del fatto che la giurisdizione è una risorsa limitata. Sicchè appare conforme al sistema che il costo dell'aggravio per il servizio giustizia sia sostenuto da colui che, nonostante una prima delibazione negativa, abbia chiesto comunque una valutazione supplementare collegiale senza che ne sussistessero fondate ragioni”¹²⁴. Per le sezioni unite, “l'art. 380 *bis*, comma 3, c.p.c. - che, nei casi di definizione del giudizio in conformità alla proposta, contiene una valutazione legale tipica della sussistenza dei presupposti per la condanna ai sensi del terzo e del quarto comma dell'art. 96 c.p.c. - codifica un'ipotesi normativa di abuso del processo, peraltro già immanente nel sistema processuale (da iscrivere nel generale istituto del divieto di lite temeraria nel sistema processuale), poiché il non attenersi ad una valutazione del proponente, poi confermata nella decisione definitiva, lascia certamente presumere una responsabilità aggravata del ricorrente”¹²⁵.

Una decisione ha tuttavia condivisibilmente escluso che l'art. 380 *bis*, comma 3, preveda “l'applicazione automatica delle sanzioni ivi previste, che resta affidata alla valutazione delle caratteristiche del caso concreto, in base a un'interpretazione costituzionalmente compatibile

¹²¹ SENATO DELLA REPUBBLICA, Servizio studi, *Dossier sull'attuazione della delega per la riforma del processo civile*, Roma, 8 ottobre 2024, p. 22.

¹²² Cass., Sez. un., 27 dicembre 2023, n. 36069.

¹²³ C. BESSO, *Le modifiche*, cit., p. 478.

¹²⁴ *Rel. min.*, cit., pp. 44 s.

¹²⁵ Cass., 29 ottobre 2024, n. 27903; Cass., 9 agosto 2024, n. 22605; Cass., 8 agosto 2024, n. 22461; Cass., Sez. un., 15 marzo 2024, n. 6991; Cass., Sez. un., 15 marzo 2024, n. 6979; Cass., Sez. un., 13 ottobre 2023, n. 28540; Cass., Sez. un., 27 settembre 2023, n. 27433.

del nuovo istituto”¹²⁶. Ed invero secondo la citata disposizione la Corte, quando definisce il giudizio in conformità alla proposta, “*applica* il terzo e il quarto comma dell’art. 96”; e mentre il comma 3 prevede che il giudice, quando pronuncia sulle spese, “*può altresì condannare* la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”, in virtù del comma 4 nel caso di cui al precedente capoverso “il giudice *condanna altresì* la parte soccombente al pagamento, in favore della cassa delle ammende, di una somma di denaro non inferiore ad euro 500 e non superiore ad euro 5.000”. Pertanto, se la decisione è conforme alla p.d.a. la Corte, nel gravare il ricorrente delle spese (anziché eccezionalmente compensarle), *può* condannarlo pure al risarcimento forfettario del danno a beneficio del controricorrente e, solo in tal caso, *deve* applicargli anche la sanzione in favore dello Stato¹²⁷, restando esclusa l’applicazione automatica dell’art. 96, commi 3 e 4¹²⁸, salvo comunque il raddoppio del contributo unificato, in conseguenza della dichiarazione di inammissibilità, improcedibilità o totale infondatezza del ricorso.

Invece la S.C. infligge la pena pecuniaria ancorchè non abbia provveduto sulle spese, non avendo l’intimato svolto attività difensiva¹²⁹. La condanna all’ammenda “deve essere pronunciata anche qualora nessuno dei soggetti intimati abbia svolto attività difensiva, avendo essa una funzione deterrente e, allo stesso tempo, sanzionatoria rispetto al compimento di atti processuali meramente defatigatori”¹³⁰. “L’omessa costituzione dell’intimato, se da un lato preclude la statuizione ex art. 96, comma 3, c.p.c. (non ricorrendo una situazione che consenta una pronuncia sulle spese), dall’altro ne impone la condanna al pagamento, in favore della cassa delle ammende, della somma di cui all’art. 96, comma 4, c.p.c., alla stregua dell’autonoma valenza precettiva del richiamo a tale ultima disposizione, contenuto nell’art. 380 *bis*, comma 3, c.p.c., che si giustifica in funzione della *ratio* di disincentivare la richiesta di definizione ordinaria a fronte di una proposta di definizione accelerata (esigenza che sussiste anche nel caso di mancata costituzione dell’intimato)”¹³¹. Benchè il quarto comma dell’art. 96 preveda la condanna in favore della cassa delle ammende “nei casi previsti dal primo, secondo

¹²⁶ Cass., Sez. un., 27 dicembre 2023, n. 36069. Peraltro, nella specie sono state applicate le sanzioni, pur venendo contenuta nel minimo edittale quella in favore della cassa delle ammende.

¹²⁷ Conformi F. AULETTA, *Diritto*³, cit., p. 384; A. DIDONE, *L’avvocatura e la riforma Cartabia*, cit., p. 49.

¹²⁸ In tal senso anche 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, 9 gennaio 2024, pp. 7 ss.; F.M. GIORGI, *Riforma del processo civile in Cassazione: unificazione dei riti camerali e procedimento accelerato (focus sulle controversie lavoristiche)*, in Giustiziacivile.com, 14 dicembre 2022, § 9, il quale denuncia l’irragionevolezza dell’applicazione dell’art. 96, commi 3 e 4, “svincolata dalla verifica in concreto della temerarietà della lite e riconnessa semplicemente alla volontà di prosecuzione del giudizio”, specialmente nei confronti del lavoratore, generalmente privo di adeguato reddito..

¹²⁹ V., *ex multis*, Cass., 13 agosto 2024, n. 22820.

¹³⁰ Cass., Sez. un., 22 settembre 2023, n. 27195.

¹³¹ Cass., 4 ottobre 2023, n. 27947.

e terzo comma” (e quindi subordini l’applicazione della sanzione alla condanna al risarcimento del danno per responsabilità processuale aggravata o di una somma equitativamente liquidata), talchè nella specie supponga che la parte vittoriosa nel giudizio di legittimità abbia resistito al ricorso, sostenendo spese che il ricorrente sia tenuto a rimborsarle, la Cassazione ritiene – nonostante che le norme sanzionatorie siano di stretta interpretazione – sufficiente la definizione del giudizio in conformità alla proposta, perché il soccombente sia obbligatoriamente assoggettato alla pena pecuniaria. «Una diversa interpretazione priverebbe la previsione di cui all'art. 380 *bis*, comma 3, in gran parte se non del tutto di significato, almeno nella parte in cui richiama l'art. 96, comma 4, essendo evidente che, anche se quel richiamo mancasse, la Corte, chiamata a pronunciarsi a seguito di istanza di definizione ex art. 380 *bis*, comma 2, potrebbe comunque pronunciare, “nei casi previsti dai commi 1, 2 e 3”, condanna al pagamento in favore della cassa delle ammende; l'art. 380 *bis*, comma 3, recupera dunque, *in parte qua*, un ben distinguibile spazio prescrittivo autonomo, coerente con l'obiettivo della novella, solo ove per la condanna prevista dal richiamato art. 96, comma 4, si prescinda dai casi ivi previsti in presenza del diverso e autosufficiente presupposto, che a quelli si sostituisce, della decisione conforme alla proposta, non potendosi invece una sostanziale differenza ricavarci, almeno sul piano testuale, dall'uso dell'indicativo “applica”, atteso che anche l'art. 96 c.p.c., comma 4 coniuga allo stesso modo il verbo che prescrive l'azione demandata al giudice (“condanna”); varrà aggiungere che in favore di tale esegesi militano, da un lato, la *ratio* della disposizione in esame che, diretta a disincentivare la richiesta di definizione ordinaria a fronte di una proposta di definizione accelerata, prescinde dalla costituzione dell'intimato e non può certo ritenersi meno avvertita nel caso in cui tale costituzione manchi (con il rischio, ad opinare diversamente, di un depotenziamento dell'istituto); dall'altro, il rilievo che quella prevista dall'art. 96, comma 4 è sanzione disposta a favore della collettività e non già della parte vittoriosa, come è invece nel caso dell'art. 96, comma 3»¹³².

Perché abbia luogo l’applicazione dei commi 3 e 4 dell’art. 96, è necessario che il giudizio sia definito dal collegio conformemente alla p.d.a. Pertanto, l’ultimo comma dell’art. 380 *bis* non opera quando l’ordinanza prescinda del tutto dalla proposta, come nel caso in cui, a fronte d'una proposta di rigetto, il ricorso venga dichiarato improcedibile od inammissibile oppure venga rigettato previo esame di motivi non delibati dal proponente¹³³.

Se la p.d.a. riguardi sia il ricorso principale che quello incidentale non condizionato e l'istanza di decisione sia depositata da una sola delle parti, l'impugnazione non coltivata va considerata

¹³² Cass., 4 ottobre 2023, n. 27947, in motivazione.

¹³³ Cass., 1° agosto 2024, n. 21668.

rinunciata e va decisa solo quella coltivata, cosicché, se tale decisione sia conforme alla proposta, la condanna in favore della cassa delle ammende ex art. 96, comma 4, ed il raddoppio del contributo unificato, dipendente dalla pronuncia di improcedibilità, inammissibilità o rigetto del ricorso, si applicano nei soli confronti della parte richiedente la decisione, mentre le spese del giudizio di legittimità vanno regolate in base al suo esito complessivo, considerando non soltanto la decisione del ricorso coltivato, ma anche la sostanziale soccombenza dell'altra parte, che pur avendo inizialmente proposto impugnazione abbia scelto di non coltivarla, prestando acquiescenza alla proposta di definizione anticipata¹³⁴.

L'ultimo comma dell'art. 380 *bis* si applica nei confronti del ricorrente, anche se la decisione sia stata chiesta dal difensore privo di procura speciale. Le statuizioni ex art. 96, commi 3 e 4, “vanno adottate nei confronti della parte e non del suo difensore. Infatti costui, pur senza nuova procura, ha posto in essere un atto riconducibile comunque all'ambito del giudizio per cui era stato nominato dalla parte ricorrente”¹³⁵.

L'art. 380 *bis*, comma 3, si applica ai giudizi di cassazione pendenti alla data del 28 febbraio 2023, poiché l'art. 35, comma 6, d.lgs. n. 149/2022 si riferisce ai giudizi introdotti con ricorso già notificato alla data del 1° gennaio 2023 per i quali non sia stata ancora fissata udienza pubblica o adunanza in camera di consiglio; “una diversa interpretazione, volta ad applicare la normativa in esame ai giudizi iniziati in data successiva al 28 febbraio 2023, depotenzierebbe lo scopo di agevolare la definizione delle pendenze in sede di legittimità, anche tramite l'individuazione di strumenti dissuasivi di condotte rivelatesi prive di giustificazione”¹³⁶. L'applicazione dell'art. 96, commi 3 e 4, ai ricorsi pendenti sembra però confliggere con il principio di irretroattività delle norme sanzionatorie: si è in proposito osservato come, invece, l'art. 58, comma 1, legge n. 69/2009 avesse disposto l'applicazione dell'art. 96, comma 3, ai soli giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore¹³⁷. Tuttavia, la Corte costituzionale ha escluso la natura sanzionatoria dell'ulteriore condanna della parte soccombente in favore della

¹³⁴ Cass., 16 aprile 2024, n. 10164. Nella specie era stata proposta la dichiarazione di inammissibilità o di manifesta infondatezza sia del ricorso principale che di quello incidentale. Il ricorrente principale chiedeva la decisione, mentre il ricorrente incidentale prestava acquiescenza. La Corte ha dichiarato inammissibile il principale, rinunciato l'incidentale e, stante la parziale reciproca soccombenza delle parti, ha compensato le spese; ha inoltre condannato il ricorrente principale al pagamento della sanzione di 3 mila euro in favore della cassa delle ammende, dichiarandolo altresì soggetto al raddoppio del contributo unificato.

¹³⁵ Cass., 11 aprile 2024, n. 9741.

¹³⁶ Cass., Sez. un., 23 aprile 2024, n. 10955; Cass., Sez. un., 15 marzo 2024, n. 6991.

¹³⁷ F.M. GIORGI, *Riforma*, cit., § 9.

parte vittoriosa, trattandosi, invece, di un'attribuzione patrimoniale istituita per legge e pertanto conforme all'art. 23 Cost.¹³⁸.

Non può invece dubitarsi del carattere afflittivo della pena (non privata, ma) pubblica costituita dalla condanna in favore della cassa delle ammende, con conseguente applicabilità dell'art. 25, comma 2, Cost.¹³⁹. Tuttavia, nella fattispecie dell'art. 380 *bis* l'abuso del processo, sanzionato in via amministrativa, non si consuma con la proposizione del ricorso inammissibile ecc., ma dell'istanza di definizione che segue la p.d.a. ed impegna vanamente il collegio, il quale si conforma alla proposta. L'argomento però proverebbe troppo: l'art. 96, comma 4, dovrebbe allora applicarsi in tutti i processi pendenti, a carico della parte che non avesse, se attrice, rinunciato agli atti del giudizio o, se convenuta, aderito alla domanda fino all'udienza di riserva della causa in decisione, laddove la disposizione è applicabile ai soli giudizi introdotti successivamente al 28 febbraio 2023. Dubbia, quindi, è la sanzionabilità della parte che non abbia prestato acquiescenza alla p.d.a. formulata con riferimento a ricorso proposto anteriormente all'entrata in vigore della riforma.

4. Osservazioni conclusive

Sull'art. 380 *bis* la dottrina e l'avvocatura hanno sparato a palle incatenate: il giudizio più severo è stato espresso da Romano Vaccarella, secondo il quale la Corte di cassazione ha "detta(to) direttamente al legislatore le leggi processuali che la riguardano"¹⁴⁰.

La valutazione dell'istituto non può prescindere dall'indagine statistica. Nel 2023 sono stati definiti 34.750 ricorsi, dei quali 8.422 con dichiarazione di estinzione, pari al 24,2%; l'anno precedente, quando l'art. 380 *bis* non era applicato, erano stati 5.641 (15,6%)¹⁴¹. Può quindi stimarsi, in assenza di rilevazioni ufficiali, che circa 3 mila ricorsi siano stati definiti in via accelerata. Un qualche effetto deflattivo è stato dunque conseguito, sia pure a costo della

¹³⁸ Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, in *Giur. it.*, 2020, p. 578, con nota di M.F. GHIRGA; in *Corr. giur.*, 2020, p. 1112, con nota di N.C. SACCONI, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale (sollevata con riferimento all'art. 25, comma 2, Cost.) dell'art. 96, comma 3, «nella parte in cui - stabilendo che "[i]n ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata" - non prevede l'entità minima e quella massima della somma oggetto della condanna». Ma Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1548, con nota di F. AULETTA; in *Foro it.*, 2016, I, c. 2639, con nota di E. D'ALESSANDRO; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1586, con nota di C. ASPRELLA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1642, con nota di V. VISCONTI; in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 498, con nota di M.F. GHIRGA, aveva predicato la "natura non risarcitoria, ma, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative" della disposizione censurata.

¹³⁹ Che si applica non solo alle sanzioni penali, ma anche a quelle amministrative di carattere punitivo (Corte cost., 27 luglio 2023, n. 169; Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 223; Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276, in *Giur. it.*, 2017, p. 449, con nota di F. BAIO).

¹⁴⁰ R. VACCARELLA, *Note*, cit., p. 2.

¹⁴¹ *Ann. stat. 2023*, cit., p. 22.

soppressione della necessaria collegialità della decisione: proposta la definizione accelerata, la Corte provvede infatti con ordinanza solo se richiestane dal ricorrente. E poichè, nel 2023, è stato accolto poco più di un quarto dei ricorsi¹⁴², l'istituto è astrattamente applicabile nella maggioranza dei casi di accesso al giudizio di legittimità.

Nel 2023 sono stati iscritti 24.680 ricorsi (a fronte del 38.725 del 2019); ne sono stati definiti 34.750 (oltre a 43 eliminati dalla cancelleria in quanto erroneamente iscritti); ne pendevano 94.759 al 31 dicembre 2023. La durata media del giudizio di legittimità è stata di 1.206 giorni (tre anni, tre mesi e ventuno giorni): ormai dal 2013 supera costantemente i tre anni. Dai dati disaggregati risulta che la materia tributaria rappresenta il 28,2% dei ricorsi sopravvenuti (6.959), il 31,6% di quelli definiti (10.990) ed il 43,7% di quelli pendenti al 31 dicembre 2023 (41.392)¹⁴³. La statistica, non ancora pubblicata sul sito della Corte, ma anticipata da un noto quotidiano¹⁴⁴, relativa al primo semestre 2024 conferma il quadro: le pendenze tributarie sono 39.498 a fronte di 91.718 totali, pari al 43,1%.

Come l'estinto triceratopo, la Cassazione è un dinosauro che con uno dei tre corni infilza le decisioni dei giudici tributari, che appartengono ad una giurisdizione speciale (*in parte qua*, è una Corte di *tassazione*). Mentre le sentenze del giudice amministrativo e del giudice contabile sono sindacabili solo per motivi attinenti alla giurisdizione, quelle del giudice tributario sono sottoponibili a scrutinio per tutti gli errori, di attività e di giudizio, catalogati dall'art. 360. E' un'anomalia alla quale non può altrimenti rimediarsi che istituendo una Corte suprema di giustizia tributaria, previa modifica dell'art. 111 Cost.¹⁴⁵. Tutte le riforme del rito civile di legittimità sono altrimenti destinate a fallire: si possono prevedere sanzioni draconiane a carico del soccombente, ma la parte che ritenga illegittima od ingiusta la sentenza continuerà a chiederne la cassazione, assumendosi il rischio della condanna alle spese, alla pena privata ed a quella pubblica.

L'art. 380 *bis* sembra destinato alla sorte dell'ordinanza opinata: quando saranno accolti ricorsi che erano stati prognosticati inammissibili ecc., si registrerà un conflitto – di natura professionale e forse anche personale - tra l'autore della p.d.a. e gli altri componenti del collegio, che risulterà evidente dalla motivazione, la quale darà esplicitamente conto delle

¹⁴² Nel 2023, gli accoglimenti (con rinvio, senza rinvio e con decisione nel merito) hanno rappresentato complessivamente il 26,4% delle decisioni (*ann. stat.*, cit., p. 20).

¹⁴³ *Ann. stat.*, cit., pp. 5, 8 e 18 Parzialmente diversi i dati forniti dalla Prima Presidente nella sua *Relazione*: ferma la pendenza complessiva di 94.759 ricorsi al 31 dicembre 2023, quelli in materia tributaria sono indicati in 41.901, pari al 44,2% (pp. 143 s.).

¹⁴⁴ *Il Sole 24 ore*, 12 agosto 2024.

¹⁴⁵ E. MANZON-F. PISTOLESI, *Una "cassazione speciale" da affiancare alla cassazione ordinaria*, in www.giustiziainsieme.it, 28 marzo 2024; E. MANZON, *L'incerta alba della quinta magistratura*, ivi, 28 giugno 2024; C. GLENDI, *L'inquietante aurora della prima magistratura tributaria*, ivi, 12 settembre 2024.

ragioni di dissenso dalla proposta, con implicita censura nei confronti dell'estensore¹⁴⁶; e ciò a dispetto del rilievo delle sezioni unite secondo cui oggetto dell'ordinanza collegiale è "la decisione sul ricorso e non la legittimità della proposta di definizione anticipata"¹⁴⁷. Il rischio è che il relatore – non per il "frivolo amor proprio" di mortariana memoria¹⁴⁸, che potrebbe indurlo a non rivedere la sua opinione, ma a tutela della sua dignità ed autorevolezza – diventi contraddittore del ricorrente.

Secondo un Autore, l'istituto "tradisce il contenuto ricattatorio, soprattutto ove si consideri che nel previgente sistema, sebbene manchino dati statistici specifici, i casi di decisioni non conformi alle proposte del relatore erano tutt'altro che frequenti"¹⁴⁹. Si può obiettare che, allora, sarebbe ricattatoria anche la proposta conciliativa formulata dal giudice di merito *ex art. 185 bis*: qualora la domanda sia accolta in misura non superiore a quella proposta, la parte che l'ha rifiutata senza giustificato motivo viene infatti condannata – benchè vittoriosa! - al pagamento delle spese processuali maturate successivamente alla formulazione della proposta, salvo che il giudice disponga la compensazione (art. 91, comma 1).

Neppure è ravvisabile nella specie "coartazione della volontà del ricorrente"¹⁵⁰, alla stregua di una misura coercitiva, che induce il ricorrente ad accettare la proposta sotto la comminatoria, in difetto, delle sanzioni previste dalla legge a carico del soccombente (condanna supplementare alle spese, ammenda e raddoppio del contributo unificato). La legge non prevede, invece, nessun automatismo, se non quanto al raddoppio del contributo unificato, se il ricorso non è accolto neppure parzialmente¹⁵¹: il ricorrente che chiede la decisione non viene, *perciò solo*, punito, potendo il collegio accogliere la sua impugnazione, pronunciando in difformità dalla proposta. Misura coercitiva è quella prevista dall'art. 614 *bis*, a carico della parte che è già stata condannata ad adempiere. Più appropriata sembra la definizione di

¹⁴⁶ Cass., 3 novembre 2023, n. 30605, dopo aver trascritto la proposta del relatore di dichiarare inammissibili e comunque manifestamente infondati i tre motivi di ricorso, osserva infatti: "Il collegio non condivide il contenuto della proposta *ex art. 380 bis c.p.c.*, poiché la corte di appello ha rigettato tanto la domanda di usucapione, proposta in via riconvenzionale dalla parte odierna intimata, quanto la domanda di regolamento del confine, formulata invece in via principale dall'odierno ricorrente. Il rigetto della domanda di regolamento del confine, in particolare, è consentito soltanto laddove sia accertata la certezza dello stesso. Tale accertamento va condotto innanzitutto in base alle risultanze dei titoli prodotti dalle parti e solo in assenza di indicazioni univoche in essi contenute possono essere utilizzati altri elementi di prova, ricavabili anche dalle mappe catastali. Nel caso di specie, manca del tutto, nella sentenza impugnata, un accertamento sulla certezza o incertezza del confine condotto sulla base dei titoli, e dunque i primi due motivi di ricorso, suscettibili di esame congiunto, sono fondati. L'accoglimento degli stessi implica l'assorbimento della terza censura". La Corte ha pertanto cassato con rinvio la sentenza impugnata.

¹⁴⁷ Cass., Sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, in motivazione, § 12.5.

¹⁴⁸ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*², II, Milano, s.d., p. 487, nt. 1.

¹⁴⁹ F.S. DAMIANI, *La riforma*, cit., p. 304.

¹⁵⁰ L'espressione è di A. GRAZIOSI, *Le nuove norme*, cit., p. 679.

¹⁵¹ V. *supra*, n. 3.

“inedito meccanismo deflazionistico di natura compulsiva e con funzione deterrente, finalizzato ad indurre il ricorrente ad abbandonare l'agone giudiziario e ad accettare la pronuncia di merito”¹⁵².

Quella prevista dall'art. 380 *bis* è indubbiamente una misura emergenziale, proposta dalla commissione ministeriale presieduta da un illustre processualista: si stenta a credere che sia stata determinata da intenti punitivi nei confronti del ceto forense, al quale appartiene anche il presidente. La disposizione si colloca nel quadro dei provvedimenti diretti a ridurre i ricorsi da decidere con sentenza od ordinanza, dopo il fallimento (e comunque l'insufficienza) dei precedenti interventi deflattivi. L'evoluzione (o l'involuzione) del rito di legittimità nell'ultimo ventennio - con la decisione in camera di consiglio divenuta, da eccezione, la regola, previo contraddittorio in forma esclusivamente scritta e talora solo su impulso del ricorrente (destinatario non acquiescente della p.d.a) - è stata “imposta dall'abnorme ed incontrollata proliferazione del carico pendente”¹⁵³. Le critiche che la dottrina e l'avvocatura hanno formulato, con dovizia di argomenti, nei confronti del procedimento accelerato hanno innegabile valore scientifico ed anche pratico, ma si limitano alla *pars destruens* del ragionamento.

Se addebito deve elevarsi a carico del decisore politico (e si viene, con metodo baconiano, alla *pars construens*, valendo la critica quale proposta *de iure condendo*), è il non avere adottato uno strumento idoneo a ridurre le sopravvenienze, attribuendo la decisione dei ricorsi in materia tributaria ad un apposito organo, diverso dalla Corte di cassazione: ma a tal fine sarebbe stata necessaria la modifica dell'art. 111 Cost. Comunque, a Costituzione invariata un ulteriore incentivo all'accettazione della proposta sarebbe stato rappresentato dalla compensazione *ex lege* delle spese di lite. Ma a tale risultato, sia pure *ope iudicis*, può comunque pervenirsi applicando l'art. 391, comma 2 (nel testo modificato dall'art. 15 d.lgs. 40/2006), in forza del quale “il decreto, l'ordinanza o la sentenza che dichiara l'estinzione può condannare la parte che vi ha dato causa alle spese”, così “avallando l'ipotesi che si sia voluto dar luogo ad una sorta di incentivazione alla rinuncia”¹⁵⁴.

La dottrina ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 380 *bis*, “per violazione oltremodo manifesta degli artt. 3, comma 2, 24, commi 1 e 2, 111, commi 5 e 6, Cost.”¹⁵⁵.

¹⁵² F.M. GIORGI, *Riforma*, cit., § 5.

¹⁵³ F. DE STEFANO, *La riforma*, cit., § 7 ricorda “la storia della Struttura centralizzata per l'esame dei ricorsi civili, divenuta poi la sesta sezione civile, a sua volta articolata dapprima sulla relazione di un consigliere e poi sulla sua (più sintetica) proposta e con l'esclusione prima del pubblico ministero e poi delle parti dal momento decisionale”.

¹⁵⁴ Cass., Sez. un., 16 luglio 2008, n. 19514, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2427. Secondo il testo anteriore, invece, il provvedimento sulla rinuncia “condanna il rinunciante alle spese”.

¹⁵⁵ R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e cassazione*, in *Giust. civ.*, 2023, pp. 413 ss., § 9. Sull'incostituzionalità della norma, con diversi argomenti, v. anche B. CAPPONI,

Tuttavia, la questione dovrebbe essere sollevata proprio dalla Cassazione, controinteressata alla dichiarazione di incostituzionalità. E' questo il limite del sindacato incidentale di costituzionalità: come si era avvertito fin dall'entrata in vigore della legge istitutiva della Corte costituzionale, se la *quaestio legitimitatis* non viene sollevata dal giudice *a quo* la disposizione continua ad avere vigore, né può essere disapplicata (anche se l'interpretazione costituzionalmente orientata può sortire questo effetto)¹⁵⁶. Peraltro, la Costituzione non contiene disposizioni sulla composizione degli organi giurisdizionali¹⁵⁷; dall'art. 106, comma 2, si deduce soltanto implicitamente l'esistenza di giudici collegiali, diversi dai giudici singoli, le cui funzioni possono essere affidate a magistrati onorari¹⁵⁸.

La Cassazione in composizione monocratica potrebbe non essere incostituzionale: l'art. 67, comma 1, ord. giud.¹⁵⁹ è disposizione di legge ordinaria. Ed anche nel processo davanti alla

Il giudice monocratico in Cassazione, in *Foro it.*, 2023, V, cc. 25 s.; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme*, cit., p. 680; F. M. GIORGI, *Riforma*, cit., § 5 e 10; G. DE CESARE, *Il nuovo procedimento*, cit., p. 587.

¹⁵⁶ M. CIRULLI, *Sull'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme processuali civili*, in www.judicium.it, 16 settembre 2024.

¹⁵⁷ Dall'esame dei lavori preparatori della Costituzione (e segnatamente dagli atti della II sottocommissione – II sezione) risulta che non furono accolte le proposte di inserire nel testo le norme sulla composizione degli organi giurisdizionali. L'art. 12, comma 1, della relazione di Piero Calamandrei prevedeva che "l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari, cioè ai giudici singoli (conciliatori e pretori), ai tribunali ed alle corti, istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario": se ne deduceva la necessaria collegialità dei tribunali e delle corti, compresa quella di cassazione, dal successivo capoverso collocata "al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato". L'art. 15, comma 3, della relazione di Giovanni Leone era invece esplicito nel senso che tutti gli organi titolari della potestà giurisdizionale, "escluso il conciliatore ed il pretore, sono collegiali". Il tema non sembra aver formato oggetto di discussione da parte della sottocommissione (solo dal verbale della seduta del 18 dicembre 1946 risulta la contrarietà, espressa dal deputato Targetti, all'inserimento nella Costituzione dell'elenco degli organi giudiziari). Il riferimento alla monocraticità o collegialità degli organi non figura, comunque, nel testo coordinato delle diverse proposte, elaborato dal presidente e presentato nella seduta dell'11 gennaio 1947.

¹⁵⁸ G. VERDE, *Giudice monocratico e collegiale (divagazioni su Costituzione e processo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 961 ss. ne inferisce non solo che "talune funzioni non possono essere attribuite a giudici singoli", ma anche che "non sarebbe legittimo un ordinamento che sopprimesse totalmente le competenze riservate ai collegi". Sulla necessità costituzionale della composizione collegiale della S.C. v. F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il "vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite")*, in AA.VV., *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, pp. 13 ss.; B. CAPPONI, *Dei giudici monocratici*, cit., p. 3. Ma secondo G. OLIVIERI, *Giudice unico e giudice collegiale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 104, dall'art. 106, comma 2, Cost. "sembra possibile ricavare soltanto l'indicazione che il giudice collegiale, non potendo essere interamente composto da giudici onorari, debba essere formato da giudici nominati per concorso": ma tale indicazione, per la sua genericità, non è idonea a fondare "un diritto costituzionalmente garantito alla collegialità"; in tal senso anche I. ANDOLINA-F. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*², Torino, 1997, p. 10, testo e nt. 17. Sia pure incidentalmente, Cass., 15 novembre 2023, n. 31839, in motivazione, § 2 afferma che "la collegialità nel decidere connotante la Suprema Corte" è "certamente imposta dalla stessa Costituzione, che la delinea *sine dubio* nella struttura di organo collegiale (non imponendo semmai un numero preciso di componenti che esprima la collegialità, il che ha consentito in passato, com'è noto, di ridurre i componenti del collegio, sia per le sezioni semplici, sia per le sezioni unite)".

¹⁵⁹ "La Corte di cassazione in ciascuna sezione giudica con il numero invariabile di cinque votanti. Giudica in sezioni unite con il numero invariabile di nove votanti".

Corte europea dei diritti dell'uomo (che garantisce l'osservanza dei principi del giusto processo, solennemente proclamati dall'art. 6 CEDU) si applica il rito monocratico: a norma dell'art. 27 CEDU, "un giudice unico può dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo della Corte un ricorso individuale presentato ai sensi dell'art. 34 quando tale decisione può essere adottata senza ulteriori accertamenti" e tale decisione è definitiva.

Comunque, mi sembra dirimente, ove pure si ritenga deducibile dal sistema la regola della necessaria collegialità della Cassazione, il vecchio ditterio *quod differtur non aufertur*: nel procedimento accelerato la decisione collegiale non è esclusa, ma condizionata all'assolvimento di un onere d'impulso da parte del ricorrente. L'art. 380 *bis* attua l'equo temperamento non tanto delle opposte esigenze del bene e del presto¹⁶⁰ (il ricorrente, se non contesta la proposta, non ottiene celermente una decisione favorevole, ma un provvedimento sfavorevole, che estingue il giudizio di legittimità e provoca la formazione del giudicato sulla sentenza impugnata), ma della giustizia e della speditezza. Come è stato ineccepibilmente osservato, la decisione deve essere in primo luogo giusta, riconoscendo al titolare della situazione soggettiva materiale – secondo la nota espressione chiovendiana – tutto quanto e proprio quanto egli ha il diritto di conseguire secondo il diritto sostanziale (e la giustizia della pronuncia presuppone quella del processo, svoltosi con le garanzie del contraddittorio e della difesa), e per quanto possibile sollecita, intervenendo a definizione di un giudizio di durata ragionevole¹⁶¹. *Festina lente*, insomma: alla p.d.a., che per quanto sintetica non dovrebbe essere meno ponderata dell'ipotetica decisione (che viene evitata con il decreto di estinzione, reso nell'acquiescenza del ricorrente), può seguire, per iniziativa dell'impugnante, la pronuncia dell'ordinanza collegiale, di contenuto conforme o difforme, resa a definizione del rito camerale, che assicura la pienezza del contraddittorio, sia pure in forma esclusivamente scritta.

Non mi sembra, in definitiva, che il pur perfettibile (ed in parte perfezionato dal decreto correttivo, con la liberazione del ricorrente dall'onere di munirsi di nuova procura speciale a proporre l'istanza prosecutoria)¹⁶² art. 380 *bis* sia fondatamente sospettabile di incostituzionalità, per violazione delle regole del giusto processo. Al contrario, si tratta di un modello innovativo che coniuga regole processuali e regole organizzative: la selezione (c.d. spoglio) dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati è affidata all'ufficio

¹⁶⁰ Le "due esigenze, spesso contrastanti, della giustizia, quella della celerità e quella della ponderatezza: tra il far presto ma male, ed il far bene ma tardi" sono notoriamente conciliate dai provvedimenti cautelari nel pensiero di P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, IX, Napoli, 1983, p. 175.

¹⁶¹ S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1342.

¹⁶² La norma abrogata è stata definita "incivile" da R. VACCARELLA, *Note*, cit., p. 3.

per il processo, che anche quando non redige la bozza di p.d.a. compie a tal fine un utile lavoro preparatorio¹⁶³.

La definizione accelerata di tali ricorsi consente di liberare risorse umane, finanziarie e strumentali da destinare alla decisione degli altri ricorsi, in specie di quelli che deducono questioni di particolare rilevanza, da destinare all'udienza pubblica. Ne dovrebbe risultare una benefica riduzione del tempo medio di decisione, che specie per le impugnazioni delle sentenze tributarie continua ad essere intollerabile. Un ricorso per cassazione deciso dopo sette¹⁶⁴ od otto anni¹⁶⁵ dal deposito non è degno di un Paese civile.

Massimo Cirulli

Associato dell'Università Telematica Pegaso

¹⁶³ Riferisce infatti A. DI FLORIO, *L'ufficio per il processo presso la Corte di cassazione*, in www.questionegiustizia.it, 4 luglio 2024, § 2 che l'impiego per la stesura delle p.d.a. risulta differenziato nelle varie sezioni: in alcune, la bozza di proposta viene affidata all'U.P.P., mentre in altre gli U.P.P. si limitano alla selezione delle materie e la bozza viene redatta direttamente dal consigliere assegnatari.

¹⁶⁴ V., solo per citare le ultime decisioni in ordine di pubblicazione della sezione tributaria, Cass., 19 novembre 2024, n. 29830 (R.G. n. 1366/2017 R.G.), n. 29823 (R.G. n. 22343/2017), n. 29811 (R.G. n. 28316/2017), n. 29804 (R.G. n. 18280/2017), n. 29800 (R.G. n. 26084/2017), n. 29798 (R.G. n. 22483/2017), n. 29754 (R.G. n. 18772/2017).

¹⁶⁵ Cass., 19 novembre 2024, n. 29806 (R.G. n. 11866/2016), n. 29763 (R.G. n. 10705/2016).



ELENA D'ALESSANDRO

Una ricerca empirica sul funzionamento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, a vent'anni dalla sua entrata in vigore, e sull'impatto pratico che, in punto di protezione degli adulti vulnerabili, sta avendo la recente degiurisdizionalizzazione opzionale operata dalla Riforma Cartabia (Art. 21 Dlgs. 149/2022)*.

Il saggio presenta i risultati di una ricerca empirica condotta dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, parte del progetto PRIN 2022 "Enhancing the autonomy of vulnerable adults in legal matters." Lo studio esamina il funzionamento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno nel contesto piemontese, a vent'anni dalla sua introduzione e dopo le modifiche della Riforma Cartabia. L'attenzione è altresì rivolta all'impatto pratico della recente degiurisdizionalizzazione, come stabilito dall'art. 21 del Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149, sulla protezione degli adulti vulnerabili.

The essay presents the findings of empirical research conducted by the Department of Law at the University of Turin, as part of the PRIN 2022 project "Enhancing the autonomy of vulnerable adults in legal matters." The study examines the functioning of the support administration institute within the Piedmont context, twenty years after its introduction and following the amendments made by the Cartabia Reform. Attention is also directed towards the practical impact of the recent de-jurisdictionalisation, as established by Article 21 of Legislative Decree No. 149 of 10 October 2022, on the protection of vulnerable adults.

Sommario: 1. Oggetto e finalità della ricerca empirica condotta e obiettivo del presente scritto. – 2. Incertezze interpretative sul c.d. doppio binario notarile quale punto di partenza della ricerca. – 3. Incertezze interpretative sull'amministrazione di sostegno quale punto di partenza della ricerca. – 3.1 *Segue*: ulteriori dubbi interpretativi concernenti i profili dinamici dell'istituto. – 4. La ricerca empirica svolta dal gruppo Unito e la metodologia prescelta. – 5. Tracce delle interviste (pensate alla luce delle incertezze interpretative rilevate dagli interpreti). – 6. Esiti delle interviste. – 7. Proposte migliorative *pro futuro* di interesse processualciviltistico.

* Il presente studio è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca finanziato nell'ambito del programma PRIN– Bando 2022 "Enhancing the autonomy of vulnerable adults in legal matters".

1. Oggetto e finalità della ricerca empirica condotta e obiettivo del presente scritto

Nell'ambito del progetto PRIN bando 2022 "*Enhancing the autonomy of vulnerable adults in legal matters*"¹ un gruppo di lavoro del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino² ha realizzato una ricerca empirica biennale, circoscritta al territorio piemontese, avente ad oggetto:

- a) il funzionamento dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, a vent'anni dalla sua entrata in vigore, e all'esito delle modifiche processuali di cui alla c.d. Riforma Cartabia, nonché
- b) l'individuazione dell'impatto pratico che, in punto di protezione degli adulti vulnerabili, sta avendo la recente degiurisdizionalizzazione opzionale operata dall'art. 21 del Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149 con riferimento alle autorizzazioni di cui all'art. 374 c.c.

L'obiettivo che lo studio si prefiggeva era quello di individuare le buone pratiche, così come i punti di debolezza dell'attuale normativa ed eventuali soluzioni migliorative.

Il presente scritto si propone di illustrarne i risultati.

La scelta dei tematiche – di rilevante interesse processuale – su cui condurre la ricerca empirica è stata fortemente influenzata dalla entrata in vigore del Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149 che, tra le altre cose, ha inciso anche sulla tutela processuale degli adulti vulnerabili, *in primis* in materia di amministrazione di sostegno mediante l'abrogazione dell'art. 720-bis c.p.c. (rubricato "norme applicabili ai procedimenti di amministrazione di sostegno")³, che era stato introdotto nel codice di rito dall'art. 17 della legge 9 gennaio 2004, n. 6. Tale articolo è stato abrogato e sostituito dalle norme del titolo IV-bis del libro secondo del c.p.c., dedicate al procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia, e, segnatamente, dall'art. 473-bis.58 c.p.c. che, a sua volta, rinvia alle disposizioni della sezione III relativa ai procedimenti di interdizione e inabilitazione, in particolare agli artt. 473-bis.52-57, aggiungendo che "contro i decreti del giudice tutelare è ammesso reclamo al tribunale ai sensi dell'articolo 739 e contro il decreto del tribunale in composizione collegiale è ammesso ricorso per cassazione". In questa parte la previsione dell'art. 473-bis.58 c.p.c., riproduce, adattandolo al testo del Dlgs.

¹<https://autonomyofadults.org/>.

² Composto dalla prof. ssa Elena D'Alessandro (responsabile della unità di ricerca), dalla prof. ssa Joelle Long e dalla dott. ssa Eleonora Ebau, assegnista di ricerca.

³ La disposizione regolava il procedimento di amministrazione di sostegno facendo rinvio alle norme sui giudizi di interdizione e inabilitazione, in quanto compatibili. Vi si stabiliva che ai procedimenti in materia di amministrazione di sostegno si applicassero, in quanto compatibili, le disposizioni degli artt. 712, 713, 716, 719 e 720 c.p.c. (anch'esse abrogate). Inoltre si precisava che contro il decreto del giudice tutelare è ammesso reclamo alla corte d'appello a norma dell'art. 739 c.p.c., e che contro il decreto della corte d'appello può essere proposto ricorso per cassazione.

10 ottobre 2022, n. 149, il secondo e terzo comma dell'ormai abrogato art. 720-*bis* c.p.c. Anche il secondo comma di quest'ultima previsione contemplava il reclamo avverso il decreto del giudice tutelare che, ai sensi dell'art. 739 c.p.c., nella versione all'epoca vigente, si proponeva alla corte d'appello.

Ad oggi, invece, per effetto delle intervenute modifiche, si prevede che contro i decreti del giudice tutelare si possa proporre reclamo al tribunale, che pronuncia in camera di consiglio in composizione monocratica quando il provvedimento ha contenuto patrimoniale o gestorio (*i.e.* non decisorio), e in composizione collegiale in tutti gli altri casi. Del collegio non può fare parte il giudice che ha emesso il provvedimento reclamato. Solo avverso il provvedimento emesso all'esito del reclamo dal tribunale in composizione collegiale, in quanto aventi carattere decisorio, la nuova previsione ammette la ricorribilità per cassazione.

Insomma, a distanza di venti anni dall'entrata in vigore della normativa dell'amministrazione di sostegno ed alla luce delle incertezze interpretative ancora sussistenti in materia, acute dall'entrata in vigore della riforma Cartabia, ci è sembrato necessario raccogliere ed elaborare il punto di vista degli operatori pratici, raccolto attraverso interviste semistrutturate.

Il punto di partenza, per l'elaborazione dei questionari su cui strutturare le interviste sulle quali si basa la ricerca empirica che in questo scritto si presenta, sono state le incertezze interpretative sul tema, di cui daremo conto nei paragrafi successivi.

2. Incertezze interpretative sul c.d. doppio binario notarile quale punto di partenza della ricerca

In tema di amministrazione di sostegno, l'art. 411 c.c. prevede l'applicabilità dell'art. 374 c.c. (autorizzazione del giudice tutelare). Anche con riferimento all'ambito di applicazione di quest'ultima previsione ha apportato novità il D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, il quale, innanzitutto – per il tramite delle modifiche agli artt. 374 e 411 c.c. – ha attribuito al solo giudice tutelare e non al tribunale in composizione collegiale siffatto potere autorizzatorio⁴ (per quel che qui rileva: nei casi di amministrazione di sostegno)⁵.

⁴ La Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149: «Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», in Gazz. uff., 19 ottobre 2022, Serie generale, n. 245, Supplemento straordinario n. 5, giustifica tali interventi sulla base della necessità, prevista dalla legge delega di "ridurre i casi in cui il tribunale provvede in composizione collegiale", 12.

⁵ Sul tema v. RADOCCIA, *La tutela del soggetto fragile e la Riforma Cartabia*, in *Giudice donna*, 1/2024, http://www.giudicedonna.it/Articoli/La_tutela_del_soggetto_fragile_e_la_Riforma_Cartabia.pdf, p. 4.

Inoltre, D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, al suo art. 21 – mosso da un intento deflattivo degli uffici giudiziari e non già dalla volontà di adottare la soluzione logistica più funzionale alla tutela delle persone fragili – ha stabilito che le autorizzazioni di cui all’art. 374 c.c. per la stipula degli atti pubblici e scritture private (di cui all’art. 374, nn. 1-8, c.c.) nelle quali interviene un soggetto beneficiario della misura dell’amministrazione di sostegno, possono essere rilasciate, anziché dal giudice tutelare, dal notaio rogante (svincolato dal rispetto di qualsiasi regola di competenza territoriale)⁶ previa richiesta scritta delle parti (nel caso dell’amministrazione di sostegno: amministratore e controparte contrattuale), personalmente o per il tramite di un procuratore legale. L’autorizzazione è poi comunicata dal notaio alla cancelleria del tribunale dotato di competenza concorrente e al pubblico ministero presso lo stesso tribunale (con esenzione dal contributo unificato e dai diritti forfettari). Sulle modalità (telematiche o cartacee) con cui il deposito dell’autorizzazione e le relative comunicazioni devono essere effettuate, stante il silenzio serbato in proposito dal legislatore, si concentra l’attenzione di molti protocolli siglati tra tribunali, procure della repubblica e consigli notarili⁷. Rimane, invece, il canale unico avanti al giudice tutelare per le situazioni in cui manca un notaio rogante ossia per l’autorizzazione dell’amministratore di sostegno a stipulare compromessi o transazioni (art. 374, n. 7, c.c.) nonché ad agire in giudizio ai sensi dell’art. 374, n. 9, c.c.⁸ “salvo che si tratti di denunce di nuova opera o di danno temuto, di azioni possessorie o di sfratto e

⁶ Chiara in proposito anche la Circolare del Dipartimento per gli affari di giustizia n. 23 del 2 maggio 2023 del Ministero della Giustizia, pp. 2-3, sul presupposto che quella in questione sia una attività di volontaria giurisdizione, come tale non di spettanza esclusiva del potere giurisdizionale e delle sue regole.

Il dato ha tuttavia suscitato alcune critiche tra i primi commentatori, stante la coincidenza tra controllante e controllato. Così, ad esempio, TURRONI, *Le sfere mobili della giurisdizione. Le autorizzazioni affidate al notaio e qualche esperienza d’Oltralpe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, pp. 1211 ss., spec. 1230 nota 47 e CHIANALE, *Controcanto alla volontaria giurisdizione affidata ai notai*, in *Riv. not.*, 2023, pp. 3 ss., spec. 7 ss.

⁷ Sul tema, che non coinvolge direttamente la ricerca empirica di cui si dà conto in questo scritto v. E. FABIANI, PICCOLO, *Le nuove competenze notarili in tema di volontaria giurisdizione di cui all’art. 21 del D. lgs. 149/2022 nelle prassi*, pp. 10 ss., disponibile in open access sul sito web del Consiglio Nazionale del Notariato (https://notariato.it/it/ufficio_studi/studio-n-80-2023-pc-le-nuove-competenze-notarili-in-tema-di-volontaria-giurisdizione-di-cui-allart-21-del-d-lgs-149-22-nelle-prassi/). Basti qui citare, a titolo esemplificativo, il protocollo tra il Tribunale ordinario di Treviso, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Treviso e il Consiglio Notarile di Treviso, del 12 luglio 2023, secondo cui la comunicazione deve avvenire tramite pec.

⁸ Ad avviso di Cass., sez. I, 7 marzo 2022, n. 7420, l’autorizzazione ex art. 374, n. 9, c. c. è necessaria anche per stipulare un patto di quota lite sul compenso spettante all’avvocato che curi l’azione risarcitoria per il sinistro stradale che abbia cagionato gravi lesioni alla persona amministrata, la quale intenda, quindi instaurare un procedimento risarcitorio.

Per contro, non è necessaria l’autorizzazione per l’impugnazione, da parte del beneficiario, dei provvedimenti adottati dal giudice tutelare nel corso della stessa: così Cass., sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5380.

di azioni per riscuotere frutti o per ottenere provvedimenti conservativi”⁹, (art. 21, c. 7 del D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) difettando in sua mancanza la legittimazione processuale di quest’ultimo.

Si istituisce un doppio binario tra magistratura e notai¹⁰. Ciò sulla base della considerazione – espressa già nella relazione della Commissione Luiso¹¹ – che, al momento, sono attribuiti al giudice compiti di controllo ovvero gestione di interessi che potrebbero essere svolti dalla Pubblica Amministrazione o da pubblici ufficiali, in quanto l’eventuale vaglio giurisdizionale per la tutela dei diritti, in ipotesi incisi, sarebbe comunque assicurato nella fase successiva

⁹ I.e., di provvedimenti sommari cautelari conservativi destinati ad essere seguiti da un giudizio a cognizione piena, nel quale per stare in giudizio l’amministratore di sostegno necessita dell’autorizzazione del giudice tutelare, ovvero sommari non cautelari (convalida di sfratto) comunque caratterizzati dall’urgenza di procedere nel presunto interesse del beneficiario. Ad avviso di Trib. Catanzaro sez. II, 10 ottobre 2023, n. 1638, disponibile nella banca dati *Dejure*, - discutibilmente - anche l’azione di un’opposizione a decreto ingiuntivo non può essere qualificata quale instaurazione di un nuovo giudizio, in quanto nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo parte opposta è l’attore in senso sostanziale mentre l’opponente è il convenuto sostanziale. Come tale l’instaurazione di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non richiede autorizzazione da parte del giudice tutelare.

¹⁰ Sul tema v., senza pretesa di completezza, TURRONI, *Le sfere mobili della giurisdizione. Le autorizzazioni affidate al notaio e qualche esperienza d’Oltralpe*, loc. ult. cit; FABIANI, GUGLIELMO, PACE (a cura di), *Riforma della volontaria giurisdizione e ruolo del notaio. I e II. Studi della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2023; CHIANALE, *Controcanto alla volontaria giurisdizione affidata ai notai*, cit., pp. 3 ss.; PICARO, *La devoluzione ai notai delle autorizzazioni ad negotia*, in *questa Rivista*, 1-2023, pp. 1 ss.; SANTARCANGELO, *L’autorizzazione notarile nella nuova normativa della volontaria giurisdizione*, in *Notariato*, 2022, pp. 592 ss.; DI SAPIO, *L’art. 21 del d.lgs. 149/2022 e la responsabilità civile del notaio in relazione al rilascio dell’autorizzazione di volontaria giurisdizione*, in *Judicium.it*, 22 maggio 2023.

Peraltro, la creazione di siffatto doppio binario, induce a chiedersi, specie se e quando sarà varata la direttiva europea sulla tutela delle persone fragili, se il notaio in tali casi, svolgendo un ruolo alternativo a quello del giudice, possa essere qualificato come “giurisdizione” ai fini della capacità di sollevare rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia. A tale proposito, quest’ultima, pronunciandosi in riferimento al Regolamento UE n. 650/2012, il cui considerando n. 20 specifica che all’espressione “organo giurisdizionale” occorrerebbe pertanto attribuire un significato ampio, che comprenda non solo gli organi giurisdizionali veri e propri che esercitano funzioni giudiziarie, ma anche i notai, ha concluso, in particolare nella sentenza 16 luglio 2020, causa C-80/19 (benché sulla base del tenore letterale dell’art. 3, par. 2, primo comma, del Regolamento UE n. 650/2012) che un professionista legale può essere qualificato come tale quando eserciti funzioni giudiziarie o agisca su delega oppure sotto il controllo di un’autorità giudiziaria, purché offra garanzie di imparzialità e sia rispettato il diritto di audizione di tutte le parti e purché le decisioni che prendono ai sensi della legge dello Stato membro nel quale esercitano le loro funzioni possano formare oggetto di ricorso o di riesame dinanzi a un’autorità giudiziaria e abbiano forza ed effetto equivalenti a quelli di una decisione resa da un’autorità giudiziaria nella stessa materia; circostanze, queste, che risulterebbero tutte integrate nel caso di specie.

Ad avviso di chi scrive, nel rispondere al quesito, non può essere ignorato che le autorizzazioni in questione non si concretano nell’esercizio di un’attività giurisdizionale ma, piuttosto, di cura di interessi che, solo per scelta discrezionale del legislatore, e non per ragioni ontologiche, sono stati attribuiti all’autorità giurisdizionale.

¹¹ Relazione della commissione per l’elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi, presieduta dal prof. Luiso, disponibile al link https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf, p. 99.

all'adozione del provvedimento, vuoi con la loro modifica o revoca da parte del giudice tutelare (salvi i diritti acquisiti in buona fede dai terzi), vuoi con apposito ricorso giurisdizionale (impugnazione) avverso l'autorizzazione notarile, che, per le ipotesi che qui interessano, sarebbe verosimilmente attivabile dal beneficiario di una amministrazione di sostegno a fronte di una autorizzazione notarile chiesta e ottenuta dall'amministratore di sostegno.

Si tratta allora di verificare se questo canale, istituito con finalità deflative del carico di lavoro giurisdizionale, sia idoneo a consentire una valutazione ponderata degli interessi (e non solo economici) delle persone fragili da parte del notaio¹².

L'art. 21 del Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149, a tale proposito, al suo secondo comma, aggiunge che il notaio – allo scopo di decidere se rilasciare o meno l'autorizzazione – può farsi assistere da consulenti, ed assumere informazioni, senza formalità, presso il coniuge, i parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo del minore o del soggetto sottoposto a misura di protezione. Del compimento di tali attività (anche per porsi al riparo da eventuali reclami¹³) occorrerà dare atto nelle premesse della eventuale autorizzazione o diniego di autorizzazione. Mentre parte della dottrina ha sollevato perplessità in ordine alla opportunità di attribuire ai notai potere autorizzatorio in caso di amministrazione di sostegno, specie quando l'amministratore sia un familiare del beneficiario e vi sia un rischio di conflitto di interessi

¹² In arg. v. Appello Milano, Sez. II, ord. 9 gennaio 2024. Nel caso in esame, il reclamo ex artt. 740 e 747 c.p.c. avverso l'autorizzazione notarile era stato proposto dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano nei confronti dell'autorizzazione alla vendita di immobile, di provenienza ereditaria, rilasciata dal notaio ex art. 21 del D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 nell'interesse di una donna sottoposta ad amministrazione di sostegno. La Procura aveva chiesto l'annullamento dell'autorizzazione, a suo dire emessa in violazione della normativa vigente, non essendo stato acquisito preventivamente il parere del giudice tutelare territorialmente competente. Segnatamente, ad avviso della Procura reclamante, il citato art. 21 avrebbe previsto una doppia valutazione, la prima relativa all'interesse dei soggetti interessati alla liquidazione dell'eredità ossia creditori, altri chiamati e coeredi, da compiersi a cura del notaio, e la seconda relativa all'interesse dell'incapace, che avrebbe dovuto continuare ad essere svolta dal solo giudice tutelare, ossia da parte di colui che meglio conosce il soggetto sottoposto a misura di protezione. La Corte d'appello milanese non ha però ritenuto di accogliere siffatta interpretazione e, per l'effetto, ha rigettato il reclamo sostenendo che il notaio, in base all'art. 21 del D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 è incaricato di compiere la doppia valutazione degli interessi della persona incapace e degli altri coeredi, o legatari o creditori e valutarne il contemperamento al fine di concedere l'autorizzazione al compimento dell'atto. Nel medesimo senso si esprimono: a) la Circolare n. 24 del 2023 del Dipartimento degli affari di giustizia, p. 2; b) l'art. 3 del Protocollo di intesa in materia di autorizzazioni relative ad affari di volontaria giurisdizione siglato tra il Tribunale ordinario di Taranto, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Taranto e il Consiglio Notarile di Taranto, in vigore dal 1° dicembre 2023.

¹³ Conf. E. FABIANI, PICCOLO, *Le nuove competenze notarili in tema di volontaria giurisdizione di cui all'art. 21 del D. lgs. 149/2022 nelle prassi*, in FABIANI, GUGLIELMO, PACE (a cura di), *Riforma della volontaria giurisdizione e ruolo del notaio. II. Le prassi (giudiziali e notarili)*, pp. 95-96: "Il Notaio, nell'effettuazione dell'attività di cui si discute, dovrà prestare, dunque, la massima attenzione, non solo ad effettuare un'istruttoria completa e approfondita, ma anche a motivare la conclusione cui sia giunto, non solo all'esito dell'effettuazione del "giudizio di diritto", ma anche del "giudizio di fatto". E' necessario che il notaio presti sempre la massima attenzione ad entrambi i suddetti profili: istruttoria, a monte; motivazione, a valle".

(proprio per le difficoltà pratiche che si ravvisano nella possibilità, per il beneficiario della amministrazione di sostegno di reagire in via giudiziale), nella prassi, una delle prime questioni applicative che si è posta è quella finalizzata a stabilire se, a tali fini, il notaio possa accedere al fascicolo processuale personale della persona fragile sottoposta ad amministrazione di sostegno. A tale quesito i diversi protocolli applicativi siglati sul territorio nazionale tra procure della repubblica, tribunali e consigli del notariato, pur esprimendosi, nella maggior parte dei casi, a favore dell'accessibilità al fascicolo, hanno dato risposte non sempre coincidenti con riferimento alle modalità di accesso¹⁴.

Risposte difformi si osservano nei protocolli anche con riferimento ad un'altra questione direttamente rilevante ai fini della presente ricerca empirica, ovvero se esuli o meno dalle competenze attribuite al notaio la possibilità di nomina di un curatore speciale in caso di conflitto di interessi, anche solo potenziale, in atti autorizzatori che vedono la partecipazione di un soggetto incapace¹⁵.

¹⁴ In senso favorevole all'accesso, su richiesta del notaio che abbia ricevuto l'incarico ai sensi dell'art. 21 del Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149, si esprimono, ad esempio, il par. 1 del protocollo d'intesa in materia di autorizzazioni relative agli affari di volontaria giurisdizione ed in materia di atti successori siglato tra il tribunale di Treviso, la procura della repubblica presso il tribunale di Treviso e il Consiglio notarile di Treviso; nonché il par. 1 del corrispondente protocollo d'intesa siglato tra il tribunale ordinario di Padova, procura della Repubblica presso il tribunale di Padova e consiglio notarile di Padova. In particolare si prevede che il fascicolo sia visibile per trenta giorni dall'ottenimento della visibilità (di cui si occupa direttamente la cancelleria, senza investire della richiesta il giudice tutelare), prorogabili per altri trenta giorni.

Non prevedono, invece, limitazioni temporali il protocollo di d'intesa in materia di autorizzazioni relative agli affari di volontaria giurisdizione ed in materia di atti successori siglato tra il tribunale di Udine, la procura della repubblica presso il tribunale di Udine e il Consiglio notarile di Udine e Tolmezzo e quello siglato tra il tribunale di Pavia, la procura della repubblica presso il tribunale di Pavia e il consiglio notarile di Pavia, Vigevano e Voghera (par. 1).

¹⁵ V. le diverse prassi applicative illustrate in E. FABIANI, PICCOLO, *Le nuove competenze notarili in tema di volontaria giurisdizione di cui all'art. 21 del D. lgs. 149/2022 nelle prassi*, cit., spec. pp. 21-22. Per la soluzione positiva, si erano espressi, in dottrina, FUSARO, *L'autorizzazione notarile*, in *Fam. e dir.*, 2023, 11, pp. 1030 ss. e IACCARINO, *Donazione da genitore a figlio dopo la riforma in materia di volontaria giurisdizione*, in *Notariato*, 2023, 2, p. 139. V. altresì RADOCCHIA, *La tutela del soggetto fragile*, cit., p. 6 "Nel caso in cui l'amministratore di sostegno sia parente del beneficiario, a maggior ragione se contitolare con quest'ultimo del bene immobile oggetto della richiesta autorizzazione alla relativa alienazione, si prospetta la possibile insorgenza di interessi confliggenti tra quest'ultimo e il beneficiario.

Poiché il Giudice tutelare è a conoscenza della situazione reddituale e patrimoniale del beneficiario, nonché della pregressa gestione a far data dall'inizio della misura, appare preferibile per l'amministratore di sostegno proporre le istanze di autorizzazione all'esito della compiuta disamina della gestione, e in particolare dei rendiconti ex artt. 380 e 411 cc. Il notaio è, infatti, destinato a conoscere il quadro personale, familiare e patrimoniale del beneficiario solamente in occasione della disamina della proposta istanza di autorizzazione, con il rischio di una conoscenza meramente parziale della complessiva situazione e vicenda storica dell'amministrazione di sostegno, non avendo accesso al relativo fascicolo e non conoscendo quindi il quadro familiare- relazionale- socio sanitario e le ragioni in forza delle quali la stessa misura di protezione è stata a suo tempo attivata".

Come già segnalato, nonostante il doppio binario, l'accesso alla tutela giurisdizionale è garantito dall'art. 21 del Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149, secondo cui l'autorizzazione notarile può essere modificata e revocata dal giudice tutelare e «può essere impugnata innanzi all'autorità giudiziaria secondo le norme del codice di procedura civile applicabili al corrispondente provvedimento giudiziale»¹⁶. Non è chiaro, però, se giudice dell'impugnazione debba essere identificato con quello innanzi al quale si sarebbe impugnato il provvedimento giudiziale di autorizzazione (nel caso qui in esame: Tribunale ordinario che pronuncia in camera di consiglio) o con quello cui si sarebbe potuto richiedere l'autorizzazione, *i.e.* il giudice tutelare presso il tribunale competente per territorio¹⁷.

Invece, in caso di diniego di autorizzazione ci si potrà comunque rivolgere al giudice tutelare per richiederla, usufruendo dell'altro binario messo a disposizione dall'ordinamento.

Con riferimento al caso in cui l'autorizzazione notarile sia concessa, l'art. 21, comma 6, del Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149 prevede che queste ultime acquistino efficacia decorsi venti giorni dalle notificazioni e comunicazioni previste dal comma 5 senza che sia stato proposto reclamo. Anche questa previsione aveva suscitato dubbi interpretativi a cui avevano cercato di supplire i protocolli applicativi poco più sopra menzionati, i quali tutti prevedono che il notaio sia notiziato (dalla cancelleria del giudice tutelare presso il tribunale competente per territorio ovvero dalla segreteria della procura della Repubblica) dell'avvenuta proposizione di un reclamo¹⁸. Finalmente in proposito è intervenuto il D. lgs. 31 ottobre 2024, n. 164 (c.d. correttivo) che ha integrato il comma 5 dell'art. 21 del D. lgs 10 ottobre 2022, n. 149 stabilendo che la cancelleria dia immediata comunicazione al notaio dell'impugnazione proposta e del provvedimento che definisce il giudizio. La cancelleria deve altresì dare immediata comunicazione al notaio della eventuale modifica o revoca dell'autorizzazione da parte del giudice tutelare, fermi restando i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

¹⁶ Ossia il termine di 10 gg. indicato dall'art. 739 c.p.c.

¹⁷ Così dispongono, ad esempio, l'art. 8 del protocollo siglato tra il tribunale di Pavia, la procura della repubblica presso il tribunale di Pavia e il consiglio notarile di Pavia, Vigevano e Voghera. (par. 1) e il par. 1 del protocollo d'intesa in materia di autorizzazioni relative agli affari di volontaria giurisdizione ed in materia di atti successori siglato tra il tribunale di Treviso, la procura della repubblica presso il tribunale di Treviso e il Consiglio notarile di Treviso.

In giurisprudenza v. Appello Catania, 7 dicembre 2023, di cui ampi stralci sono riportati in E. FABIANI, PICCOLO, *Le nuove competenze notarili in tema di volontaria giurisdizione di cui all'art. 21 del D. lgs. 149/2022 nelle prassi*, cit., p. 29, nota n. 53 e pp. 30 ss.

¹⁸ E. FABIANI, PICCOLO, *Le nuove competenze notarili in tema di volontaria giurisdizione di cui all'art. 21 del D. lgs. 149/2022 nelle prassi*, cit., pp. 15-16.

In una situazione di tal fatta, per i notai e per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno è utile il rilascio di un certificato di non reclamo.

A tale riguardo la normativa tace. Anche i protocolli, tuttavia, non hanno una direzione univoca perché, mentre alcuni si esprimono in senso favorevole al rilascio di tale certificato¹⁹, ve ne sono altri (unitamente alla comunicazione del tribunale di Torino) che non prevedono il rilascio di alcun certificato di non reclamo, suggerendo al notaio di fissare l'appuntamento per la redazione dell'atto, prudenzialmente, giorni dopo la scadenza del termine per la proposizione del reclamo, in quanto "occorrono dei tempi tecnici alla cancelleria per acquisire l'eventuale reclamo.

La scelta del doppio binario operata dalla riforma Cartabia – che qui abbiamo cercato brevemente di illustrare – non trova riscontri nel panorama europeo. Come già è stato evidenziato in dottrina²⁰, negli ordinamenti a noi vicini (Austria, Francia, Germania e Spagna), anche sulla spinta della Raccomandazione n° R (99) 4 del Consiglio Europeo del 23 febbraio 1999, l'assistenza ai maggiorenni vulnerabili e ai minori emancipati è ormai retta dal principio di precedenza della volontà dell'interessato rispetto agli strumenti giudiziali che rivestono anche qui una funzione sussidiaria. Ma una volta che si sia scelto di dare preferenza agli strumenti negoziali di assistenza, viene meno la necessità delle autorizzazioni giurisdizionali al compimento di atti, e con loro, la necessità – tutta italiana – di individuare, a fini deflattivi del carico giurisdizionale, soluzioni alternative, quali, ad esempio, il doppio binario con i notai, che, come abbiamo cercato di evidenziare, sta suscitando, nella prassi, alcune incertezze applicative.

3. Incertezze interpretative sull'amministrazione di sostegno quale punto di partenza della ricerca

L'istituto dell'amministrazione di sostegno, che compie quest'anno vent'anni, essendo stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6, si configura come lo strumento giurisdizionale privilegiato per la tutela delle persone fragili. Da un lato, infatti,

¹⁹ Lo prevedono, muovendo dal tenore delle Schede ministeriali Fn 163 e FN 164, il par. 1 del protocollo d'intesa in materia di autorizzazioni relative agli affari di volontaria giurisdizione ed in materia di atti successori siglato tra il tribunale di Treviso, la procura della repubblica presso il tribunale di Treviso e il Consiglio notarile di Treviso; nonché il par. 1 del corrispondente protocollo d'intesa siglato tra il tribunale ordinario di Padova, procura della Repubblica presso il tribunale di Padova e consiglio notarile di Padova. Ciò previo pagamento di due marche da bollo da 16 euro cadauna, oltre ai diritti di certificazione (3,92 euro).

²⁰ TURRONI, *Le sfere mobili della giurisdizione*, cit., pp. 1217 ss.; GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 854 ss.

l'istituto condivide con la interdizione e l'inabilitazione (gli unici due istituti a tutela delle persone fragili contemplati dal codice civile del 1942) l'impronta giurisdizionale, del tutto comprensibile per queste ultime due figure, in quanto, come è stato correttamente notato, storicamente il ricorso alla privazione legale della capacità di agire era riservato ai casi più eclatanti riguardanti persone segnate da deficit psicofisici o da degenerazioni pesanti della propria autonomia di gestione²¹. Dall'altro lato, l'istituto si discosta dall'interdizione e all'inabilitazione in quanto si tratta di uno strumento duttile (*recte*: di un provvedimento di volontaria giurisdizione che persegue la finalità di assistenza e di protezione del beneficiando in misura proporzionata e commisurata alle esigenze di questi²²) modulabile sul caso concreto, sui bisogni specifici della persona fragile coinvolta nella procedura, ma comunque operante sotto il diretto controllo del giudice. Proprio queste caratteristiche, e la sua minore invasività ne fanno lo strumento da applicare di preferenza rispetto a interdizione e inabilitazione²³ ("la

²¹ Così, testualmente, GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, cit., p. 860.

Invero, come emerge dall'Analisi dei dati quantitativi misure di protezione .tutele e amministrazioni di sostegno-Tribunale di Torino e Tribunale di Ivrea – 2023 – elaborato dalla città metropolitana di Torino (http://www.cittametropolitana.torino.it/cms/risorse/politichesociali/tutela/Corsi_Formazione/2024/Relazione_risultati_2_023.pdf) "le fragilità strettamente connesse all'età anziana (pensiamo a demenza senile, generale perdita di consapevolezza e di gestione dei propri interessi) rimangono la principale causa dell'apertura" del procedimenti di amministrazione di sostegno o anche di tutela, nell'ambito del circondario torinese e di Ivrea. La seconda patologia più ricorrente, per entrambe le misure, è la disabilità intellettiva

²² Così Cass., sez. I, ord. 7 agosto 2023, n. 24004, ove si aggiunge che il procedimento è qualificabile come volontaria giurisdizione, "stante l'insussistenza del passaggio in giudicato, la revocabilità del provvedimento, l'inapplicabilità del principio del *ne bis in idem*, la mancanza di una pubblica udienza di istruzione e la forma del provvedimento finale".

²³ Per tutti, basti qui ricordare:

a) Corte cost. 9 dicembre 20025, n. 440: "la complessiva disciplina inserita dalla legge n. 6 del 2004 sulle preesistenti norme del codice civile affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità; e consente, ove la scelta cada sull'amministrazione di sostegno, che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto. Solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'inabilitazione o dell'interdizione, che attribuiscono uno status di incapacità, estesa per l'inabilitato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria";

b) Cass., 1 marzo 2010, n. 4866: "in materia di misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, la legge 9 gennaio 2004, n. 6 ha configurato l'interdizione come istituto di carattere residuale, perseguendo l'obiettivo della minor limitazione possibile della capacità di agire, attraverso l'assunzione di provvedimenti di sostegno temporaneo o permanente; ne discende la necessità, prima di pronunciare l'interdizione, di valutare l'eventuale conformità dell'amministrazione di sostegno alle esigenze del destinatario, alla stregua della peculiare flessibilità del nuovo istituto, della maggiore agilità della relativa procedura applicativa, nonché della complessiva condizione psico-fisica del soggetto e di tutte le circostanze caratterizzanti il caso di specie".

capacità è la regola e l'incapacità l'eccezione"²⁴). Infatti, l'art. 405 c.c. prevede che il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno debba contenere l'indicazione:

- delle generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno;
- della durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato;
- dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario;
- degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno;
- dei limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità; della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario.

All'epoca, evidentemente, i tempi non erano ancora maturi per una valorizzazione degli strumenti negoziali che lascino al giudice tutelare un ruolo sussidiario.

I numeri dimostrano come l'istituto abbia riscosso un notevole successo nella pratica²⁵.

A vent'anni dalla sua entrata in vigore, è possibile tracciare un bilancio – per quel che qui rileva – dei profili di interesse processuale dell'istituto, che ancora non hanno trovato un approdo certo, e che continuano a suscitare incertezze applicative che certamente non rafforzano l'istituto.

A tale riguardo, giova qui ricordare che, ai sensi dell'art. 404 c.c., la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può instaurare un

²⁴ La residualità delle misure dell'interdizione e dell'inabilitazione emerge da una interpretazione letterale e sistematica delle norme contenute nel titolo XII del libro I del codice civile. Secondo la giurisprudenza di merito prevalente, pertanto, l'interdizione potrebbe trovare applicazione solo laddove l'amministrazione di sostegno si riveli una misura di protezione e di tutela insufficiente e inadeguata per quei soggetti la cui mantenuta capacità di relazionarsi con l'esterno, esponendoli al rischio di compiere atti dai quali possano derivare effetti giuridici dannosi, per sé e per i terzi, non immediatamente annullabili ove non compresi nell'elenco di poteri riconosciuti all'amministratore di sostegno. In virtù di tali considerazioni, la misura è ritenuta applicabile anche in caso di incapacità totale. Così, ad esempio, si erano espressi, già all'indomani dell'entrata in vigore della nuova normativa, Trib. Milano 21 marzo 2005; Trib. Pinerolo, decr. 4 novembre 2004; Trib. Milano, decr. 13 luglio 2004.

²⁵ V. *infra*.

procedimento di amministrazione di sostegno avanti al giudice tutelare del luogo in cui ha la residenza o il domicilio (art. 404 c.c.)²⁶ al momento della proposizione della domanda²⁷.

La legittimazione ad agire, ai sensi dell'art. 406 c.c. spetta allo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato (congiuntamente all'istanza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione davanti al giudice competente per quest'ultima) ovvero al coniuge, alla persona stabilmente convivente, ai parenti entro il quarto grado, agli affini entro il secondo grado, al tutore o curatore ovvero al pubblico ministero, ovvero ai responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all'art. 407 c.c.²⁸ o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero. Il pubblico ministero è parte necessaria del procedimento, a dimostrazione della valenza pubblicistica che, all'interno del nostro ordinamento, attualmente riveste siffatto procedimento.

3.1 Segue: gli ulteriori dubbi interpretativi concernenti i profili dinamici dell'istituto

Le modalità di svolgimento del giudizio di amministrazione di sostegno sono regolate in parte nel codice civile e in parte nel codice di rito, con ciò creando qualche disorientamento agli operatori pratici.

Già abbiamo ricordato che, ai sensi dell'art. 473-bis. 52, cui rinvia l'art. 473-bis. 58, la domanda di amministrazione di sostegno si propone con ricorso al giudice della residenza *ex art. 43 ult. comma cc.*²⁹ o del domicilio del beneficiario (*forum actoris*). Il ricorso deve contenere gli elementi indicati dall'art. 473-bis.12 o 13 c.p.c., quando la legittimazione spetti al pubblico ministero, che è in ogni caso interventore necessario nel giudizio (art. 407, ult. comma, c.c.). I

²⁶ Nel caso di collocamento del beneficiario in casa di cura, ove non ricorra prova della natura non transitoria del ricovero e della volontà dello stesso di ricollocare ivi il centro dei propri interessi e delle proprie relazioni personali, la competenza per territorio spetta al giudice tutelare del luogo in cui la persona interessata si presume abbia ancora la propria abituale dimora. Così Cass., sez. VI, 18 novembre 2016, n. 23571.

²⁷ La stessa regola si applica in caso di (distinto) procedimento camerale finalizzato ad ottenere la sostituzione dell'amministratore di sostegno: v. infatti Cass., 7 maggio 2012, n. 6880, in *Foro it.*, 2012, I, 2366. Competente a provvedere sull'istanza di sostituzione dell'amministratore di sostegno è il giudice tutelare del luogo di residenza del beneficiario, ancorché si tratti di luogo diverso da quello che ha radicato la competenza del giudice che ha adottato il decreto di nomina dell'amministratore.

²⁸ Per un esempio v. Trib. Roma, 19 febbraio 2005, disponibile per esteso in CENDON, COMAND, *20 anni di amministrazione di sostegno*, Milano, 2024, pp. 498-499.

²⁹ Poiché ai sensi della richiamata disposizione la residenza è il luogo in cui la persona ha la dimora abituale, si comprende perché l'art. 407 c.c. parli di ricorso che deve indicare la dimora abituale del beneficiario.

testi di queste ultime disposizioni del c.p.c. debbono poi essere integrati con la previsione di cui all'art. 473-bis. 52, secondo comma, c.p.c. secondo cui nell'atto introduttivo del giudizio devono essere indicati anche nome e il cognome e la residenza del coniuge (o, deve ritenersi, della persona unita civilmente) del convivente di fatto, dei parenti entro il quarto grado, degli affini entro il secondo grado, ossia dei soggetti che possono essere sentiti dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 407 c.c.³⁰.

Il ricorso può essere presentato dalla parte anche senza l'assistenza di un rappresentante tecnico, ed è probabilmente questo il profilo che maggior dibattito aveva suscitato tra gli interpreti all'indomani dell'entrata in vigore della normativa del 2004. Vi era chi, infatti, sul presupposto che quello in questione sia un procedimento di volontaria giurisdizione, aveva optato per la volontarietà dell'assistenza di un rappresentante tecnico³¹ e chi, invece, considerato il complesso contenuto del ricorso introduttivo aveva ritenuto obbligatoria la rappresentanza tecnica, a tutela del diritto di difesa della parte e in assonanza con quanto previsto nei procedimenti di interdizione e inabilitazione, trattandosi, nel caso di specie, di processo contenzioso seppur di c.d. giurisdizione oggettiva³². In ogni caso, anche quando la rappresentanza tecnica sia considerata volontaria è assicurato il beneficio del patrocinio per non abbienti³³.

Sennonché, nel 2006 la Corte di cassazione ha inaugurato, in proposito, un orientamento giurisprudenziale di compromesso³⁴, che si è ormai consolidato³⁵, secondo cui il

³⁰ E non perché si tratti di litisconsorti necessari del giudizio: così anche Cass. 5 giugno 2013, n. 1419, in *Fam. e dir.* 2014, pp. 24 ss., con nota di FRATINI, *È configurabile il litisconsorzio necessario nell'amministrazione di sostegno?*

³¹ Così, senza pretesa di completezza: CHIZZINI, *I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno*, in BONILINI, CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, pp. 316 ss., il quale ricorda come la soluzione *de qua* emerga chiaramente dai lavori preparatori, per quanto questo argomento possa assumere un valore interpretativo. Non solo nei resoconti parlamentari si manifesta l'idea di prospettare un procedimento semplificato, strutturato sul diretto rapporto parte e giudice, ma venne proposto al riguardo uno specifico emendamento all'art. 407, 2° co., con il quale si prevedeva che «in ogni fase del procedimento l'interessato è assistito da un difensore»: ma tale emendamento presentato dalla relatrice Erminia Mazzoni è stato poi, dalla stessa, ritirato alla luce delle contestazioni sollevate dai vari membri della commissione; DANOVI, *Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 797 ss.

³² Così, ad esempio, TOMMASEO, *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 192 ss.; CENDON, *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica*, in *Fam. e dir.*, 2004, 609 ss. Nell'ambito della giurisprudenza di merito, aveva affermato la sussistenza dell'onere del patrocinio, Trib. Padova 21 maggio 2004, in *Fam. e dir.*, 2004, 607; App. Milano 15 febbraio 2005, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, n. 3, 829 ss.

³³ Cass., sez. II, 4 giugno 2019, n.15175.

³⁴ Cass. civ. Sez. I, 29 novembre 2006, n. 25366, in *Fam. e dir.*, 2007, 1, 19.

³⁵ Cass. civ. Sez. I, 29 novembre 2006, n. 25366, cit., *cui adde* Cass., sez. I, 20 marzo 2013, n. 6861, nonché Cass., sez. VI, 13 marzo 2020, n. 7241, secondo cui il regolamento di competenza originato nell'ambito di un procedimento di amministrazione di sostegno può essere sottoscritta dalla parte personalmente.

procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno si distingue, per natura, struttura e funzione, dalle procedure di interdizione e di inabilitazione, e pertanto non richiede il ministero del difensore nelle ipotesi, da ritenere corrispondenti al modello legale tipico, in cui l'emanando provvedimento debba limitarsi ad individuare specificamente i singoli atti, o categorie di atti, in relazione ai quali si richiede l'intervento dell'amministratore. Per contro, la difesa tecnica è necessaria ogni qualvolta il decreto che il giudice ritenga di emettere non sia corrispondente alla richiesta dell'interessato, ovvero incida sui diritti fondamentali della persona, attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze analoghi a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, per ciò stesso incontrando il limite del rispetto dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa e del contraddittorio. Siffatto consolidato orientamento giurisprudenziale, in considerazione delle sue evidenti incertezze pratico-applicative (se la rappresentanza tecnica sia obbligatoria o meno lo si può verificare solo ex post, a procedimento già in corso), ha suscitato le critiche della dottrina ³⁶: vuoi da

Sul tema della obbligatorietà o meno della rappresentanza tecnica nel procedimento di amministrazione di sostegno, come si ricorderà, si è pronunciata anche la Corte costituzionale. Ci riferiamo a Corte cost., ord. 19 aprile 2007, n. 128, in *Fam. e dir.*, 2007, 7, 667 con nota di VULLO, *La Corte costituzionale si pronuncia in materia di amministrazione di sostegno e difesa tecnica*. Il giudice *a quo* aveva dubitato della legittimità costituzionale degli artt. 407, 408 c.c. e 716 c.p.c., per contrasto con gli artt. 2, 3, e 24 Cost., in quanto siffatte disposizioni non prevedono l'onere della difesa tecnica nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno. Gli argomenti addotti erano largamente coincidenti con quelli su cui si fonda l'orientamento favorevole alla necessità della difesa tecnica nel giudizio in esame. Segnatamente, si segnalava che la nomina dell'amministratore di sostegno comporta sempre una limitazione della capacità d'agire del beneficiario e che "ogni volta che oggetto sostanziale del procedimento sia una situazione soggettiva consistente in uno status, incidente sulla capacità legale della persona, la relativa tutela non può prescindere dall'osservanza delle regole in tema di patrocinio delle parti nel giudizio". La Consulta ha però dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, in quanto il giudice *a quo* non avrebbe verificato la possibilità di pervenire, in via interpretativa, a una lettura costituzionalmente orientata della normativa censurata. Peraltro, la Corte, nell'indicare le opzioni ermeneutiche che il remittente avrebbe dovuto vagliare, richiama sia la lettura favorevole all'obbligo di rappresentanza tecnica, sia l'orientamento della Corte di Cassazione, che si già nel 2006 si era espressa a favore della "normale" facoltatività della difesa tecnica, salvo che il provvedimento pronunciato in tale giudizio non incida "sui diritti fondamentali della persona, attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze, analoghi a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato".

³⁶V., ad esempio, CHIZZINI, *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in una prima (non risolutiva) decisione della Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, pp. 15 ss., secondo cui "il tentativo operato dalla Cassazione ... se da un lato certo sarà causa di non lievi difficoltà operative, dall'altro viene a profilare un'ambiguità interna all'istituto che non c'è nella legge e che rischia di minare alla base, laddove si imponesse con rigorosa consequenzialità, l'istituto e quella pratica funzionalità che con esso il legislatore voleva garantire del beneficiario ossia «la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente»" e TOMMASEO, *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in un'ambigua sentenza della Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2007, 1, p. 19.

Approva, invece, la posizione della Cassazione parte della dottrina civilistica. V. per tutti BUGETTI, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca*, Bologna, 2024, pp. 154 ss.

parte di coloro che si erano espressi a favore dell'obbligo di rappresentanza tecnica, vuoi da parte di coloro che, invece, l'avevano ritenuta non necessaria

La nuova disciplina del procedimento di amministrazione di sostegno introdotta dalla riforma Cartabia non ha purtroppo modificato i termini del dibattito, posto che il rinvio alle norme sui procedimenti di interdizione e inabilitazione in cui è previsto l'obbligo di rappresentanza tecnica, peraltro già presente in passato, è fatta sotto clausola di compatibilità.

Con riferimento alle modalità di svolgimento del procedimento di amministrazione di sostegno, ai fini della presente ricerca empirica giova solo segnalare che l'audizione del beneficiario, che è obbligatoria³⁷, in base alla previsione dell'art. 473-bis.54 c.p.c. dovrà svolgersi, senza soluzione di continuità rispetto a quanto accadeva *ante* riforma Cartabia, alla presenza del pubblico ministero. L'udienza si svolge, di regola, in presenza, per garantire l'effettività dell'audizione.

Tuttavia, se il beneficiario non può comparire per legittimo impedimento o la comparizione personale può arrecargli grave pregiudizio, il giudice si reca per sentirlo nel luogo in cui si trova.

Dopo l'entrata in vigore della Riforma Cartabia è inoltre previsto che, valutata ogni circostanza, il giudice tutelare possa disporre che l'udienza si svolga mediante collegamento audiovisivo a distanza, individuando le modalità idonee ad assicurare l'assenza di condizionamenti. Si ritiene, però, che quest'ultima modalità di audizione debba costituire l'*extrema ratio*, considerate le difficoltà delle audizioni a distanza di persone fragili (non a caso l'art. 127 bis c.p.c. non ammette siffatta modalità per l'audizione dei testimoni).

Qualora, all'esito dell'audizione dell'interessato e dell'istruttoria posta in essere risulti che il beneficiario necessita di un amministratore di sostegno, il giudice tutelare dovrà *in primis* individuare la persona dell'amministratore oltre ad indicare, nel decreto di nomina, quali sono

³⁷ V. Cass., sez. I, 19 gennaio 2023, n.1667, secondo cui l'audizione personale del beneficiario dell'amministrazione di sostegno rappresenta un adempimento essenziale della procedura in esame, non solo perché rispettoso della dignità della persona che vi sia sottoposta in ragione di una qualche disabilità, ma anche perché funzionale alla realizzazione dello scopo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, che è quello di accertare la ricorrenza dei relativi presupposti in maniera specifica e circostanziata, sia rispetto alle concrete - e attuali - condizioni di menomazione fisica o psichica del beneficiario, sia rispetto alla loro incidenza sulla capacità del medesimo di provvedere ai propri interessi personali e patrimoniali. Ciò al fine di perimetrare i poteri gestori dell'amministratore in termini direttamente proporzionati ad entrambi i menzionati elementi, dovendo la misura risultare funzionale agli obiettivi individuali di tutela, altrimenti implicando un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona. È dunque evidente che a tali fini va accertata la volontà del beneficiario, le cui dichiarazioni, opposizioni o preferenze devono essere scrupolosamente registrate e valutate dal giudice.

le attività che quest'ultimo può compiere a sostegno della persona vulnerabile (il c.d. vestito cucito su misura che dovrebbe essere la caratteristica dell'amministrazione di sostegno).

Con riferimento alla scelta dell'amministratore di sostegno, l'art. 408 c.c. attribuisce preferenza alla designazione dell'interessato, fatta anteriormente alla proposizione del ricorso, in un momento in cui costui era in situazione di capacità di agire, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. Tale designazione può essere ignorata dal giudice solo per gravi motivi, di cui occorre dare atto nel decreto di nomina³⁸.

In mancanza di tale designazione, ovvero quando la designazione vi sia stata ma vi siano gravi motivi che, per conseguire una più effettiva tutela del beneficiario rendano necessario discostarsi dalla designazione effettuata, il giudice tutelare può indicare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso. L'art. 408 c.c. prevede altresì che il giudice tutelare debba preferire – in quanto vincolati da un legame affettivo al beneficiario e dunque in grado di meglio comprendere le necessità del beneficiario – il coniuge che non sia separato legalmente (ovvero la persona legata al beneficiario da una unione civile), la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il

³⁸ Ad esempio, Cass., sez. I, ord. 21 novembre 2023, n. 32219 ha ritenuto che non sussistessero i gravi motivi per discostarsi dalla designazione del beneficiario in una situazione in cui quest'ultimo era un malato di Parkinson che aveva designato la moglie come amministratrice di sostegno mentre i giudici territoriali (rispettivamente giudice tutelare di Firenze e Corte d'appello di Firenze) avevano ritenuto di discostarsi da tale designazione perché "il ricorrente era risultato in cattive condizioni di cura, nonostante due badanti e una persona di servizio (ciò che era da ascrivere ad un omesso controllo sulla loro efficienza)", nonché in considerazione dell'acquisto, da parte della moglie, con denaro del marito, di una "costosa autovettura", spesa eccessiva a fronte delle necessità del reclamante per il quale era avvenuta una rilevante vendita per monetizzare il patrimonio e far fronte alle spese mensili di famiglia (per circa euro 6.000,00).

Con riferimento a siffatta motivazione, la Suprema Corte ha ritenuto che "il riferimento alle condizioni fisiche dell'interessato (piaghe da decubito) non appare significativo, in quanto anzitutto viene in rilievo il richiamo ad una attività materiale e sanitaria (la cura della persona) non oggetto di mandato (che comprende solo l'attività giuridica e la responsabilità di scelte con effetti per la persona amministrata) in relazione a una condizione fisica che, di per sé, non si sa da chi cagionata tra le persone che accudivano il beneficiario (con la presenza di due badanti, come emerge dagli atti, e quindi di un fatto che comunque esprime la cura della ricorrente verso il marito), né emerge con chiarezza il nesso di causalità medico-legale tra l'operato delle collaboratrici domestiche e le suddette piaghe (che, come noto, sono cagionate dall'immobilità costante del malato). Circa l'acquisto dell'automobile, si tratta di un fatto rimasto isolato, che comunque non ha inciso significativamente (in mancanza di apposito accertamento e motivazione) sulle capacità economiche del beneficiario alla luce della vendita immobiliare segnalata dalla Corte d'appello, la cui pronuncia, secondo la quale tale spesa, in quanto eccessiva, sarebbe espressiva di un'inadeguatezza della moglie ad assumere il ruolo di amministratore di sostegno, non può essere condivisa, trattandosi di un fatto non motivato con riferimento al complessivo tenore di vita del nucleo e nel complesso delle sostanze familiari disponibili e che perciò non può incidere sulla valorizzazione della volontà del beneficiario in questione. In definitiva, la Corte territoriale [...] non ha valorizzato adeguatamente la relativa scelta di designare quel familiare quale amministratore di sostegno".

quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata.

L'ordine di indicazione di tali soggetti, ad avviso del legislatore tutti presumibilmente legati da un vincolo di familiarità e dunque di fiducia al beneficiario, non è un ordine di preferenza.

Si tratta di una scelta discrezionale del giudice tutelare, finalizzata alla cura degli interessi della persona beneficiata³⁹, che potrebbe anche preferire la nomina di un professionista, ad esempio quando non sussista alcun familiare disponibile, ovvero quando i familiari risiedano all'estero o in un'altra città italiana – magari lontana – oppure siano, ad esempio, a loro volta interdetti o inabilitati ovvero beneficiari di amministrazione di sostegno⁴⁰. Dell'esercizio di tale potere discrezionale, il giudice dà conto nella motivazione del decreto di nomina⁴¹.

La previsione aggiunge che il giudice tutelare, quando ne ravvisi l'opportunità - *i.e.* in base ad una sua valutazione discrezionale compiuta in base ai criteri appena indicati e di cui si deve dar conto nella motivazione del provvedimento - può chiamare all'incarico di amministratore di sostegno anche altra persona idonea, in genere professionisti, ad esempio avvocati⁴², talvolta anche a dottori commercialisti e ad altri professionisti in grado di curare gli interessi patrimoniali del beneficiario. L'amministratore nominato riceve una indennità⁴³ ex art. 379 c.c., considerata l'attività svolta e il patrimonio del beneficiario⁴⁴. Come chiarito dalla Corte

³⁹ Cass., sez. I, 26 settembre 2011, n. 19596, in *Guida al dir.*, 2011, 47, p. 81.

⁴⁰ Sono esempi tratti da CENDON, COMAND, *20 anni di amministrazione di sostegno*, cit., pp. 261-262.

⁴¹ La carenza di motivazione può essere censurata in Cassazione. Vedi, ad esempio, Cass., sez. I, 2 novembre 2022, n. 32321 secondo cui la distanza chilometrica tra i luoghi di residenza della beneficiaria e della di lei sorella – che evidentemente era stata indicata nella motivazione del decreto quale ragione idonea a giustificare l'esclusione della nomina ad amministratrice di sostegno – non è una circostanza univocamente impeditiva allo svolgimento della funzione, se non correlata alla previsione della gravosità e frequenza dell'impegno richiesto nell'assolvimento della stessa.

⁴² PICCINNI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 691, si esprime in termini di "massiccio coinvolgimento dell'avvocatura".

⁴³ V. da ultimo Cass., sez. I, 3 gennaio 2024, n. 165.

⁴⁴ A dimostrazione della prassi consolidata di nominare come amministratori di sostegno dei professionisti (in genere avvocati) sussistono diversi protocolli di intesa, sottoscritti da tribunali e consigli dell'ordine degli avvocati finalizzati a fissare dei criteri uniformi per la liquidazione delle indennità agli amministratori di sostegno. I protocolli coincidono con riferimento alle voci considerate per il calcolo dell'indennità, che comprendono, in base a quanto previsto dall'art. 379 c.c., l'entità della liquidità e del patrimonio immobiliare del beneficiario, nonché le difficoltà di gestione. Viceversa, il valore massimo del patrimonio entro i cui limiti nessuna indennità è dovuta e l'ammontare dell'incremento percentuale applicato nel caso in cui il patrimonio contenga beni immobili o abbia dato luogo a difficoltà di gestione, non sempre sono corrispondenti.

V., ad esempio, il Protocollo del tribunale di Palermo e relativo consiglio dell'ordine degli avvocati del 2019 (<https://www.avvocatipalermo.it/coa/documenti/consiglio/normativa/protocollo%20liquidazione%20compensi%20amministratori%20sostegno.pdf>), il Protocollo del tribunale di Lucca e relativo consiglio dell'ordine degli avvocati del 2021 (<https://www.ordineavvocati.lu.it/wp-content/uploads/2021/08/Protocollo-per-la-liquidazione-dellequa-indennita-ad-amministratori-di-sostegno-e-tutori-16.7.2021.pdf>), il protocollo del tribunale di Roma

Costituzionale⁴⁵, siffatta indennità non ha natura retributiva, ma serve a compensare gli oneri e le spese, non facilmente documentabili, da cui l'amministratore è gravato a cagione dell'attività di amministrazione del patrimonio della persona fragile. Per contro, l'obbligo di cura e di assistenza della persona non comporta oneri e spese quantificabili, sia pure forfettariamente in denaro, e pertanto suscettibili di essere remunerate⁴⁶.

Il c.c. non prevede alcuna attività di formazione obbligatoria per il compimento dell'attività di amministratore di sostegno, quante volte si tratti di professionisti e non già di familiari o di soggetti designati dal beneficiario. La formazione obbligatoria è tuttavia prevista da talune leggi regionali, ad esempio in Toscana⁴⁷.

Infine, il decreto conclusivo del giudizio di nomina dell'amministratore di sostegno ha intrinseca stabilità, non aparendo in alcun modo idoneo al giudicato, ma piuttosto essendo revocabile e modificabile.

(https://www.tribunale.roma.it/allegatinews/A_19636.pdf), quello del tribunale di Varese e del locale consiglio dell'ordine degli avvocati del 2023 (https://tribunale-varese.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/2023-LINEE_GUIDA_LIQUIDAZIONE_EQUA_INDENNITA'_ADS-Tutori_definitivo_signed_signed.pdf) e, infine, il protocollo del tribunale di Trento (<https://www.ordineavvocatitrento.it/wp-content/uploads/2023/05/AdS-linee-guida-liquidazione-1.pdf>) e quello del tribunale di Busto Arsizio (<https://www.avvocatibustoarsizio.it/wp-content/uploads/2022/12/LINEE-GUIDA-LIQUIDAZIONE-TUTORI-ADS.pdf>).

⁴⁵ Corte costituzionale, 6 dicembre 1988, n. 1073 (rel. Mengoni), che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 379, secondo comma, c.c., sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost. Il giudice rimettente dubitava della conformità all'art. 3 Cost. dell'art. 379, secondo comma, c.c. nella parte in cui non prevede a favore del tutore, che presta al suo pupillo assistenza personale particolarmente gravosa, l'indennità che la detta norma contempla, invece, a favore del tutore in considerazione delle difficoltà dell'amministrazione del patrimonio.

⁴⁶ Tescaro, *L'avvocato amministratore di sostegno e la sua «remunerazione»*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, pp. 919, ss., spec. 924 e ss. che dà però atto di una certa giurisprudenza di merito, secondo cui all'amministratore di sostegno, per tale attività, spetta un indennizzo comprensivo — oltre che delle spese affrontate per l'amministrazione del patrimonio dell'amministrato — anche della 'remunerazione' per l'attività di cura della persona direttamente espletata dall'amministratore. Il tutto a carico del beneficiario. L'Autore propende, viceversa, per la tesi della gratuità dell'attività richiamata anche nel testo.

⁴⁷ A) In Toscana, con la legge regionale 4 marzo 2020, n. 18 (Disposizioni per la promozione della figura dell'amministratore di sostegno) si è prevista l'istituzione, presso le unità sanitarie locali, di elenchi ai quali possono iscriversi le persone disponibili ad assumere l'incarico di amministratore di sostegno. Tali elenchi sono gestiti dalle ASL anche in raccordo con gli uffici dei giudici tutelari. Per poter essere iscritti negli elenchi degli amministratori di sostegno occorre aver frequentato un corso di formazione offerto gratuitamente dalla regione.

B) In Piemonte, invece, la Città metropolitana di Torino, in collaborazione con il CISSA - Consorzio Intercomunale Servizi Socio-Assistenziali e il Consorzio Ovest Solidale, ha promosso il progetto Diogene, ossia dei corsi di formazione gratuiti per diventare amministratori di sostegno o tutori volontari.

C) La provincia autonoma di Bolzano ha istituito un Elenco provinciale degli amministratori di sostegno volontari. Per iscriversi all'Elenco provinciale è necessario aver frequentato un corso di formazione di base e vi è l'obbligo di seguire almeno ogni 5 anni un corso di aggiornamento. I corsi sono gratuiti.

Un elenco delle diverse leggi regionali finalizzate alla promozione dell'amministrazione di sostegno (tra le quali non figura alcuna iniziativa della Regione Piemonte) si trova in CENDON, COMAND, *20 anni di amministrazione di sostegno*, cit., pp. 685 ss.

4. La ricerca empirica svolta dal gruppo Unito e la metodologia prescelta

Il gruppo di lavoro del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino (di seguito: il gruppo di lavoro), per realizzare lo studio biennale sul funzionamento pratico del procedimento di amministrazione di sostegno, a vent'anni dalla sua entrata in vigore e a seguito della Riforma Cartabia, nonché l'individuazione dell'impatto pratico che, in punto di protezione degli adulti vulnerabili, sta avendo la recente degiurisdizionalizzazione operata dall'art. 21 del D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 si è avvalso di una ricerca qualitativa, condotta mediante interviste semistruzzurate a giudici tutelari attivi nei 7 tribunali ordinari del Piemonte (Alessandria, Asti, Biella, Cuneo, Torino, Vercelli, Ossola-Verbania), ad avvocati familiaristi e notai attivi in Piemonte, a funzionari pubblici ed esponenti del privato sociale con esperienza in materia di amministrazione di sostegno.

I numeri delle interviste attese ad inizio progetto erano le seguenti:

- a) se possibile, almeno 7 giudici tutelari, uno per ogni circondario di tribunale, individuati dal Presidente del Tribunale o dal Presidente di Sezione
- b) se possibile, almeno un avvocato familiarista uno per circondario, individuati dai Consigli degli Ordini degli avvocati territorialmente competenti;
- c) alcuni notai, su indicazione dei Consigli notarili dei distretti piemontesi
- d) alcuni funzionari pubblici ed esponenti del privato sociale con esperienza in tema di amministrazione di sostegno (es. Ufficio Pubblica Tutela della Città Metropolitana di Torino, Coordinamento regionale degli Enti Gestori delle funzioni socio assistenziali, Federazione Italiana Alzheimer, Associazione Almm - Lotta contro le malattie mentali, Fondazione Promozione Sociale), individuati anche al fine di garantire una equa rappresentatività sul territorio piemontese.

Le aspettative non sono state disattese. Infatti, all'esito del primo anno di progetto sono state realizzate interviste a 5 giudici tutelari, 3 avvocati, 3 notai, 2 funzionari pubblici ed esponenti del privato con esperienza in tema di amministrazione di sostegno.

Inoltre, al fine di poter avere qualche elemento di confronto con altre esperienze sul territorio nazionale, i risultati delle interviste realizzate dal gruppo di lavoro torinese sono stati poi confrontati con quelli raccolti sul territorio toscano, sulla base di questionari analoghi, dal Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Pisa nell'ambito di due progetti, uno legato

agli obiettivi del PNRR⁴⁸ (nel cui ambito sono stati intervistati 4 giudici tutelari dei circondari di Firenze e Pisa) e l'altro finanziato nell'ambito della linea *DG justice*⁴⁹ (in cui sono stati intervistati 3 notai, rispettivamente presidenti del Consiglio Notarile di Pisa, Livorno e dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato).

La ricerca condotta dal gruppo di lavoro del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino ha altresì previsto la raccolta, anche grazie alla collaborazione con l'ufficio di pubblica tutela della Città metropolitana di Torino, dei seguenti dati quantitativi:

- a) Numero di amministrazioni di sostegno relative all'anno 2023⁵⁰, e
- b) numero di provvedimenti di interdizione e inabilitazione⁵¹, attivati presso i tribunali ordinari di ciascun circondario piemontese nell'anno 2023.

⁴⁸ Progetto "Towards an Integrated Care System for people with chronic diseases, multimorbidity, frailty, and polypharmacy" coordinato dalla prof. ssa Elena Bargelli nell'ambito dello spoke-10 "Population Health" (capofila: Scuola Superiore S. Anna) di Tuscany Health Ecosystem (THE).

⁴⁹ Progetto DG Justice dal titolo "Extra-Judicial Administration of Justice in Cross-Border Family and Succession Matters" (CODE.FS, 101046578), coordinato dalla prof. ssa Elena Bargelli, Sito web di progetto disponibile al link <https://codefs.jus.unipi.it/>.

⁵⁰ Secondo l'Analisi dati quantitativi misure di protezione .tutele e amministrazioni di sostegno-Tribunale di Torino e Tribunale di Ivrea – 2023 – elaborato dalla città metropolitana di Torino (http://www.cittametropolitana.torino.it/cms/risorse/politichesociali/tutela/Corsi_Formazione/2024/Relazione_risultati_2023.pdf), i numeri delle amministrazioni di sostegno nel circondario del tribunale di Torino mostrano un *trend* in aumento: in particolare, i dati del 2023 registrano 1216 procedimenti di amministrazioni di sostegno pendenti (contro 795 definiti nel 2022) a fronte di circa 264 procedure avviate per interdizione o inabilitazione (328 quelle definite nel 2022, dunque con una tendenza alla decrescita). Si legge nell'Analisi, nel circondario del tribunale di Torino, l'amministrazione di sostegno "è la misura maggiormente adottata per gli anziani (736 aperture contro 114 interdizioni), con ogni probabilità grazie alla celerità della procedura di amministrazione di sostegno: tra le A.S.O. aperte con urgenza quasi il 50% riguarda infatti persone che vivono situazioni di particolare vulnerabilità a causa dell'età anziana (demenza senile, confusione, allettamento...)".

Nel circondario del tribunale di Ivrea, si nota invece una tendenza inversa: le procedure di amministrazione di sostegno aperte nel 2023 sono state 96 (139 nel 2022 e 136 nel 2021), mentre 109 i procedimenti di tutela (interdizione o inabilitazione) aperti. L'Analisi, in proposito, osserva che "Guardando al Tribunale di Ivrea, rispetto alle due misure per i beneficiari ultra 65enni, il dato numerico rileva una leggera preferenza per la tutela (60% delle misure). Si nota una netta prevalenza di tutele aperte per beneficiari nella fascia d'età 18-30 in entrambi i Tribunali (Torino e Ivrea): questa fascia d'età è caratterizzata dalla presenza di persone affette da importanti disabilità, che al compimento della maggiore età necessitano di un rappresentante legale... Gli anziani, , sono i principali beneficiari delle misure di protezione, a cause delle patologie e delle fragilità che si maturano naturalmente con l'avanzare dell'età. Il Tribunale di Ivrea risulta preferire la tutela come misura più consona (scegliendola per 48 casi, contro i 36 di A.S.O.), mentre il Tribunale di Torino ha aperto la tutela solo in 93 situazioni, mentre per 573 ha preferito procedere con un'amministrazione di sostegno".

Più in generale, nell'ambito del distretto di corte d'appello di Torino, per il periodo 2013-2021 vi è stato un incremento di fascicoli di amministrazione iscritti pari al 2,5 per cento, con una punta di 3.800 fascicoli complessivi nell'ultimo anno dell'arco temporale preso in considerazione (*Monitoraggio e ricognizione annuale delle esperienze di amministrazione di sostegno*, in *Studi Zancan. Politiche e servizi alle persone*, settembre-dicembre 2022, 57).

⁵¹ Nel distretto di corte d'appello di Torino, che comunque risulta essere il distretto italiano con il maggior numero di procedimenti di interdizione o inabilitazione instaurati, per il periodo 2013-2021 si è avuta una diminuzione dei casi pari al

c) dati statistici raccolti dal Consiglio Nazionale del Notariato in ordine all'applicazione dell'art. 21 del D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149⁵².

FIGURA 1. Numero delle autorizzazioni notarili per il periodo febbraio 2023-febbraio 2024. Dati disaggregati (i.e. non sono isolabili i casi in cui l'autorizzazione notarile è stata richiesta dall'amministratore di sostegno).

Fonte: Studio n. 80-2023/PC del Consiglio Nazionale del Notariato.

Totale autorizzazioni concesse: 294.

Impugnazioni: 17

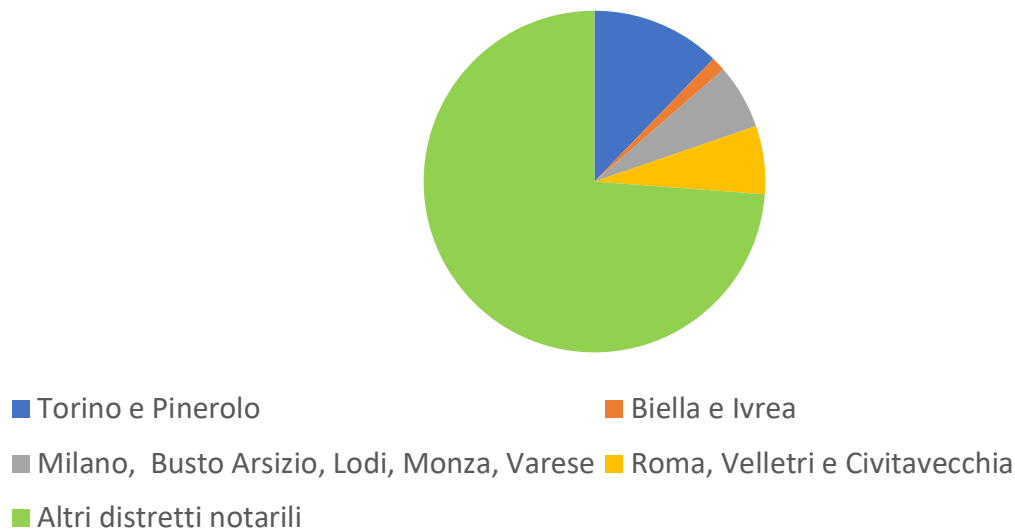
5,5 per cento, con circa **700** procedimenti pendenti (*Monitoraggio e ricognizione annuale delle esperienze di amministrazione di sostegno*, in *Studi Zancan*, cit., 63).

⁵² V., in particolare, lo Studio n. 80-2023/PC del Consiglio Nazionale del Notariato pubblicato il 1° marzo 2024 e curato da E. FABIANI, PICCOLO, *Le nuove competenze notarili in tema di volontaria giurisdizione di cui all'art. 21 del D. lgs. 149/2022 nelle prassi*, cit. Emblematicamente, lo studio esordisce, a p. 9, affermando che "Non poche sono le lacune e i punti interrogativi lasciati aperti dalla norma di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 149/22". Per l'effetto "si sono sviluppate tanto differenti prassi presso gli Uffici giudiziari, diramate con circolari o, sempre più spesso, con protocolli condivisi da uffici giudiziari e consigli notarili, quanto diversi indirizzi giurisprudenziali".

Lo studio altresì indica i dati statistici raccolti all'esito del monitoraggio operato dal Consiglio Nazionale del Notariato- Si noti, tuttavia, che i dati sono aggregati, ossia non è dato sapere quante delle autorizzazioni notarili concesse si riferiscono a beneficiari di amministrazione di sostegno, piuttosto che alle altre fattispecie previste dall'art. 21 del D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149: alla data della pubblicazione risultano (p. 59, testo e note nn. 82 e 83): 294 autorizzazioni concesse (di cui 36 nell'ambito del distretto notarile di Torino e Pinerolo e 4 nel distretto notarile di Biella e Ivrea, un numero consistente paragonato alle 18 autorizzazioni dei distretti notarili Milano, Busto Arsizio, Lodi, Monza, Varese e alle 19 autorizzazioni dei distretti notarili di Roma, Velletri, e Civitavecchia), e solo 17 impugnate (di cui un solo reclamo nel distretto notarile di Biella e Ivrea).

In particolare, si sottolinea che esiste un *trend* relativo al rapporto fra autorizzazioni notarili ed impugnative in sede giudiziale, nel senso di un progressivo ridimensionamento numerico delle stesse.

Autorizzazioni per distretto Notarile (Febbraio 2023-Febbraio 2024)



5. Tracce delle interviste (pensate alla luce delle incertezze interpretative rilevate dagli interpreti)

La ricerca empirica ha preso avvio con l'elaborazione, nei mesi di novembre-dicembre 2023, da parte del gruppo di lavoro, di tre distinte tracce di intervista semistrutturate, in considerazione del diverso ruolo, svolto da ciascuno dei professionisti intervistati, nella protezione degli adulti vulnerabili (giudice tutelare, notaio, avvocato o dipendente di associazioni no profit), che qui di seguito, per comodità del lettore si riportano nel loro contenuto integrale. Come già segnalato, nella redazione dei quesiti, si è tenuto conto degli aspetti della procedura più problematici e discussi a livello di dottrina e giurisprudenza e qui appositamente richiamati nei paragrafi precedenti. Di seguito si trascrivono i quesiti elaborati.

A. TRACCIA INTERVISTA SEMISTRUTTURATA PER GIUDICI TUTELARI

1. Indichi, per favore, da quanto tempo svolge funzioni di giudice tutelare
2. Indichi, per favore, se ha precedentemente esercitato la funzione in circondari diversi da quello attuale

3. Nella sua esperienza, quanto sono frequenti i casi in cui è l'adulto vulnerabile a chiedere direttamente l'apertura di un'amministrazione di sostegno? Nella sua esperienza, è possibile individuare caratteri comuni alle situazioni di questo tipo (es. fascia d'età, beneficiario con una infermità o una disabilità solo fisica, richiesta di nomina di amministratore a tempo determinato)?
4. Nella sua esperienza, quanto sono frequenti i casi in cui l'adulto vulnerabile a favore del quale è attivata un'amministrazione di sostegno è capace di discernimento? Nella sua esperienza, è possibile individuare caratteri comuni alle situazioni di questo tipo (es. fascia d'età, beneficiario con una infermità o una disabilità solo fisica, richiesta di nomina di amministratore a tempo determinato)?
5. Nella sua esperienza, quanto sono frequenti i casi di designazione anticipata di amministratore di sostegno (art. 408 c.c.)? Nella sua esperienza, è possibile individuare caratteri comuni alle situazioni di questo tipo (es. fascia d'età, beneficiario con una patologia degenerativa)?
6. Nella sua esperienza, quanto sono frequenti le situazioni in cui l'amministratore di sostegno è nominato in contrasto con la volontà dell'adulto vulnerabile? Può farci qualche esempio di situazione di questo tipo che ha incontrato nell'ambito della sua attività professionale?
7. Nella sua esperienza, dove e come avviene l'ascolto del potenziale beneficiario in sede di richiesta di attivazione della misura di protezione? Ci sono casi in cui non si procede all'ascolto?
8. Nella sua esperienza, come e quando viene accertata la sufficiente conoscenza della lingua italiana da parte del potenziale beneficiario e quanto spesso viene nominato un interprete che lo assista?
9. Nella sua esperienza, quanto frequenti sono i casi in cui il potenziale beneficiario dell'amministrazione di sostegno fruisce di una difesa tecnica all'interno del procedimento per l'attivazione della misura?
10. Nella sua esperienza, quanto frequentemente avviene l'ascolto del beneficiario dell'amministrazione di sostegno durante la vigenza della misura (es. a scadenze periodiche, qualora il giudice ne ravvisi la necessità, per esempio in caso di dissenso tra beneficiario e amministratore)?
11. Nella sua esperienza quali sono gli strumenti che il beneficiario ha a disposizione per portare la sua "voce" all'attenzione del giudice durante la vigenza dell'amministrazione di

sostegno e quanto vengono utilizzati? (es. contatti telefonici, lettere, ascolto diretto, ascolto delegato, tramite l'amministrazione di sostegno).

12. Nella sua esperienza, quando e come il dissenso tra beneficiario e amministratore di sostegno è portato all'attenzione del giudice e come viene gestito da quest'ultimo? Può fare degli esempi pratici alla luce della sua esperienza professionale (in particolare con riferimento ai trattamenti sanitari e al collocamento residenziale del beneficiario)?

13. Nella sua esperienza, l'autorità giudiziaria si relaziona direttamente con i servizi sanitari e sociali oppure il contatto è mediato dall'amministrazione di sostegno? Se avviene direttamente, quando e come avviene?

14. Nella sua esperienza, quanto sono frequenti i casi di TSO nei confronti di persona beneficiaria di amministrazione di sostegno e come viene coinvolto l'amministratore di sostegno in questi casi?

15. Nella sua esperienza come è cambiato il procedimento di amministrazione di sostegno alla luce della Riforma Cartabia?

16. A tale proposito, secondo la sua esperienza, quali sono i punti di forza e quali le criticità dell'attribuzione ai notai di una competenza autorizzatoria alternativa operata dalla Riforma Cartabia? Perché?

17. Nel complesso, qual è il suo giudizio rispetto al diritto vivente dell'amministrazione di sostegno: quali sono i punti di forza e quali le criticità?

18. A suo giudizio, sarebbe opportuna una riforma per via legislativa dell'amministrazione di sostegno e degli altri strumenti di protezione dell'adulto vulnerabile? Perché e con quali contenuti?

B. TRACCIA INTERVISTA SEMISTRUTTURATA PER NOTAI

1. Indichi per favore da quanto tempo esercita le funzioni notarili e, se possibile, se ha già rilasciato autorizzazioni ai sensi dell'art. 21 del Dlgs. n. 149 del 2022 e il numero delle stesse.

2. Quali sono, a suo avviso, i pregi e quali, invece, i difetti del doppio binario introdotto dalla Riforma Cartabia per l'autorizzazione?

3. Quali sono, nella sua esperienza, gli atti per i quali più frequentemente viene richiesta l'autorizzazione al notaio rogante? Può farci degli esempi?

4. Nella sua esperienza come notaio, come viene accertata la sufficiente conoscenza della lingua italiana da parte delle parti? Nello specifico caso dell'autorizzazione, a suo avviso, come potrà essere accertata?
5. Qual è a suo avviso il contenuto dell'esame che il notaio deve condurre e quali sono a suo avviso/nella sua esperienza gli strumenti istruttori più utili e quali i consulenti individuati? In particolare, ritiene che il notaio possa/debba chiedere di accedere al fascicolo del giudice tutelare sull'amministratore/contattare i servizi sanitari/sociali che seguono la persona vulnerabile per approfondire il progetto di vita di quest'ultima?
6. A suo avviso/nella sua esperienza il notaio procede all'ascolto diretto del soggetto vulnerabile? Quando? Come?
7. Come valuta il silenzio serbato dalla Riforma Cartabia sul regime di responsabilità del notaio nell'esercizio del potere di autorizzazione?
8. Come valuta la scelta di svincolare la scelta del notaio "autorizzante" da qualsiasi limite di competenza territoriale?

C. TRACCIA INTERVISTA SEMISTRUTTURATA PER AVVOCATI E ASSOCIAZIONI

1. Descriva la propria attività professionale con particolare riferimento all'istituto dell'amministrazione di sostegno (Da quanti anni si occupa di amministrazione di sostegno? In che ruolo (avvocato della persona vulnerabile? Dei familiari? Amministratore di sostegno?)
2. Nella sua esperienza, quanto sono frequenti i casi in cui è l'adulto vulnerabile a chiedere l'apertura di un'amministrazione di sostegno? Nella sua esperienza, è possibile individuare caratteri comuni alle situazioni di questo tipo (es. beneficiario con una infermità o una disabilità solo fisica, richiesta di nomina di amministratore a tempo determinato)?
3. Nella sua esperienza, quanto sono frequenti i casi in cui l'adulto vulnerabile a favore del quale è attivata un'amministrazione di sostegno è capace di discernimento? Nella sua esperienza, è possibile individuare caratteri comuni alle situazioni di questo tipo (es. fascia d'età, beneficiario con una infermità o una disabilità solo fisica, richiesta di nomina di amministratore a tempo determinato)?
4. Nella sua esperienza, quanto sono frequenti le situazioni in cui l'amministratore di sostegno è nominato in contrasto con la volontà dell'adulto vulnerabile? Può farci qualche esempio di situazione di questo tipo che ha incontrato nell'ambito della sua attività professionale?

5. Nella sua esperienza, dove e come avviene l'ascolto del potenziale beneficiario in sede di richiesta di attivazione della misura di protezione? Ci sono casi in cui non si procede all'ascolto?
6. Nella sua esperienza, quanto frequenti sono i casi in cui il potenziale beneficiario dell'amministrazione di sostegno fruisce di una difesa tecnica all'interno del procedimento per l'attivazione della misura?
7. Nella sua esperienza, quanto frequentemente avviene l'ascolto del beneficiario dell'amministrazione di sostegno durante la vigenza della misura (es. a scadenze periodiche, qualora il giudice ne ravvisi la necessità, per esempio in caso di dissenso tra beneficiario e amministratore)?
8. Nella sua esperienza quali sono gli strumenti che il beneficiario ha a disposizione per portare la sua "voce" all'attenzione del giudice durante la vigenza dell'amministrazione di sostegno e quanto vengono utilizzati? (es. contatti telefonici, lettere, ascolto diretto, ascolto delegato, tramite l'amministrazione di sostegno).
9. Nella sua esperienza, quando e come il dissenso tra beneficiario e amministratore di sostegno è portato all'attenzione del giudice e come viene gestito da quest'ultimo? Può fare degli esempi pratici alla luce della sua esperienza professionale (in particolare con riferimento ai trattamenti sanitari e al collocamento residenziale del beneficiario)?
10. Nella sua esperienza, quanto sono frequenti i casi di TSO nei confronti di persona beneficiaria di amministrazione di sostegno e come viene coinvolto l'amministratore di sostegno in questi casi?
11. Nella sua esperienza come è cambiato il procedimento di amministrazione di sostegno alla luce della Riforma Cartabia?
12. A tale proposito, secondo la sua esperienza, quali sono i punti di forza e quali le criticità dell'attribuzione ai notai di una competenza autorizzatoria alternativa operata dalla Riforma Cartabia? Perché?
13. Nel complesso, qual è il suo giudizio rispetto al diritto vivente dell'amministrazione di sostegno: quali sono i punti di forza e quali le criticità?
14. A suo giudizio, sarebbe opportuna una riforma per via legislativa dell'amministrazione di sostegno e degli altri strumenti di protezione dell'adulto vulnerabile? Perché e con quali contenuti?
15. Ha già avuto esperienze con il "doppio binario" introdotto dalla Riforma Cartabia? Nella sua esperienza, l'attribuzione ai notai di una competenza autorizzatoria alternativa

operata dalla Riforma Cartabia è una novità positiva per la protezione della persona vulnerabile? Perché?

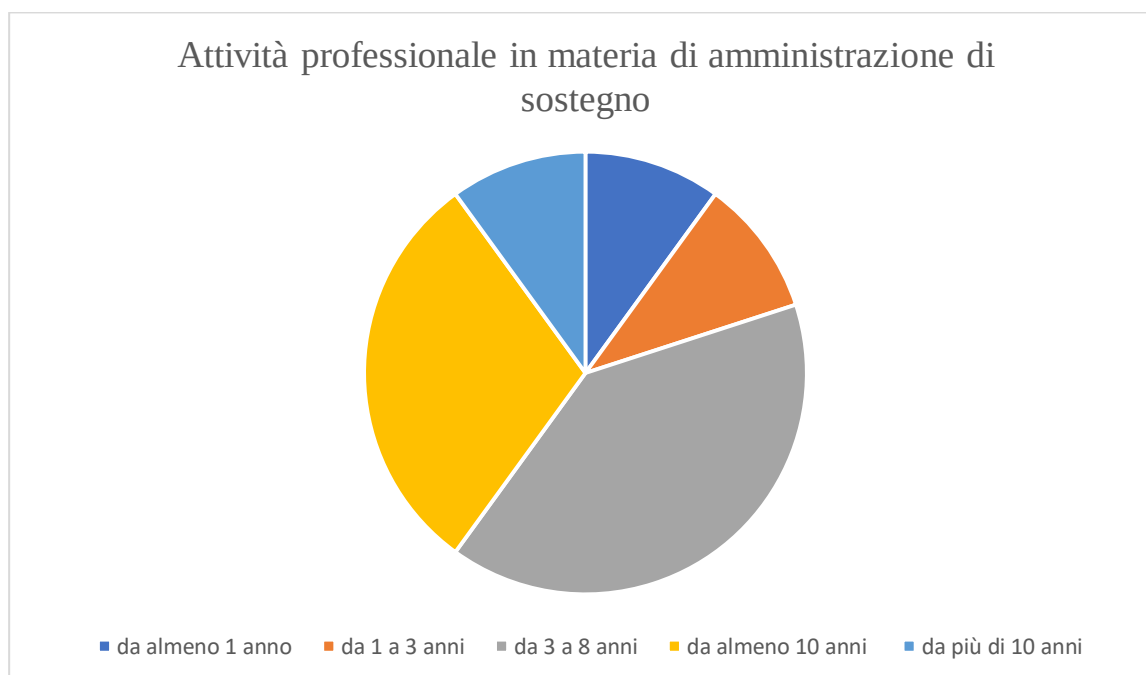
16. A suo giudizio, sarebbe opportuna una riforma per via legislativa dell'amministrazione di sostegno e degli altri strumenti di protezione dell'adulto vulnerabile? Perché e con quali contenuti?

6. Esiti delle interviste

Il presente paragrafo è dedicato alla illustrazione degli esiti delle interviste semistrutturate condotte nell'ambito sulla base delle tracce di cui al precedente paragrafo. Ove possibile, per comodità del lettore, i risultati sono esplicitati tramite grafici.

1. Numero di intervistati: 10 + 3 notai (con riferimento alle sole domande concernenti il c.d. doppio binario per le autorizzazioni ex art. 374 c.c.) a cui sono da aggiungere ulteriori 7 intervistati, tra notai e giudici tutelari, da parte del gruppo di lavoro dell'Università di Pisa.

FIGURA 2. Da quanto tempo svolge funzioni di giudice tutelare ovvero presta la propria attività professionale di avvocato o di operatore dei servizi sociali a servizio dell'amministratore di sostegno?



2. Casi in cui è l'adulto vulnerabile a chiedere l'apertura di un'amministrazione di sostegno

Secondo gli intervistati si tratta di casi poco frequenti, che, a seconda dei circondari, variano **tra il 10 e il 20 % dei casi totali**⁵³ di amministrazione di sostegno.

La tipologia di adulto vulnerabile che instaura il procedimento di amministrazione di sostegno risulta essere duplice:

A) Adulti vulnerabili affetti da una fragilità leggera (sovente di tipo psichico), non grave, che spontaneamente si rendono conto di avere necessità di aiuto. Ad esempio:

- aspirante beneficiario affetto da ludopatia (casi molto frequenti, secondo gli intervistati);
- aspirante beneficiario con dipendenza da sostanze stupefacenti, che si attiva nei momenti di lucidità;

⁵³ Il dato risultante dalle interviste coincide con i dati statistici risultanti dall'*Analisi dati quantitativi misure di protezione .tutele e amministrazioni di sostegno-Tribunale di Torino e Tribunale di Ivrea – 2023* – elaborato dalla città metropolitana di Torino

(http://www.cittametropolitana.torino.it/cms/risorse/politichesociali/tutela/Corsi_Formazione/2024/Relazione_risultati_2023.pdf), si tratta, per il 2023, del 10 % dei casi presso il Tribunale di Torino, e dell' 8 % per il Tribunale di Ivrea.

- persona affetta da depressione leggera;
- aspirante beneficiario affetto da fragilità leggera e con rete familiare che già si affida al coniuge o ai figli per le attività del quotidiano e la propria cura e intende formalizzare giuridicamente una situazione che di fatto già sussiste;

B) Adulti vulnerabili che instaurano il procedimento di amministrazione di sostegno su impulso e suggerimento:

i) dei servizi sociali che già supportano la persona priva di assistenza familiare e la invitano ad agire in giudizio per accedere più facilmente a tutta una serie di benefici, ovvero

ii) della struttura in cui sono ricoverati. Si tratta, solitamente di anziani soli, privi di rete familiare. Pertanto, la struttura in cui sono ricoverati, sovente quando sussistono problemi di natura economica, li incoraggia e li supporta nell'apertura della procedura di amministrazione di sostegno, così da avere un amministratore di sostegno con cui potersi interfacciare per le questioni economiche.

3. Profilo più frequente di beneficiario dell'amministrazione di sostegno: quanto sono frequenti i casi in cui residua una buona capacità di discernimento?

Gli intervistati riportano che, nella loro esperienza, vi sono numerosi casi (un intervistato li ha quantificati come **80 %**) in cui al beneficiario residua una buona capacità parziale di discernimento e l'incapacità riguarda la sola capacità di gestione economica del proprio patrimonio. In questi casi, come dimostrano i dati statistici⁵⁴, l'amministrazione di sostegno è preferita alla inabilitazione.

4. Casi di designazione anticipata di amministratore di sostegno (art. 408 c.c.)

Tutti gli intervistati – sia quelli operativi in territorio piemontese che quelli attivi in Toscana - parlano di “pochissimi casi” (o di “un solo caso in sei anni di attività, “anche i miei colleghi hanno avuto pochissimi casi” “perché evidentemente non ci si pensa”) di designazione anticipata dell'amministratore di sostegno ex art. 408 c.c. La previsione che valorizza l'autonomia negoziale della persona vulnerabile è evidentemente scarsamente conosciuta ed utilizzata.

⁵⁴ *Supra*, nota n. 51.

Descritti come solo “un poco più frequenti” sono i casi – distinti da quelli *supra* indicati – in cui il potenziale beneficiario che instaura il procedimento di amministrazione di sostegno indica nel ricorso introduttivo l’amministratore di sostegno che vorrebbe fosse nominato dal giudice. Spesso si tratta di familiari. Alcuni giudici tutelari intervistati hanno segnalato che, in tali situazioni, hanno cura di sincerarsi che la designazione effettuata dal beneficiario con il ricorso introduttivo sia spontanea e non sia stata invece indotta dal familiare⁵⁵. Nel caso in cui constatino la sussistenza di un conflitto familiare, dando adeguata motivazione del perché si discostano dalla manifestazione di volontà del beneficiario, provvedono a designare come amministratore di sostegno un professionista terzo.

5. Frequenza e tipologia di situazioni in cui l’amministratore di sostegno è nominato in contrasto con la volontà dell’adulto vulnerabile. Casi di amministrazione di sostegno a tempo determinato.

Tutti gli intervistati concordano nel definire queste situazioni come “non infrequenti” (tre intervistati ritengono che si tratti del 25% dei casi sottoposti alla loro attenzione. Il dato è tendenzialmente in linea con quanto riportato da un rappresentante delle associazioni territoriali, il quale ha fornito materiale statistico elaborato in proprio e riguardante l’anno 2022 secondo cui la percentuale è leggermente maggiore, ossia del 30 %). Sono spesso situazioni in cui il beneficiario è affetto da patologia psichiatrica che incide sulla sua capacità di autodeterminazione e su alcuni aspetti della sua capacità di discernimento, rendendolo persuaso di non avere necessità di aiuto. Situazioni, cioè, in cui nel beneficiario manca la consapevolezza di una malattia, che è però attestata da una documentazione medica o da una ctu disposta dal giudice tutelare (esempio: patologia psichiatrica che ha fatto sì che il beneficiario dell’amministrazione di sostegno, prima dell’apertura della procedura fosse vittima di truffa *online*, e che però permanesse convinto di non essere stato truffato ma, piuttosto, di aver beneficiato di un servizio offerto dal *web*).

Talvolta si tratta di situazioni in cui il beneficiario vive in un contesto familiare non coeso, in cui sussiste tensione, ad esempio, quando il beneficiario – affetto da siffatta patologia – ha

⁵⁵ Per un esempio di questo secondo tipo v. Cass., 19 gennaio 2023, n. 1667, nella cui motivazione, significativamente si legge che “ il potere discrezionale di scegliere l’amministratore di sostegno tra le persone indicate nell’art. 408 c.c. è stato correttamente esercitato dal giudice tutelare”, poiché la missiva a firma della persona fragile, risultava, ad avviso del giudice di merito “palesamente non frutto delle capacità intellettive” della persona fragile, così come evinte dal suo verbale di audizione (“contenente non poche dichiarazioni deliranti”).

più familiari, alcuni dei quali vogliono l'amministrazione di sostegno, mentre il beneficiario (ed altri familiari) non lo ritengono necessario. Alcuni intervistati segnalano che talvolta i familiari che sono favorevoli alla nomina di un amministratore di sostegno, lo fanno con la convinzione che ciò consenta di procedere con dei trattamenti sanitari imposti o alla possibilità di imporre un percorso di cura (si pensi all'affetto da sostanza stupefacenti, al ludopatico); possibilità che, invece, l'istituto non offre.

Tutti gli intervistati non hanno ricordo di casi di nomina di un amministratore di sostegno a tempo determinato.

6. Ascolto del potenziale beneficiario (art. 473-bis.54 c.p.c.)

Gli intervistati confermano che, in linea con quanto previsto dall'art. 473-bis.54 c.p.c., la modalità solitamente prescelta per l'ascolto del potenziale beneficiario è l'udienza in presenza, con ascolto posto in essere dai giudici onorari. Più rari i casi in cui il giudice tutelare e il pubblico ministero si recano nella RSA o presso l'abitazione in cui quest'ultimo si trova, in casi di intrasportabilità documentata. Dopo la pandemia, rispetto a quest'ultima eventualità sono **casisticamente più frequenti** i casi in cui l'ascolto del potenziale beneficiario avviene in **videoconferenza**, *i.e.* da remoto.

Presso il giudice tutelare di Torino vige la **buona prassi** per cui l'ascolto da remoto presso il domicilio o la residenza del potenziale beneficiario si fa soltanto se è assicurata la presenza di un rappresentante tecnico della persona vulnerabile, in grado di garantire l'identità di costui e degli altri familiari o persone presenti. Per contro, quando il potenziale beneficiario si trova presso una RSA, si procede con l'ascolto da remoto anche senza la presenza di un rappresentante tecnico, in quanto vi è il responsabile sanitario che aiuta con l'identificazione del soggetto da ascoltare.

Altri giudici tutelari danno conto di un *self-restraint* basato sul testo del nuovo art. 473-bis.54 c.p.c. che, a loro avviso, imporrebbe di considerare residuali le ipotesi di ascolto del potenziale beneficiario in videoconferenza, piuttosto che in persona nel luogo in cui si trova.

Qualche intervistato ha però sottolineato i benefici dell'audizione da remoto (ossia la sua celerità), specie quando le condizioni di salute del potenziale beneficiario ne sconsiglino il trasporto in ambulanza presso l'ufficio giudiziario e i tempi siano lunghi – in considerazione dell'ingente carico di lavoro - per avere un accesso del giudice tutelare nella RSA per l'ascolto in presenza.

Talvolta, tuttavia, il beneficiario è irreperibile e dunque l'ascolto non è materialmente possibile, ovvero è reperibile non si fa esaminare, ossia il suo ascolto, a causa del suo comportamento, è materialmente impossibile.

Infine, nei casi in cui (specialmente quando vi è richiesta della Procura della Repubblica) vi è urgenza di provvedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio ai sensi dell'art. 405 c.c. – in genere quando il beneficiario non è in grado di prestare il consenso informato a trattamenti sanitari - l'ascolto del potenziale beneficiario non è posto in essere, lo si fa immediatamente dopo aver disposto la misura.

7. Difficoltà di comprensione della lingua italiana da parte del potenziale beneficiario

Tutti gli intervistati qualificano come “**rari**” o “**molto rari**” i casi di potenziali beneficiari che non comprendono la lingua italiana. In tal caso, il giudice tutelare nomina un interprete.

Interessanti, in proposito, sono le interviste effettuate ai notai, riguardo alle modalità con cui in tale sede è accertata la capacità di comprensione della lingua italiana. Molti dei notai intervistati hanno segnalato che accertare la conoscenza da parte del cliente della lingua italiana rientra tra gli obblighi notarili, posto che gli atti sono regolarmente rogati in lingua italiana. L'accertamento avviene tramite colloquio preliminare con il notaio. Se dal colloquio emerge che la parte non comprende la lingua italiana l'atto deve essere redatto in doppia lingua o comunque in una lingua conosciuta e dal notaio e dalla parte, che potrebbe essere, ad esempio, l'inglese. Nella pratica, per evitare di dover tradurre tutto l'atto in doppia lingua e gravarne dei costi la parte, talvolta si suggerisce a quest'ultima di conferire una procura speciale redatta in doppia lingua ad un procuratore che comprende l'italiano, in modo che l'atto possa essere rogato in tale lingua.

8. Frequenza dei casi in cui il potenziale beneficiario dell'amministrazione di sostegno usufruisce di un rappresentante tecnico

Gli intervistati definiscono come “decisamente meno frequenti” o addirittura “rari”⁵⁶ i casi in cui il potenziale beneficiario dell'amministrazione di sostegno si avvale di un rappresentante

⁵⁶ I risultati delle interviste sono in linea con i dati statistici raccolti nell'*Analisi dati quantitativi misure di protezione .tutele e amministrazioni di sostegno-Tribunale di Torino e Tribunale di Ivrea – 2023* – elaborato dalla città metropolitana di Torino (http://www.cittametropolitana.torino.it/cms/risorse/politichesociali/tutela/Corsi_Formazione/2024/Relazione_risultati_2

tecnico. Quando ciò accade si tratta di situazioni in cui: a) il beneficiario si oppone all'apertura dell'amministrazione di sostegno richiesta da un altro legittimato ad agire, ovvero b) quando è il potenziale beneficiario ad attivare la procedura.

Tra le ragioni che giustificano la frequente mancanza di rappresentanza tecnica vi è il sostegno offerto dagli uffici di pubblica tutela della città metropolitana di Torino, dagli uffici di prossimità, nonché dal c.d. tribunale *online*⁵⁷ messo a disposizione in alcuni circondari pilota, il quale guida il potenziale beneficiario nella compilazione online del ricorso di apertura della procedura (se però muniti di identità digitale). Nella medesima direzione auspicherebbe a muoversi il progetto Polis⁵⁸.

Un avvocato intervistato ha ciononostante sottolineato l'opportunità che il beneficiario sia assistito da un rappresentante tecnico, soprattutto nelle ipotesi in cui non sia stato lui ad avviare la procedura, per meglio comprendere le finalità e le particolarità tecniche dell'istituto. Invero, sono più frequenti – sempre secondo la maggioranza degli intervistati - i casi di beneficiario assistito da un rappresentante tecnico per domandare la revoca dell'amministrazione di sostegno⁵⁹.

[023.pdf](#)), per il 2023, secondo cui ci si è avvalsi della rappresentanza tecnica per la redazione del ricorso introduttivo nel 29% dei casi di procedimenti attivati dai familiari o dal beneficiario stesso presso il Tribunale di Torino, e, addirittura, nel 45 % per i procedimenti avviati presso il Tribunale di Ivrea. Tuttavia, l'Analisi osserva, in proposito, che “Nella maggioranza dei casi (tutti tranne due ad Ivrea – ricorsi per sé stesso -, l'82% a Torino) si tratta di familiari che si avvalgono delle competenze di un legale per chiedere l'apertura di un'amministrazione di sostegno per un parente anziano”.

⁵⁷ <https://smart.giustizia.it/to>. I circondari di tribunale in cui il Progetto digitale al momento opera sperimentalmente sono Catania, Catanzaro, Napoli Nord, Marsala, Trento e Verona.

⁵⁸ Su cui v. MOROTTI, *Il ricorso per la nomina dell'Amministratore di sostegno mediante i Servizi della Pubblica Amministrazione (Progetto Polis)*, www.judicium.it. Tramite tale progetto, in alcune zone d'Italia, è possibile presentare personalmente il ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno presso uno degli Uffici Postali Polis abilitati (<https://www.poste.it/prodotti/polis-ricorso-istituzione-amministratore-sostegno.html>).

Tale iniziativa è stata tuttavia criticata dal Consiglio Nazionale Forense, comunicato del 20 aprile 2023, in cui si legge, tra l'altro, che «Non si può in nome del propagandato efficientismo fornire al cittadino una informazione parziale che potrebbe portare a comprimere i diritti di difesa, specialmente se riguarda i soggetti più deboli, e a limitare la funzione e il ruolo degli avvocati», nonché, sia consentito, porterebbe a comprimere il ruolo di ausilio e di assistenza svolto dagli uffici di pubblica tutela e dagli uffici di prossimità, che non si limitano ad offrire un aiuto nella compilazione del ricorso, piuttosto offrendo alla persona vulnerabile un sostegno umano.

⁵⁹ Nota in proposito l'Analisi, cit.: “se si guarda ai due territori in relazione al momento in cui viene coinvolto l'avvocato nei percorsi di amministrazione di sostegno: a Ivrea è maggiormente presente nella fase iniziale del ricorso dove, appunto, il 45% dei ricorsi è presentato con un legale, mentre solo il 18% delle nomine ad Amministratore di sostegno è affidato ad un avvocato; a Torino al contrario il 29% dei ricorsi è fatto con un legale di fiducia mentre i Giudici affidano alla categoria professionale il 35% delle nomine ad Amministratore”.

9. Frequenza dell'ascolto del beneficiario dell'amministrazione di sostegno durante la vigenza della misura. Fattispecie di dissenso tra beneficiario e amministratore di sostegno

Gli intervistati hanno fatto notare che a scadenze periodiche vi sono interlocuzioni tra il giudice tutelare e l'amministratore di sostegno. Il carico di lavoro gravante sui giudici tutelari, e l'alto numero di cause sul ruolo della cui trattazione sono gravati, non consente ascolti periodici dei beneficiari, a prescindere dalla segnalazione di situazioni problematiche.

Tuttavia, quando il giudice tutelare ne ravvisi la necessità, o quando vi sia una segnalazione in tal senso dell'amministratore di sostegno o del beneficiario, procede all'ascolto del beneficiario durante la vigenza della misura. Spesso, però, l'ascolto è delegato ad un giudice onorario.

L'ascolto ha luogo, ad esempio, laddove l'amministratore prospetti una richiesta di compimento di atti personalissimi (es. matrimonio, donazione, testamento), per cui il giudice tutelare deve verificare se sussiste la reale capacità della persona beneficiaria dell'amministrazione di sostegno di esprimerlo. O anche quando si tratta di porre in essere atti patrimoniali onerosi (es. vendita di beni immobili). O, ancora, quando sia il beneficiario a chiedere all'amministratore di sostegno di trasmettere al giudice tutelare la sua richiesta di essere ascoltato. Oppure nel caso in cui emergano contrasti tra il beneficiario e l'amministratore di sostegno, che solitamente vengono alla luce quando il primo presenta una istanza – in cartaceo, per lettera, o per email semplice⁶⁰ – alla cancelleria del giudice tutelare chiedendo di essere convocato (ovvero perché ne dà comunicazione l'amministratore di sostegno ai sensi dell'art. 410, secondo comma, c.c.). La cancelleria trasmette poi l'istanza al giudice tutelare, senza effettuare alcun tipo di filtro. L'istanza del beneficiario, che sovente è in cartaceo, viene scansionata, inserita nel fascicolo d'ufficio e trasmessa al giudice tutelare. A sua volta quest'ultimo, prima di ascoltare il beneficiario, solitamente trasmette l'istanza all'amministratore di sostegno, chiedendo chiarimenti scritti e poi, alla luce di questi ultimi, ascolta il beneficiario, dando così attuazione al principio del contraddittorio ("quando ci sono

⁶⁰ Conf. Cass., sez. I, 20 marzo 2024, n.7414, secondo cui il soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno deve potersi rivolgere al giudice tutelare anche in modo informale - ad esempio con posta elettronica non certificata - senza che sia necessario che tali comunicazioni costituiscano delle vere e proprie istanze, ma essendo sufficiente che le stesse esprimano il punto di vista dell'interessato, che il giudice tutelare è tenuto a valutare e a tenere in considerazione, nella ricerca di una soluzione che, anche nei casi di compromissione della capacità di agire del beneficiario, deve essere rivolta al benessere di quest'ultimo e non semplicemente alla migliore amministrazione dei suoi beni.

contrasti tra l'amministratore di sostegno e il beneficiario, assolutamente si sente il beneficiario").

Altri casi tipici di ascolto menzionati dagli intervistati sono quelli del beneficiario alcolizzato, del tossicodipendente, o dell'anziano molto fragile, ancora non ricoverati in struttura che, però, necessitano di assistenza domiciliare continua presso la loro abitazione senza avere gli strumenti economici per poter assumere badanti ovvero che risiedono in abitazioni non idonee (es. prive di riscaldamento) e, ciononostante, non vogliono trasferirsi in RSA o in apposite strutture abitative. In situazioni di tal fatta, l'audizione del beneficiario e dell'amministratore di sostegno ha lo scopo di raggiungere una soluzione condivisa, di elaborare tutti assieme un progetto di vita per il beneficiario condiviso. L'udienza diventa un'occasione di dialogo, di confronto per aiutare anche a comprendere quelle che sono tutte le esigenze da parte di tutti i soggetti coinvolti. Se, però, l'accordo non si trova, si può nominare un CTU (per avere più chiari i dettagli della vicenda) e, eventualmente, se del caso, sostituire l'amministrazione di sostegno.

In una trascrizione di intervista, ad esempio, si legge: *"mi è capitato recentemente un caso di una beneficiaria completamente tetraplegica, allettata, necessitante di una assistenza 24 ore su 24, piuttosto impegnativa, priva di una rete familiare adeguata e priva di rilevanti risorse economiche. La beneficiaria voleva, a tutti i costi, continuare a vivere presso il proprio domicilio. Tuttavia, gli enti sanitari e sociali coinvolti, che le prestavano un'assistenza domiciliare continua con un grosso dispendio di risorse, avevano dato conto di significative difficoltà gestionali perché la beneficiaria continuamente aveva contrasti con gli operatori che si recavano presso di lei, e in più, l'amministratore, che in questo caso era un professionista, aveva segnalato una impossibilità di gestire economicamente la situazione"*. Visto l'assoluto rifiuto della beneficiaria, il giudice tutelare ha disposto una CTU specifica finalizzata ad accertare la capacità della beneficiaria di autodeterminarsi in relazione al luogo in cui vivere e in relazione alla sua condizione di salute e ha chiesto al consulente una relazione per capire quale potesse essere la collocazione più idonea. Alla fine, il giudice tutelare ha disposto il collocamento in struttura perché, sia da un punto di vista della sostenibilità economica, che da un punto di vista della tutela della sua salute, le alternative erano pregiudizievoli. In base alle interviste condotte, il collocamento residenziale è la situazione in cui con maggiore frequenza sorgono contrasti tra amministratore di sostegno e beneficiario.

In altra trascrizione di intervista si fa menzione del caso di una beneficiaria che era stata invitata e sollecitata dai medici a sottoporsi ad un intervento chirurgico cardiologico urgente,

perché a pericolo di infarto e rischio della vita. Ma la beneficiaria non voleva sottoporsi all'intervento, esprimendo delle considerazioni ragionevoli. L'amministratore di sostegno, reputandola capace di discernimento a tale riguardo, ha fatto istanza di convocazione al giudice tutelare, di modo che la volontà della beneficiaria potesse essere espressa anche a quest'ultimo e potesse essere verbalizzata, se ritenuta cosciente e motivata. Nel caso di specie, il giudice tutelare ha ritenuto la volontà della beneficiaria cosciente e motivata e ne ha preso atto, dandone conto a verbale.

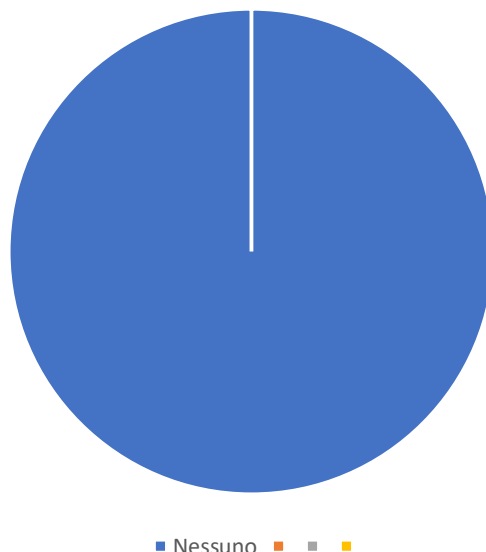
10. Casi di trattamento sanitario obbligatorio nei confronti di persona beneficiaria di amministrazione di sostegno

Secondo gli intervistati si tratta di casi poco frequenti. Il giudice tutelare convalidante il trattamento sanitario obbligatorio (TSO) del beneficiario (che non necessariamente è il giudice persona fisica che si occupa della procedura di amministrazione di sostegno del beneficiario) dispone la trasmissione in copia del provvedimento di convalida di TSO al giudice tutelare che sia eventualmente titolare di una procedura di amministrazione di sostegno già aperta. Giova peraltro sottolineare che sul TSO l'amministratore di sostegno non ha alcun ruolo giuridico formale, nel senso che è il medico che decide di sottoporre il beneficiario a TSO o meno, perché ritiene esserci i requisiti richiesti per la convalida giudiziale.

11. Miglioramenti apportati dalla riforma Cartabia al procedimento di amministrazione di sostegno

FIGURA 3. Miglioramenti apportati dalla riforma Cartabia al procedimento di amministrazione di sostegno secondo gli intervistati (numero di intervistati: 13)

Miglioramenti apportati dalla c.d. riforma Cartabia



Evidentemente il mutamento di competenza in riferimento ai reclami avverso i provvedimenti del giudice tutelare (non più corte d'appello ma tribunale in composizione collegiale) non è percepito come significativo miglioramento della procedura.

12. Punti di forza e criticità, con riferimento al procedimento di amministrazione di sostegno, della novità introdotta dall'art. 21 del Dlgs. 10 ottobre 2022, n. 149 con riferimento all'art. 374 c.c. e al relativo potere autorizzatorio conferito anche al notaio rogante.

Tra i punti di forza della nuova previsione, gli intervistati collocano la tempistica (occorre solo attendere che spiri il termine per il reclamo e si può procedere al rogito), che in caso di autorizzazione notarile è senz'altro più contenuta, nonché la qualità stilistica delle autorizzazioni notarili.

Tra i punti di debolezza è stato menzionato l'incremento dei costi per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno in caso di autorizzazione rilasciata dal notaio rogante. Il notaio incrementa la propria parcella per lo svolgimento delle attività necessarie alla

concessione della autorizzazione, mentre per il procedimento avanti al giudice tutelare i costi sono più contenuti essendo dovuto solo il contributo unificato.

Un'altra criticità che è stata evidenziata consiste nel fatto che, sebbene in base ad alcuni protocolli siglati in altri distretti di tribunale (ma non già nei distretti di tribunale piemontesi) il notaio rogante abbia accesso al fascicolo della procedura di amministrazione di sostegno, si lamenta il fatto che il giudice tutelare sia in una posizione migliore per valutare l'interesse del beneficiario al compimento dell'atto, che non è solo un interesse economico, guardandosi, piuttosto, al suo benessere psico-fisico. Si è osservato, da parte di magistrati ed avvocati intervistati, che l'autorizzazione nell'ambito dell'amministrazione di sostegno comunque implica una serie di valutazioni che, sì, possono essere svolte dai notai per quanto riguarda il discorso tecnico, diventano più difficili da porre in essere per quanto concerne l'interesse – e non soltanto economico - del beneficiario.

Un intervistato reputa positiva l'attribuzione ai notai di questa competenza autorizzatoria *“però per procedimenti “spot”. Mi riferisco, ad esempio alle richieste di autorizzazioni da parte dei genitori, dei tutori dei minori. Nell'ambito di un'amministrazione di sostegno che è una procedura già aperta dove c'è un amministratore di sostegno che si relaziona con un giudice tutelare, un intervento spot di un notaio che non conosce la procedura e che comunque dovrebbe conoscerla perché magari se l'amministratore di sostegno chiedere di vendere un bene dove magari abita la beneficiaria, magari il notaio non può sapere che in quella casa abita la beneficiaria e non ha quei poteri di indagine e quella esperienza in materia che ha il giudice”*.

Tuttavia, dal lato notarile, vi sono stati intervistati che hanno ricordato come, nella pratica, i notai procedano sempre ad un incontro preliminare con le parti interessate. Se quest'ultima è una persona fragile, impossibilitata a spostarsi dalla propria abitazione allora, all'occorrenza, sarà il notaio a spostarsi, dopo aver previamente consultato il fascicolo dell'amministrazione di sostegno e, sempre all'occorrenza, contattato il giudice tutelare per meglio inquadrare il suo progetto di vita (*“attualmente non mi è capitato, ma se ne avessi necessità non esiterei a contattare certamente il giudice tutelare per avere diciamo notizie di questa persona e conoscere meglio la situazione”*), con buona pace delle finalità deflative per la giurisdizione che aveva in mente il legislatore.

Infine, un intervistato ha evidenziato come nei primi mesi di applicazione della riforma Cartabia vi fossero stati alcuni problemi di coordinamento tra i due binari (giurisdizionale e notarile, specie quando il primo abbia luogo avanti al giudice del luogo di domicilio del minore

e il secondo ad opera di un notaio ubicato in altra e lontana parte della penisola dove magari si trova l'immobile da alienare previa autorizzazione ex art. 374 c.c.); situazioni, cioè, in cui all'autorizzazione notarile si era sovrapposta l'autorizzazione del giudice tutelare.

13. Valutazioni degli intervistati rispetto al diritto vivente dell'amministrazione di sostegno

Tra i punti di forza dell'amministrazione di sostegno ricordati da tutti gli intervistati (8) vi è la sua duttilità, ossia il suo essere uno strumento flessibile capace di essere adattato alle esigenze del beneficiario.

Tra le criticità molti intervistati (4) annoverano l'enorme estensione dell'istituto anche a situazioni in cui non si è in presenza di una persona fragile, ma si tratta, piuttosto, di persone aggressive o moleste, conseguenza del degrado sociale in cui vivono (un intervistato fa riferimento a situazioni in cui il soggetto *"non è abbastanza grave da dare una misura cautelare, proviamo con l'amministrazione di sostegno"*), per trattare le quali non sussiste altro strumento assistenziale (c.d. abuso della procedura di amministrazione di sostegno). Siffatto atteggiamento aggrava il problema di cronica carenza di organico (6) (tendenza confermata dalle interviste pisane) e del conseguente ingentissimo carico di lavoro per i giudici tutelari. Un giudice tutelare intervistato ha dichiarato che la conseguenza più grave derivante da siffatte carenze di organico consiste nel fatto che non è possibile rispettare il termine a provvedere di 60 gg. indicato dall'art. 405 c.c. (*"Nel nostro ufficio tra la data del deposito del ricorso e l'apertura dell'amministrazione di sostegno decorrono circa 7 mesi"*)⁶¹. Con la conseguenza che sovente si provvede alla nomina di un amministratore provvisorio, ravvisandone la necessità semplicemente nella indomabile dilatazione della tempistica processuale. In questi casi, tuttavia, si cerca sempre di fissare l'udienza per l'ascolto dell'adulto vulnerabile in tempi celeri.

Inoltre, si è parimenti osservato che tale carenza di organico inevitabilmente talvolta conduce (lo si è segnalato soprattutto nei casi nei quali il ricorrente è il pubblico ministero) a ricorsi

⁶¹ I dati sono peggiori rispetto a quelli raccolti da GERON, *Il punto di vista dei giudici tutelari*, in *Studi Zancan, Politiche e servizi alle persone*, 2022, 5-6, spec. p. 157, ove si legge che «Mediamente, tra il ricevimento della richiesta e il decreto di nomina dell'Amministratore di sostegno passa un tempo variabile a seconda del contesto. In particolare, 1 giudice dichiara un tempo medio di meno di 1 mese («massimo 15-20 giorni. Le urgenze vengono evase lo stesso giorno»); 1 giudice un tempo variabile «da pochi giorni a uno/due mesi»; 3 giudici un tempo compreso mediamente tra 1 e 2 mesi (uno di essi tuttavia precisa «10/20 giorni per la nomina dell'AdS provvisorio»); 11 giudici riportano un tempo compreso tra 2 e 3 mesi; 2 giudici un tempo compreso tra 3 e 5 mesi (uno di essi specifica però «un mese per l'AdS provvisorio»)».

standard, a cui fa seguito un decreto di nomina dell'amministratore di sostegno "fotocopia" ossia non modellato sulle esigenze del singolo caso concreto. Anche se, a tal proposito, un avvocato intervistato ha menzionato una prassi in controtendenza: *"da quando ho iniziato ad essere amministratore di sostegno, ho visto che pian piano i giudici tutelari [...] hanno iniziato a pronunciare dei provvedimenti di amministrazione di sostegno più completi e più corposi. Ad es., se il giudice tutelare non ha scritto nel decreto di nomina che l'amministratore di sostegno può aprire un conto corrente per il beneficiario, l'amministratore di sostegno non lo può fare in autonomia, dovendo chiedere l'autorizzazione al giudice tutelare anche per richiedere una tessera bancomat o per poter utilizzare l'home banking"*. Forti di queste esperienze pratiche i giudici tutelari hanno quindi integrato i loro decreti di nomina autorizzando l'amministratore di sostegno a compiere tali attività.

Un'altra criticità segnalata **(2)** riguarda le situazioni in cui l'amministrazione di sostegno nominato non sia un professionista ma un familiare. Molto spesso i familiari del beneficiario hanno difficoltà nel predisporre il rendiconto annuale da presentare al giudice tutelare e la documentazione da allegare. Si tratta, altresì, di soggetti che non hanno chiari gli aspetti giuridici dell'amministrazione di sostegno, ad esempio, quando deve essere richiesta una autorizzazione ai sensi dell'art. 374 c.c.⁶² Si suggerisce l'opportunità di predisporre dei corsi di formazione (magari obbligatoria) per tali soggetti.

Più in generale, da parte degli intervistati piemontesi si suggerisce di investire più risorse nella formazione degli amministratori di sostegno e anche dei giudici tutelari.

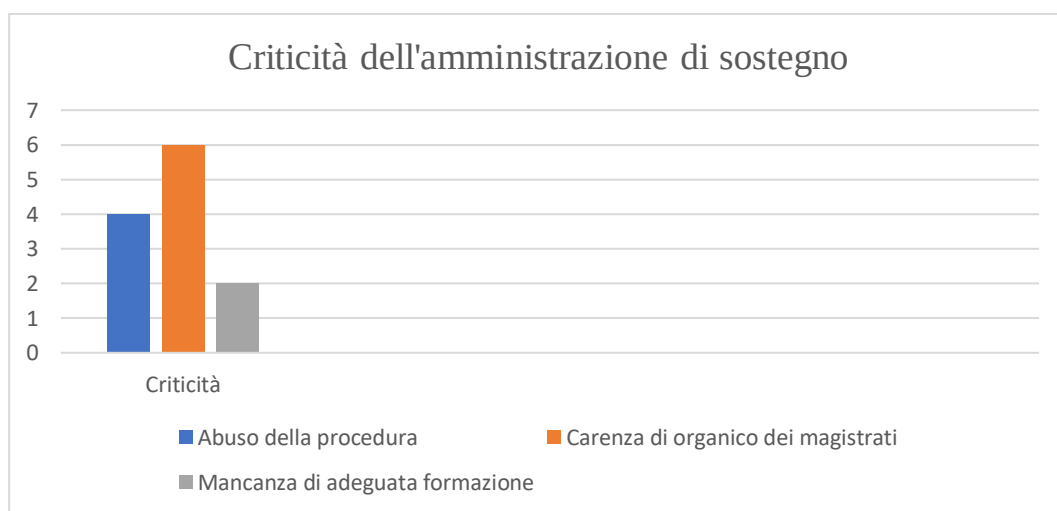
In proposito, un intervistato ha emblematicamente dichiarato: *"noi magistrati non siamo degli psicologi, neanche abbiamo le competenze per poter gestire questi soggetti psichiatrici e spesso ci troviamo a confrontarci in udienza appunto per sentire i beneficiari o comunque anche fuori dall'udienza a doverci confrontare con dei soggetti psichiatrici e non abbiamo gli strumenti per poterlo fare. Ci può essere un giudice tutelare un po' più sensibile, un giudice tutelare meno sensibile, un giudice tutelare che si spaventa di più e uno che si spaventa di meno, però se un beneficiario di amministrazione di sostegno in udienza ha un comportamento*

⁶² Il mancato o irregolare deposito del rendiconto può originare contenzioso che contribuisce ad ingolfare il sistema giurisdizionale civile, in particolare azioni di ripetizioni dell'indebito. V. ad esempio Trib. Bergamo, 25 marzo 2024, n. 765/2024 - N. R.G. 00003771/2021 (leggibile per esteso nella Banca dati di merito), nel quale un beneficiario di amministrazione di sostegno per un periodo di sei anni ha convenuto in giudizio con successo il proprio amministratore di sostegno, affermando che quest'ultimo non aveva mai fornito alcun rendiconto della propria gestione, limitandosi a fornire gli estratti conto del conto corrente dell'attore momento della revoca dal proprio incarico e che aveva effettuato prelievi ingiustificati dal conto corrente del beneficiario per oltre 45.000 euro di cui ha chiesto con successo la restituzione.

diciamo “fuori dalle righe”, non abbiamo gli strumenti per poterlo contenere e anche per poterlo prevenire a volte, perché anche un’imposizione deve essere veicolata in un certo modo per poter arrivare. Quindi il punto di criticità dell’amministrazione di sostegno dal lato del magistrato sicuramente è la mancanza di formazione”). In quest’ottica, ad esempio, si dovrebbe quantomeno prediligere la nomina di un avvocato specialista (familiarista) come amministratore di sostegno, una persona cioè che sia in grado di instaurare un dialogo e di comprendere le difficoltà e i bisogni della persona vulnerabile. Interessante segnalare come un’analoga necessità non sia stata, invece, evidenziata dagli intervistati toscani, a dimostrazione, si ipotizza, del buon funzionamento della legge regionale che prevede una formazione obbligatoria per gli aspiranti amministratori di sostegno.

Altri intervistati ritengono che l’obbligo di formazione per gli amministratori di sostegno, e dunque la volontà di far divenire la loro figura di regola professionale (almeno quando non si tratti di familiari), potrebbe opportunamente essere accompagnata dalla previsione di un compenso per le loro attività (con abrogazione del richiamo all’art. 379 c.c.), anche se si è consapevoli che l’onere graverebbe sull’amministrato e potrebbe essere pesante da sopportare. Non a caso analoghe problematiche si pongono con riferimento al curatore speciale del minore.

FIGURA 4. Criticità dell’amministrazione di sostegno (numero intervistati: 10)



14. Ulteriori proposte di modifica o integrazione della disciplina dell'amministrazione di sostegno

Gli intervistati hanno inoltre auspicato i seguenti interventi migliorativi:

a) potenziamento dell'organico dei giudici tutelari, per poter dare alle persone fragili una risposta giurisdizionale più celere ed efficiente (4);

b) (da parte di taluni) abrogazione degli istituti della interdizione e inabilitazione come – sia pure in maniera non chiara – sembrerebbe previsto dall'art. 9 del d.d.l. n. 1192 del 2024 intitolato “Misure per la semplificazione normativa e il miglioramento della qualità della normazione e deleghe al Governo per la semplificazione, il riordino e il riassetto in determinate materie” che prevede, in proposito, una delega al governo da esercitare entro il 31 marzo 2025 (⁶³), nonché, come previsto, in passato, dalla c.d. bozza Cendon del 2007 (4) e, attualmente, (sembrerebbe) dal disegno di legge di iniziativa popolare (24A02066).

In proposito, però, non sussiste unanimità di vedute tra gli intervistati.

Infatti, nella prassi, come dimostrano i dati statistici raccolti, (soprattutto) l'interdizione è ancora un istituto praticato e i procedimenti di interdizione e inabilitazione, per la riforma Cartabia, ancora oggi esprimono le norme processuali di riferimento per il procedimento di amministrazione di sostegno (Art. 473-bis.58 c.p.c.). Segnatamente, l'Analisi dei dati quantitativi relativi alle misure di protezione elaborato dalla città metropolitana di Torino,

⁶³ Il riferimento è all'art. 9 lett b, del disegno di legge, il cui tenore non è univoco, parlandosi dapprima di “riordino e semplificazione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione”, con ciò immaginandosi un loro mantenimento in vigore, salvo poi dire che il riordino andrebbe effettuato “nell'ottica del loro superamento in favore dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, e semplificazione degli oneri gravanti sui rappresentanti delle persone interessate dai predetti istituti che ne siano al contempo caregiver familiari, come definiti dall'articolo 1, comma 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205”.

Nella relazione illustrativa del d.d.l. si ricorda come, nel settembre 2016, con il Comitato Onu sui diritti delle persone con disabilità, monitorando lo stato di attuazione in Italia della Convenzione, emise una serie di raccomandazioni all'Italia, tra cui quella di cui al numero 28, a mente del quale il Comitato raccomandava di abrogare tutte le leggi che permettono la sostituzione nella presa di decisioni da parte dei tutori legali, compreso il meccanismo dell'amministratore di sostegno, e di emanare a attuare provvedimenti per il sostegno alla presa di decisioni, compresa la formazione dei professionisti che operano nei sistemi giudiziario, sanitario e sociale.

Si osserva inoltre che, “pur con gli arresti giurisprudenziali della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione volte a definire una linea di demarcazione tra l'una e l'altra misura, nella prassi applicativa si è assistito ad un utilizzo caotico e ad una tendenziale abrogazione di fatto dell'interdizione verso l'utilizzo dell'amministrazione di sostegno che può modularsi anche con interventi di sostegno ad altissima intensità (l'interdizione è continuata ad esistere solo per alcune valutazioni di mera opportunità nel suo utilizzo, come quella di poter rendere la persona con disabilità, se interdetta, istituito nella sostituzione fedecommissaria ex art. 692 c.c.)”.

mostra un atteggiamento ondivago da parte di giudici, a proposito della scelta tra l'applicazione della interdizione, piuttosto che della amministrazione di sostegno. Ad es. con riferimento alla tutela delle persone con gravi patologie psichiatriche, l'amministrazione di sostegno è considerata lo strumento da preferire dai giudici torinesi (227 procedimenti di amministrazione di sostegno contro solo 25 interdizioni), mentre i giudici di Ivrea, al contrario, non denotano una particolare preferenza per l'amministrazione di sostegno, rispetto ad interdizione o inabilitazione. Il che suscita inquietudine, considerando la differente natura delle misure e il differente tipo di tutela processuale offerto alla persona vulnerabile nei due procedimenti.

Esprimendosi a proposito dei rapporti tra interdizione e amministrazione di sostegno, e delle norme processuali che li regolano, un giudice tutelare intervistato ha dichiarato: *“molte interdizioni le rigettiamo, tutte le volte che ci sia un minimo di capacità residua e magari una persona ancora relativamente giovane. Sono tutti rigetti con trasmissione del fascicolo al giudice tutelare per l'eventuale apertura dell'amministrazione di sostegno. Questo passaggio determina una procedura ancora più lunga per l'apertura dell'amministrazione di sostegno. [...]sul tema è di recente intervenuta la Cassazione ⁶⁴a dire che bisogna ripetere sempre l'audizione del potenziale beneficiario”* (che, nella vicenda in esame, era stato compiuto un anno e mezzo prima nel corso di una procedura di interdizione). *“Il nostro ufficio aveva invece adottato un orientamento diverso, cioè se l'audizione della persona fragile era stato svolto da poco nella procedura di interdizione e la patologia non era una patologia degenerativa, tenevamo per buono quell'esame e non lo ripetevamo. Invece adesso ripetiamo l'audizione e ripetere l'esame significa perdere dei mesi per fare esattamente la stessa cosa che è già stata fatta”*. Da queste parole si evince come, nella prassi, verosimilmente a causa dell'intenso carico di lavoro gravante sui giudici tutelari, comprensibilmente talvolta si tenda, ove possibile, a “risparmiare” attività processuale, piuttosto che a guardare l'adulto vulnerabile da un diverso punto di vista – rispetto alle tutele – che è quello di supportare il processo decisionale autonomo della persona vulnerabile, lasciando ferma la sua capacità di agire.

Insomma, taluni giudici tutelari intervistati ritengono che l'interdizione debba essere mantenuta, in quanto ritenuta, in via eccezionale e residuale, lo strumento da utilizzare a fronte di una totale compromissione delle facoltà intellettive dell'interessato ovvero alla luce di una situazione patrimoniale particolarmente complessa che rende preferibile, in ossequio

⁶⁴ Cass., sez. I, ord. 19 gennaio 2023, n. 1667 e Cass., sez. I, ord. 21 novembre 2023, n. 32219.

all'orientamento della Cassazione, la nomina di un tutore rispetto a quella di un amministratore di sostegno. Tale è, ad esempio, la richiesta di interdizione formulata dai genitori a tutela del figlio minorennе gravemente disabile prossimo a divenire maggiorenne.

c) potenziamento della formazione iniziale e continua (non solo giuridica ma anche transdisciplinare) – possibilmente gratuita – degli amministratori di sostegno (professionisti e non) e dei giudici tutelari che debbono essere avere le *skills* necessarie per porsi in comunicazione con la persona vulnerabile e per interagire con eventuali ctu(3);

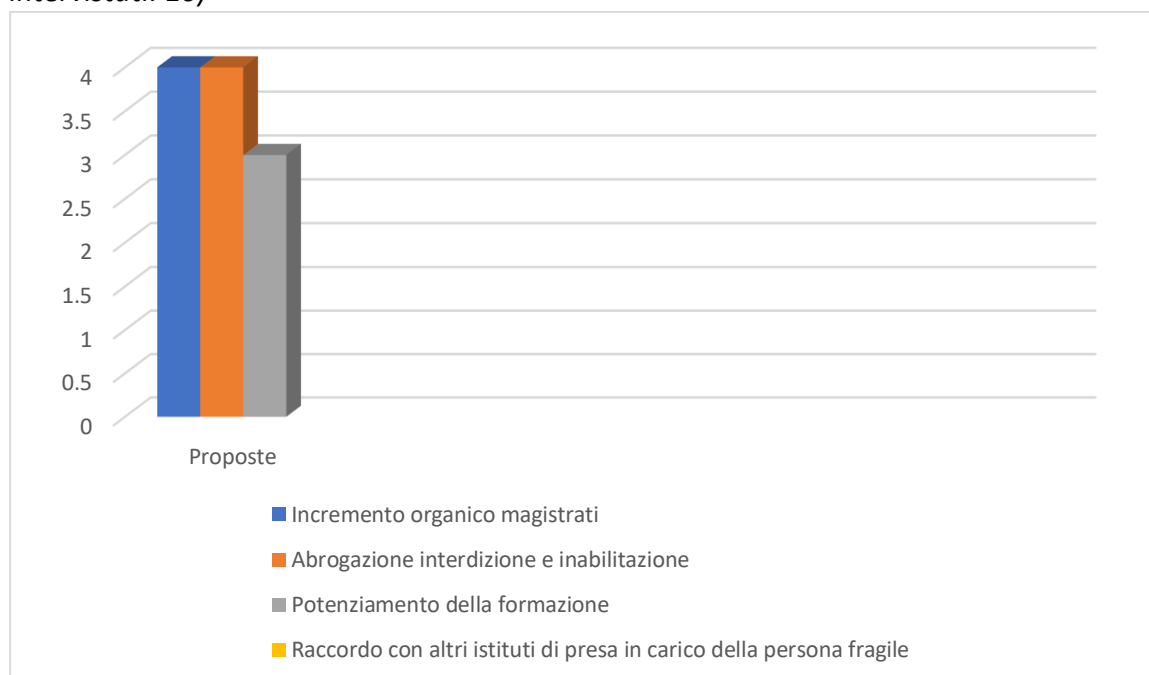
d) introduzione di forme di pubblicità notizia dell'avvenuta apertura dell'amministrazione di sostegno anche tramite annotazione nei registri immobiliari (1), oltre che in margine all'atto di nascita del beneficiario, come disposto dall'art. 405 c.c.⁶⁵

e) raccordo tra tutti i servizi pubblici connessi alla presa in carico della persona fragile (3). Un intervistato, in proposito, ha dichiarato "l'amministrazione di sostegno non deve diventare la panacea di tutti i mali, non si può immaginare di scaricare su un istituto come questo ogni problema legato alla vita delle persone".

⁶⁵ Tra gli effetti che produce siffatta pubblicità notizia vi è anche, secondo la giurisprudenza di legittimità quello secondo cui, quando il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno prevede, ai sensi dell'art. 405, comma 5, n. 3, c.c., che tra gli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore vi sono quelli che hanno originato la lite, trovano applicazione i principi già affermati dalla Cassazione rispetto, all'interdetto e all'inabilitato.

In alti termini, mentre in caso di amministrazione sostitutiva, l'amministratore di sostegno, avendo la rappresentanza del beneficiario, ne ha anche la rappresentanza processuale (poiché, a mente dell'art. 75 c.p.c., le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate secondo le norme che regolano la loro capacità), con la conseguenza che gli atti del processo, ancorché diretti al beneficiario, vanno notificati esclusivamente all'amministratore di sostegno, nel caso di amministrazione di sostegno con obbligo di assistenza vale, invece, il principio secondo cui nei confronti delle persone la cui capacità deve essere integrata a termini degli artt. 394 e 424 c.c., il procedimento di notificazione assume carattere complesso, e può ritenersi perfezionato solo quando l'atto sia portato a conoscenza tanto della parte quanto del curatore, per mettere quest'ultimo in grado di svolgere la sua funzione di assistenza. Pertanto, qualora l'atto processuale rivolto al beneficiario dell'amministrazione di sostegno non venga notificato pure all'amministratore di sostegno, si verifica non una mera nullità di tale notificazione, ma una giuridica inesistenza della medesima in ragione della sua incompletezza. Così, da ultimo (ma trattasi di orientamento costante) Cass., sez. I 12 febbraio 2024, n. 3762.

FIGURA 5. *Proposte di modifica o di integrazione dell'amministrazione di sostegno (numero intervistati: 10)*



7. Proposte migliorative *pro futuro* di interesse processualcivilistico

La ricerca empirica condotta e i *feedback* ricevuti nei *workshop* in cui sono stati presentati i risultati, hanno indotto il gruppo di lavoro del progetto Prin bando 2022 a formulare una serie di proposte, miranti ad offrire alla persona fragile una tutela effettiva e rispettosa della libera determinazione dell'adulto vulnerabile, in linea con quanto sancito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 e dalla Convenzione dell'Aja 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti. Di queste proposte, riportiamo a continuazione quelle aventi rilevanza processualcivilistica, in quanto di esclusiva pertinenza del gruppo di lavoro torinese:

1) **L'art. 408 c.c. come giusto bilanciamento tra necessità di valorizzare la manifestazione di volontà della persona vulnerabile e rilevanza pubblicistica degli interessi delle persone vulnerabili tutelate:** in linea con quanto si sta verificando nei paesi a noi vicini (Austria, Francia, Germania e Spagna), *de jure condito* si propone di valorizzare la manifestazione di

volontà della persona cosciente che diventerà persona vulnerabile, e dunque, espressa “ora per allora”, circa la indicazione della persona da designare come amministratore di sostegno e circa i suoi compiti e facoltà (per discostarsi dai quali il giudice tutelare dovrebbe fornire espressa motivazione), seguita dalla espressa richiesta formulata a costui di presentare il ricorso per la nomina dell’amministratore di sostegno, se si tratta di uno dei soggetti legittimati ex art. 410 c.c., ovvero, se così non fosse, di far avere alla Procura della Repubblica l’atto pubblico o la scrittura privata autenticata contenente tale designazione, nel momento in cui si reputi necessario avviare la procedura giudiziale che porterà alla nomina dell’amministratore di sostegno. Rispetto ai sistemi propri degli ordinamenti a noi vicini, rimane il controllo giudiziale sull’operato dell’amministratore e sulla rispondenza agli interessi della persona vulnerabile.

Nella misura in cui si ritenga di adottare questo approccio, occorrerà sensibilizzare la cittadinanza sul tema, *i.e.* circa la possibilità di designazione preventiva dell’amministratore di sostegno di cui all’art. 408 c.c. anche attraverso l’organizzazione di corsi di formazione in materia, tramite guide illustrate di semplice comprensione da distribuire agli uffici di prossimità, alle amministrazioni comunali, etc.

2) Modifica delle norme del Titolo IV *bis* del c.p.c. così come introdotto dalla Riforma Cartabia (norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia) in modo da allineare la disciplina processuale dell’amministrazione di sostegno alle previsioni del codice civile e alla prassi applicativa, tutta incline a considerare questo istituto di volontaria giurisdizione, come lo strumento giurisdizionale da preferire per la protezione degli adulti fragili, rispetto ad interdizione ed abilitazione (specie se si accoglierà il suggerimento relativo alla abrogazione di tali istituti), e dunque quello su cui – verosimilmente – modellare la disciplina processuale degli istituti giuridici a protezione degli adulti vulnerabili.

Ci spieghiamo meglio.

Quando entrò in vigore la legge 9 gennaio 2004, n. 6 il capo 1 del titolo XII del codice civile dedicato alle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia fu modificato in modo da iniziare con la disciplina dell’amministrazione di sostegno, e da proseguire con la trattazione degli istituti – che erano stati immaginati come destinati a divenire residuali – della interdizione e inabilitazione.

Nel codice di procedura civile, tuttavia, una operazione speculare non fu possibile o comunque non fu attuata in quanto, gli artt. 712 e segg. c.p.c. già dettavano una disciplina processuale

dettagliata per i giudizi di interdizione e inabilitazione (che, peraltro, avevano suscitato un dibattito, mai sopito, sulla natura contenziosa o volontaria di tali procedimenti⁶⁶) fu fatta semplicemente seguire una norma di chiusura, ossia l'art. 720-*bis* c.p.c. che, per i giudizi di amministrazione di sostegno, comunemente ascritti al *genus* della volontaria giurisdizione, richiamava queste disposizioni "in quanto applicabili". Tuttavia, quando il D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha abrogato le previsioni da ultimo citate inserendo nel libro secondo, al Titolo IV *bis* apposite norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglia, non si è rimediato a questa mancata simmetria tra norme del c.c. e norme del c.p.c., continuandosi, nella sezione III, ad utilizzare come disciplina modello quella della interdizione e inabilitazione e lasciando alle norme procedurali sull'amministrazione di sostegno una disciplina *per relationem*, mentre ad avviso del c.c. e del diritto vivente si tratta dell'istituto a applicare, di preferenza, per la protezione degli adulti vulnerabili, quante volte, ove si scelga di percorrere la via qui suggerita, non siano applicabili strumenti negoziali che rendano superflua la tutela giurisdizionale; un istituto che si differenzia dall'interdizione e inabilitazione per gli aspetti già indicati. Come è stato osservato già prima dell'entrata in vigore della riforma Cartabia, il rinvio alle norme processuali dell'interdizione consegna l'amministrazione di sostegno a un'ambiguità di fondo, lasciandola in bilico tra un'aspirazione di autonomia e una costante correlazione con la disciplina dell'interdizione⁶⁷.

Invero, se da un lato non desta particolari problemi il fatto che l'amministrazione di sostegno sia disposta con decreto motivato reclamabile e poi ricorribile per cassazione, mentre l'interdizione e l'inabilitazione siano pronunciati con sentenza appellabile, in un'ottica di protezione della persona vulnerabile può indurre a riflettere il fatto che, in un caso la decisione è presa dal giudice monocratico, mentre nell'altro dal collegio. Si consideri, infatti, che il

⁶⁶ A titolo esemplificativo, basti qui ricordare che, tra gli illustri Autori che hanno annoverato interdizione e inabilitazione tra i procedimenti di volontaria giurisdizione vi sono: CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1930, p. 130; MICHELI, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, pp. 18 e 41; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1954, p. 271; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1968, pp. 329 ss. che parla, emblematicamente, di processo volontario con forme contenziose. Per contro, hanno ascritto i giudizi in questione alla giurisdizione contenziosa: CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941, p. 73; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, p. 20; ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, pp. 487 ss., spec. 513 e 518.

⁶⁷ TOMMASEO, *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno alla luce della più recente giurisprudenza*, https://www.fondazioneforensfirenze.it/uploads/fff/files/2012/2012%20-%201/2012.05.25%20AdS/Materiale/Relazione%20Prof_%20F_Tommaseo.pdf.

giudizio di apertura o di chiusura dell'amministrazione di sostegno, ha carattere decisorio così come lo hanno i provvedimenti di (o di revoca dell') interdizione o inabilitazione.

Altresì, in un'ottica di protezione della persona vulnerabile è utile chiarire quali sono le regole applicabili in tema di rappresentanza tecnica in caso di amministrazione di sostegno; questione su cui, al momento, la soluzione è solo giurisprudenziale e, come si è visto rimessa ad una valutazione caso per caso, indecifrabile *ex ante*.

Giova in questa sede segnalare che, se la soluzione di segno negativo valorizza la libertà di forme venendo in aiuto alla persona vulnerabile che intenda presentare un ricorso, nonché agevolare l'azione dei servizi sanitari e sociali che intendano chiedere al giudice tutelare di sottoporre ad amministrazione di sostegno le persone di cui essi hanno la cura e l'assistenza (in quest'ottica si tratta di consentire alla cittadinanza di accedere ad un servizio di tutela erogato da organi giurisdizionali, direzione in cui si muovono i progetti pilota del tribunale online e polis), non può essere ignorata la necessità di far comprendere alla persona vulnerabile quali sono gli effetti e la portata dell'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Se il giudice tutelare non ha materialmente il tempo di svolgere tale funzione, occorre trovare una modalità alternativa, che potrebbe anche (ma non necessariamente) passare per la rappresentanza tecnica obbligatoria (con conseguenziale possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato) o per l'istituzione di punti di assistenza quali sono, ad oggi, gli uffici di pubblica tutela o gli uffici di prossimità, il cui organico andrebbe significativamente potenziato, senza però dimenticare che la difesa tecnica consente l'effettivo esercizio del contraddittorio nel giudizio.

Sarà pur vero che l'amministrazione di sostegno è uno strumento di tutela offerto dallo Stato e gestito dal giudice tutelare e che il procedimento in questione non è contenzioso, ma è altrettanto vero che il punto di vista della persona vulnerabile deve trovare modo di esprimersi in tale contesto. Specie quando si pensi ai rapporti tra interdizione e amministrazione di sostegno, appare significativo quanto dichiarato, a tal proposito, da un intervistato *"se una persona è totalmente incapace di intendere e di volere, se emettiamo un decreto di nomina di amministratore di sostegno che copre tutti gli ambiti della sua vita, di fatto lo stiamo interdiciendo, però qual è il rischio? Che nell'amministrazione di sostegno [la decisione non è collegiale e] non c'è l'obbligo dell'avvocato"*.

Questa discrasia riproduce quella che da sempre caratterizza la volontaria giurisdizione, in bilico tra il servizio amministrativo e la giurisdizione.

Insomma, la nuova regolamentazione processuale del giudizio di amministrazione di sostegno dovrebbe tenere in conto la rivoluzione copernicana che si è svolta rispetto al codice civile del 1942. Grazie all'articolo 2 della Costituzione del 1948⁶⁸, che riconosce i diritti inviolabili della persona umana è evidente come la Costituzione - unitamente alle Convenzioni internazionali che si occupano della protezione degli adulti vulnerabili - abbia determinato una vera e propria rivoluzione copernicana nel sistema dei diritti. Questa rivoluzione ha posto al suo fondamento la tutela della persona umana e i conseguenti doveri di solidarietà, superando la tutela della libertà d'impresa e della proprietà privata, *i.e.* la tutela dell'avere che, secondo autorevole dottrina, plasmava di sé il nostro codice di rito, almeno nella sua versione originaria⁶⁹. Ne consegue, per quel che qui interessa, che la disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno deve essere funzionale alla tutela delle persone fragili e al loro benessere, non solo economico ma anche – *rectius, in primis*, del loro benessere psico-fisico. Anche questo aspetto ha oggi una spiccata rilevanza pubblicistica e sociale e diviene dunque rilevante per il diritto processuale civile, che è materia pubblicistica, specialmente considerando il progressivo invecchiamento della popolazione europea e italiana. La protezione delle persone fragili deve quindi essere centrale nelle nuove norme, riflettendo il principio costituzionale di solidarietà e il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona umana. Se così non sarà, se la tutela negoziale e, in via sussidiaria, la tutela giurisdizionale falliranno tale obiettivo, la conseguenza sarà un aumento di spesa pubblica per cure mediche, assistenza pubblica etc., ovvero saranno acuiti i problemi socio-economici derivanti dall'invecchiamento della popolazione.

3) Investire nella formazione – possibilmente gratuita – iniziale e continua (non solo giuridica ma anche transdisciplinare) degli amministratori di sostegno (professionisti e non) e dei giudici tutelari. La formazione degli amministratori di sostegno – come emerge dalla ricerca empirica condotta – è reputata opportuna affinché costoro, in primo luogo, riescano ad individuare quali sono i canali per porsi in comunicazione con la persona vulnerabile in modo da comprenderne bisogni e necessità e poi affinché riescano a comprendere appieno le modalità giuridiche di funzionamento dell'amministrazione di sostegno, quali sono le facoltà e i doveri in capo agli amministratori di sostegno. Inoltre, la formazione è essenziale affinché gli amministratori di sostegno riescano a soddisfare gli obblighi di rendicontazione periodica

⁶⁸ Per tutti PROTO PISANI, *Limiti dell'attenzione della dottrina prevalentemente alla necessità di interventi sulla struttura e non anche sui bisogni di tutela*, in *Id.*, *Persona umana e processo civile*, Milano, 2022, pp. 89 ss.

⁶⁹ VERDE, *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti (Soliloqui del crepuscolo 2021-2023)*, Torino, 2023, parla, a p. 25 di "Un codice, quello del '40, redatto in funzione della tutela dell'"avere"; un codice che però (p. 49) è ancora "il processo civile in ostaggio dell'economia e a colloquio con internet e con le intelligenze artificiali".

imposti dalla legge (anche se, in proposito, il ddl. 1192 del 2024, reputa necessario prevedere una semplificazione di tale attività di rendiconto, “anche per non onerare di decine di migliaia di rendiconti ciascuna cancelleria di volontaria giurisdizione (e quindi, funzionari di cancelleria”).

Ci si potrebbe forse ispirare al sistema adottato dalla Regione Toscana prevedendo una formazione iniziale e permanente obbligatoria per i potenziali amministratori di sostegno “professionisti” che volontariamente decidono di iscriversi negli appositi elenchi e lasciarla, invece, facoltativa, per i familiari del beneficiario, in modo da bilanciare, nella maniera meno onerosa possibile, le contrapposte esigenze di avere un amministratore di sostegno formato e, dall’altro lato, di far assistere il beneficiario da un familiare, anche se non giurista o commercialista, da quest’ultimo legato da un legame affettivo e fiduciario. In proposito non mancano buone prassi a cui ispirarsi ⁽⁷⁰⁾.

La formazione transdisciplinare, iniziale o permanente – soprattutto quella che consente l’acquisizione e il consolidamento di competenze non giuridiche che consentano di migliorare la comunicazione con la persona vulnerabile – deve però riguardare anche i giudici tutelari, per aiutarli ad interloquire in maniera più fruttuosa con il beneficiario dell’amministrazione di sostegno.

Elena D’Alessandro
Ordinario dell’università di Torino

⁷⁰ Basti qui segnalare, a titolo esemplificativo:

- a) Il progetto EGIDA (<https://www.sostegno.bz.it/it/progettoegida>). Il progetto, attivo nella provincia di Bolzano, prevede la nomina da parte del giudice tutelare del Presidente dell’Associazione come amministratore di sostegno. Dopodiché, le diverse attività connesse all’incarico vengono suddivise tra i collaboratori e volontari dell’Associazione in base alle singole competenze professionali ed attitudini. Ciò che caratterizza il modello è il lavoro in *team*: tutti collaborano insieme per aiutare nel quotidiano le persone di cui l’Associazione è amministratore di sostegno;
- b) l’associazione La Cordata BRA (<https://www.associazionelacordata.com/chi-siamo>) operativa a Bra e nella provincia di Cuneo, e composta da amministratori di sostegno, tutori volontari e familiari che condividono esperienze, e prassi problematiche, in un’ottica di reciproco aiuto;
- c) La convenzione siglata tra il Tribunale di Torino la Provincia di Torino, a seguito della quale, dal 2012, è stata istituita, presso il tribunale, la Sezione decentrata dell’Ufficio di Pubblica Tutela per facilitare la relazione tra persone vulnerabili, amministratori di sostegno non giuristi, cancellieri e giudici.



MARCELLO GABOARDI

La «domanda» di adesione all'azione di classe: un primo inquadramento dogmatico

L'articolo esamina la figura della domanda di adesione all'azione di classe introdotta dalla nuova disciplina codicistica sullo strumento risarcitorio collettivo, indagandone gli aspetti che concorrono ad abbandonare, ad avviso dell'autore, l'impostazione teorica formatasi sull'atto di adesione nell'azione di classe dei consumatori e suggeriscono invece di inquadrarla dogmaticamente nella figura della domanda giudiziale all'interno di un giudizio a valenza endoprocedimentale.

The article explores the concept of the claim to join a class action as introduced by the new Italian legal framework governing the collective redress mechanism. It examines the elements that, in the author's view, move away from the theoretical approach traditionally associated with the so-called act of adhesion in consumer class actions, proposing instead that it should be systematically understood as a judicial claim within an endoprocedural process.

Sommario: 1. Il processo di classe e le modalità di appartenenza della classe. Vi è spazio per una struttura variabile del meccanismo regolatore dell'appartenenza alla classe? - 2. L'azione di classe come azione rappresentativa: ovvero un caso (atipico) di rappresentanza processuale volontaria anticipata e condizionata - 3. Il procedimento per l'esame delle domande di adesione: efficacia endoprocedimentale dell'accertamento compiuto dal giudice delegato - 4. Inquadramento dogmatico della domanda di adesione all'azione di classe

1. Il processo di classe e le modalità di formazione della classe. Vi è spazio per una struttura variabile del meccanismo regolatore dell'appartenenza alla classe?

La disciplina codicistica dell'azione di classe, introdotta dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, amplia significativamente i poteri e gli oneri dei componenti della classe che intendano aderire all'azione promossa dal *named plaintiff*. In particolare, va osservato che, a differenza di quanto previsto dall'abrogata normativa sull'azione di classe in ambito consumeristico *ex art. 140-bis*, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo), la possibilità di adesione è estesa al periodo successivo alla pronuncia della sentenza di accoglimento dell'azione di classe, senza più quella restrizione al solo periodo susseguente all'adozione dell'ordinanza di ammissibilità che caratterizzava invece il regime previgente¹. Ma è soprattutto l'introduzione di un vero e

¹ Sull'evoluzione della disciplina dell'azione di classe nell'ordinamento italiano anteriormente alla riforma codicistica del 2019 v., specialmente, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, pp. 145 ss.; ID., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, pp. 88 ss.; C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, Padova, 2012, pp. 12 ss. Sul sistema regolato dalla disciplina in materia consumeristica v., anche in chiave critica, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, I, cc. 254 ss.; G. ALPA, *L'art.*

proprio procedimento autonomo di adesione, nel quale è destinata a svolgersi la deliberazione di tutte le dichiarazioni di adesione ad opera di un giudice all'uopo delegato, che viene a costituire la novità più rilevante per la formazione della classe e per l'accertamento dei diritti vantati dai suoi componenti².

Al di là delle innovazioni procedurali, che, come vedremo, assumono una considerevole importanza nella fisionomia dell'odierno giudizio di classe, sembra tuttavia innegabile che al centro di questa nuova struttura processuale vi sia quella dichiarazione di adesione da parte del *class member* che non viene più qualificata genericamente come un «atto di adesione», ma assume ora senz'altro la qualifica di «domanda». E per quanto sia noto che non poche scelte lessicali compiute dal moderno legislatore processuale civile si siano rivelate spesso imprecise se non addirittura sbagliate, è indubbio che l'impiego di una categoria così carica di significato e implicazioni teoriche come quella della *domanda* non possa non suscitare nell'interprete qualche interrogativo sulla portata e sul valore di questa scelta legislativa. Ben inteso: si tratta di interrogativi a cui si potrebbe facilmente rispondere suggerendo che, come non raramente accade, la legge processuale, pur impiegando un dato concetto, non intende qui realmente applicare la categoria giuridica che a quel concetto corrisponde. Nondimeno, questa conclusione sembra, per così dire, un po' troppo facile, dal momento che la nuova struttura del processo di classe finisce per offrire una serie di indicazioni che non sembrano impedire l'applicazione della categoria della domanda giudiziale anche alla figura della

140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 384 ss.; A. CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 727 ss.; M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 115 ss.; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 363 ss.; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 819 ss.; S. MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *Le azioni seriali*, a cura di S. Menchini, Napoli-Roma, 2008, pp. 55 ss.; R. POLI, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 38 ss.; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, *ivi*, 2010, pp. 595 ss. Con riferimento alla riforma del 2019 v., invece, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, pp. 714 ss.; G. Scarselli, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *www.judicium.it*, 2019, pp. 1 ss.

² Tra le prime approfondite letture sul nuovo procedimento di accertamento dei diritti individuali omogenei degli aderenti all'azione di classe v., specialmente, C. CONSOLO, *La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.: uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 737 ss.; P.G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno resp.*, 2019, pp. 312 ss.; M. BOVE, *L'aderente*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 2303 ss.; A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, in *Foro it.*, 2019, V, cc. 356 ss.; da ultimo, v. anche R. FRATINI, *L'adesione*, in *Class action*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2024, pp. 149 ss.

«domanda» di adesione. D'altra parte, non è meno vero che il contesto normativo che contraddistingue la partecipazione dei *class members* al procedimento di classe continua ad essere regolata secondo alcune norme positive - dall'espressa esclusione dell'acquisizione della qualità di parte alla preclusione dell'intervento volontario - che sembrano escludere la possibilità di riconoscere alla dichiarazione di adesione la qualità di una vera e propria domanda giudiziale nell'ambito del procedimento collettivo.

Ecco allora che un corretto inquadramento giuridico e processuale della dichiarazione con cui il componente della classe manifesti la volontà di aderire all'azione promossa dal *named plaintiff* non si può desumere, alla luce del vigente quadro normativo, che tenendo conto della complessa struttura del nuovo procedimento di adesione, entro cui tale dichiarazione viene a manifestarsi. Insomma, l'atto di manifestazione della volontà di adesione all'azione di classe sembra assumere, nel nuovo contesto codicistico, un'autonomia concettuale assai più marcata di quanto si potesse ritenere con riferimento alla disciplina consumeristica; ma d'altra parte, è innegabile che lo statuto giuridico di tale atto (atto o negozio giuridico a rilevanza processuale, atto processuale avente una finalità puramente informativa, vera e propria domanda giudiziale) è condizionato dal nuovo contesto processuale nel quale esso è destinato a palesarsi e, soprattutto, ad essere esaminato da un organo giudiziario.

Come noto, la disciplina italiana del processo di classe condiziona tradizionalmente l'efficacia rappresentativa della domanda proposta dall'attore all'applicazione di un meccanismo di *opt-in* da parte dei membri della classe³; un meccanismo, quest'ultimo, che caratterizzava già la disciplina della previgente azione di classe in ambito consumeristico e che, a sua volta, poteva dirsi ispirata ad un modello processuale comune all'esperienza dei principali sistemi giuridici europei continentali⁴. Nell'ordinamento italiano, una tale scelta è stata giustificata dall'esigenza di coordinare l'automatica estensione degli effetti della sentenza di accoglimento ai componenti della classe con l'immanenza del principio dispositivo in materia processuale: la capacità del provvedimento giurisdizionale di incidere sulla sfera giuridica del singolo non può dipendere, nei confronti dei componenti della classe, dalla mera applicazione del meccanismo rappresentativo che contraddistingue l'azione di classe, dal momento che la capacità estensiva degli effetti del provvedimento deve necessariamente rinvenire la propria

³ Sul punto v., espressamente, anche se con. accenti diversi, M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., p. 120; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., 829; M. BOVE, *L'aderente*, cit., pp. 2304-2305; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., pp. 601 ss. Cfr. anche A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., p. 357.

⁴ Cfr., specialmente, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 76 ss.; R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, cc. 386 ss.

giustificazione in una manifestazione della volontà di far valere giudizialmente il diritto soggettivo (omogeneo) di cui ciascun *class member* si affermi titolare⁵.

Vi è da chiedersi come venga giustificata, negli ordinamenti giuridici in cui prevale la regola opposta dell'*opt-out*, la capacità della sentenza di accoglimento di estendere i propri effetti nei confronti dei componenti della classe quantunque essi non abbiano espressamente manifestato la volontà di aderire all'iniziativa processuale del *named plaintiff*. È evidente come, in tali ordinamenti, in cui è senza dubbio presente la garanzia dell'iniziativa processuale di parte⁶, il rischio che l'azione di classe finisca per operare una modifica (seppure in termini vantaggiosi) della sfera giuridica dei membri della classe in assenza di qualsiasi consenso sia prevenuto dall'attribuzione ad essi del potere di esprimere la volontà d'essere escluso dal novero dei beneficiari della sentenza⁷. Di talché, la volontà di accettare l'azione di classe e gli effetti della decisione giudiziale viene ad essere implicita nell'omessa manifestazione della volontà di rinunciare ad avvalersi dell'azione di classe⁸. La condizione in cui versa il *class member* si rivela, dunque, del tutto analoga in entrambe le situazioni determinate dagli opposti meccanismi con cui si perfeziona l'effetto rappresentativo dell'azione di classe: anche il meccanismo dell'*opt-out*, infatti, si viene a giustificare con la medesima esigenza di ottenere un consenso del *class member* alla disposizione (indiretta) della propria sfera giuridica che sta

⁵ Sul punto v., in generale, P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, pp. 2224 ss. e, per osservazioni più puntuali, I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., p. 367.

⁶ Per la «*necessary parties rule*» nel sistema processuale civile nordamericano, in forza della quale «*all persons materially interested, either as plaintiff or defendants in the subject matter of the bill ought to be made parties to the suit, however numerous they may be*», v. *Califano v. Yamasaki*, 442 U.S. 682, 700-701 (1979). Ma v. già *West v. Randall*, 29 F. Cas. 718 (1820), secondo cui «*the court may be enabled to make a complete decree between the parties, may prevent future litigation by taking away the necessity of a multiplicity of suits, and may make it perfectly certain, that no injustice shall be done, either to the parties before the court, or to others, who are interested by a decree, that may be grounded upon a partial view only of the real merits*».

⁷ Nel dibattito nordamericano v., per tutti, S.C. YEAZELL, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven and London, 1987, 7 ss.; ID., *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, 77 Colum. L. Rev. 866 (1977); J.C. COFFEE Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 Colum. L. Rev. 370 (2000). Sia consentito, anche per maggiori richiami sul punto, il rinvio a M. GABOARDI, *Il concorso delle azioni*, II, Milano, 2024, pp. 321 ss.

⁸ Il punto è trattato specialmente nei seguenti lavori: D.L. SHAPIRO, *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73, Notre Dame L. Rev. 913 (1998); A.R. MILLER, *Comment, Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem"*, 92 Harv. L. Rev. 664 (1979); ID., *Keynote Address: The American Class Action: From Birth to Maturity*, 19, Theoretical Inq. in Law 1 (2018); D.W. HUTCHINSON, *Class Actions: Joinder or Representational Device?*, 1983, Sup. Ct. Rev. 459; v. anche J. RESNIK, *From "Cases" to "Litigation"*, 54 L. & Contemp. Probs. 5 (1991).

alla base del meccanismo dell'*opt-in*, quantunque nel caso dell'*opt-out* la volontà di aderire all'azione di classe si possa solo desumere implicitamente dall'omessa manifestazione della volontà di uscire dalla classe (a cui il singolo appartiene senza bisogno di alcuna espressa adesione). Tali meccanismi si vengono a distinguere piuttosto sul piano dell'efficienza processuale, dal momento che, là dove il procedimento di classe è governato dal principio dell'*opt-out*, non si rende necessaria alcuna attività giudiziale di delibazione delle singole situazioni giuridiche soggettive dei componenti della classe; è in rapporto, tutt'al più, a quelle sole pretese contestate dal *defendant* in sede di esecuzione della sentenza (o, più spesso, del *settlement agreement*) che può insorgere l'interesse ad agire per l'accertamento del singolo diritto soggettivo contestato (in quanto si ritiene che esso non sia omogeneo con quello del rappresentante della classe). E proprio sul piano della scarsa efficienza del rimedio giurisdizionale collettivo costruito secondo il modello dell'*opt-in*, non si è mancato di osservare, in rapporto alla nuova disciplina codicistica dell'azione di classe italiana, come la principale ragione dell'insuccesso pratico del rimedio *de quo* sia costituita dal fatto che il pieno conseguimento del suo risultato sostanziale (a cominciare dal risarcimento dei danni subiti dagli aderenti) sia condizionato appunto all'espletamento delle attività di verifica delle singole situazioni giuridiche soggettive facenti capo agli aderenti⁹.

Nondimeno, non si può trascurare come, nel dibattito dottrinale nordamericano, l'adozione del meccanismo dell'*opt-out*, che costituisce un tratto caratteristico della *class action* regolata dalle norme federali¹⁰, non sia andato esente, a sua volta, da critiche. In particolare, è stata sottolineata l'importanza di una espressa manifestazione della volontà del *class member* di aderire all'azione di classe in ragione della preclusione che, in quel sistema giuridico, subisce l'iniziativa individuale del componente della classe a seguito della *class certification*¹¹. L'obiezione che, dunque, più frequentemente si muove al meccanismo dell'*opt-out* è quella di costituire «*a poor proxy for consent*»¹², non potendosi sempre affermare che il mancato esercizio del diritto di *opt-out* sia espressione univoca della volontà del componente di rimanere all'interno della classe: del resto, che la rinuncia all'azione individuale e, più in generale, le conseguenze dell'appartenenza alla classe dipendano dalla mera inattività del

⁹ Con riferimento al dibattito dottrinale italiano v., specialmente, B. SASSANI, *Presentazione*, in *Class action*, cit., XIV; A.D. DE SANTIS – B. SASSANI, *Il lungo e mesto addio all'azione di classe consumeristica, con un bagliore all'orizzonte*, in *Foro it.*, 2024, I, cc. 290 ss.

¹⁰ Sulla *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* v., per tutti, A.R. MILLER, *Keynote Address: The American Class Action: From Birth to Maturity*, cit., pp. 7 ss.

¹¹ La critica è stata espressa soprattutto da S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, 115 Mich. L. Rev. 171 (2016); Id., *Party Subordinance in Federal Litigation*, 83 Geo. Wash. L. Rev. 1 (2014)

¹² Le parole tra virgolette sono tratte da S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., p. 178.

singolo è una scelta che oggettivamente deve sopportare il rischio - non sempre collocabile entro i limiti della ragionevolezza - della incomprendione o della mancata ricezione della notifica dell'avvenuta *class certification* da parte dei singoli componenti della classe¹³. E ciò senza considerare l'ulteriore rischio - ben avvertito nel sistema processuale nordamericano - che è insito nell'interesse del *class counsel* a non incentivare l'esercizio del diritto di *opt-out* da parte dei *class members* allo scopo non solo di massimizzare il proprio compenso (dal momento che le *fees* sono solitamente proporzionate alle dimensioni della classe), ma anche allo scopo ulteriore di rinsaldare lo *sweetheart deal* eventualmente concluso con il *defense counsel* a condizioni subottimali per i membri della classe¹⁴.

In definitiva, entrambi i modelli presentano, com'è naturale, sia luci che ombre; di qui, l'idea assai suggestiva, avanzata soprattutto nel dibattito statunitense, di modulare la dicotomia *opt-in* e *opt-out* in funzione delle caratteristiche e delle finalità concrete della *class action*¹⁵. Qualora l'azione funga da rimedio contro illeciti che sarebbe remunerativo azionare anche individualmente, in quanto caratterizzati (come nel caso delle lesioni personali) da fattispecie costitutive distinte e da richieste risarcitorie singolarmente cospicue, l'appartenenza alla classe può essere efficacemente condizionata alla manifestazione di un'adesione espressa: in questi casi, cioè, l'applicazione dell'opposto meccanismo dell'*opt-out*, con i correlati rischi di incomprendione o di mancata ricezione della notifica della *class certification*, finisce, da un lato, per favorire l'esercizio dell'azione individuale da parte dei *class members* (sottraendo così le relative pretese al processo di classe) e, dall'altro lato, per rendere comunque più incerto il vaglio giudiziale sui requisiti di ammissibilità dell'azione collettiva¹⁶. Qualora, invece, l'azione di classe operi come un rimedio contro situazioni lesive contraddistinte da una marcata eterogeneità in quanto incidenti in misura diversa sui singoli interessi dei componenti

¹³ Cfr. S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., 195 ss.; R.H. KLONOFF, *Class Actions in the Year 2026: A Prognosis*, 65 Emory L. J. 1569 (2016).

¹⁴ Su questi aspetti v. ancora S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., 186 ss., secondo cui nei *sweetheart deals* il convenuto «offers a high fee award to class counsel to induce class counsel to sell a less-than-warranted settlement package to uninformed class members»; B. HAY – D. ROSENBERG, “Sweetheart” and “Blackmail” Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, 75 Notre Dame L. Rev. 1377 (2000).

¹⁵ L'idea è stata suggerita particolarmente da S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., p. 188; in precedenza v. anche M.H. Redish, *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit* 131 (2009); J.P. DAVIS et al., *The Puzzle of Class Actions with Uninjured Members*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 858, 871 (2014), secondo cui «class members with large claims, particularly if they are sophisticated litigators, may be capable of opting out of class proceedings and litigating on an individual basis», mentre «[c]lass members with small claims ... generally will not opt out of a class action or object to how it proceeds».

¹⁶ V. S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., p. 188; J.P. DAVIS et al., *The Puzzle of Class Actions with Uninjured Members*, cit., p. 871.

della classe, l'applicazione del meccanismo dell'*opt-in* tende a disincentivare l'adesione da parte di quei soggetti che possano vantare soltanto pretese economicamente modeste o addirittura irrisorie (tali cioè da non indurre a sostenere né i costi dell'adesione né, *a fortiori*, quelli dell'azione individuale), mentre l'applicazione del meccanismo dell'*opt-out*, così come garantisce a questi ultimi che il coinvolgimento delle loro pretese nel giudizio di classe si realizzi senza la necessità di sostenere alcun costo, assicura ai componenti della classe che vantino pretese economicamente più consistenti la persistente possibilità di (sottrarsi al giudizio collettivo e) agire individualmente¹⁷.

Ora, a prescindere dalla possibilità di enucleare anche nell'ordinamento italiano una proposta *de iure condendo* per l'introduzione di uno *standard* variabile di aggregazione dei membri della classe, sembra lecito affermare - in base alle osservazioni fin qui svolte - che l'adozione (e la successiva conferma), da parte del legislatore italiano, di un meccanismo di *adesione espressa* all'azione di classe ha generato una struttura del processo collettivo che risulta oggettivamente rigida e, dunque, inefficace. Più precisamente, una simile struttura, se può essere adatta ad aggregare le pretese di chi scorge nel(l'adesione al) giudizio collettivo *una pura alternativa* all'azione individuale (in quanto il valore della lesione giustifica il costo dell'azione individuale), si rivela inidonea ad assicurare l'aggregazione delle pretese di chi invece scorge nel(l'adesione al) giudizio collettivo *l'unica possibilità* di perseguire una tutela della propria sfera giuridica (in quanto il costo dell'azione individuale si rivela sensibilmente superiore al valore della lesione subita). Di qui, l'ulteriore osservazione per cui l'evoluzione della normativa sull'azione di classe italiana non può non tenere conto del fatto che le caratteristiche del meccanismo di adesione incidono direttamente sulla efficienza del rimedio collettivo e sulla sua capacità di perseguire il principale obiettivo che gli viene attribuito dalla legge: quello di mettere a disposizione della collettività che sia stata lesa (in modo omogeneo) dal comportamento del convenuto, una tutela giurisdizionale che sia, per così dire, più appetibile (*id est* più facilmente accessibile e meno gravosa economicamente) di quella conseguibile attraverso l'azione individuale¹⁸. Ed in effetti, se si valuta l'adequatezza di un dato meccanismo di formazione della classe (*opt-in* o *opt-out*) in funzione della sua capacità di incrementare l'efficienza del rimedio di classe, si deve riconoscere che una tale adeguatezza va desunta anzitutto dal grado della sostenibilità economica, nel caso concreto, dell'azione

¹⁷ V. ancora S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., pp. 188-189; J.P. DAVIS et al., *The Puzzle of Class Actions with Uninjured Members*, cit., p. 872.

¹⁸ Su questi aspetti v., in particolare, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 101 ss.

¹⁸ Cfr., specialmente, R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in *Class action*, cit., pp. 2-3; M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., pp. 119 ss.; M. BOVE, *L'aderente*, cit., 2304; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 600.

individuale da parte del *class member*¹⁹. Ebbene, in questa prospettiva, è effettivamente innegabile che il meccanismo dell'*opt-out* tenda ad essere generalmente più adeguato alle tipiche esigenze del contenzioso di classe; ma sembra altrettanto innegabile che, in alcuni casi, nei quali è minore il rischio dell'inerzia da parte dei membri della classe ma è maggiore quello dell'attivismo individuale, possa residuare un efficace spazio applicativo anche per il meccanismo dell'*opt-in*.

Tuttavia, una simile variabilità delle ragioni che inducono a preferire un meccanismo in luogo dell'altro suggerisce che l'assetto potenzialmente più efficace del giudizio collettivo sia quello che possa conciliare, volta per volta, la previsione di una regola di base, in virtù della quale prevalga *generaliter* l'applicazione del meccanismo dell'*opt-out*, con l'attribuzione di un potere derogatorio in capo al giudice o al rappresentante della classe che, in funzione delle esigenze del caso concreto, prospetti l'applicazione del meccanismo alternativo dell'*opt-in*. Un processo di classe realmente efficiente sembra richiedere, dunque, un approccio normativo "a geometria variabile" che non definisca un unico modo di formazione della classe, ma li integri entrambi modulandone l'applicazione secondo le specificità del caso concreto.

2. L'azione di classe come azione rappresentativa: ovvero un caso (atipico) di rappresentanza processuale volontaria anticipata e condizionata

Lasciando da parte la prospettiva *de iure condendo* e rivolgendo l'attenzione alla vigente normativa sull'azione di classe, giova considerare ora la tensione che si viene naturalmente a creare tra l'adozione del meccanismo di *opt-in*, con riguardo all'adesione dei componenti della classe, e la natura rappresentativa della domanda promossa dal loro rappresentante.

Ebbene, è innegabile che una tale natura rappresentativa costituisca l'elemento caratterizzante dell'azione di classe²⁰: essa esprime, infatti, una vera e propria discontinuità

¹⁹ Per una sottolineatura del rapporto tra struttura del processo di classe ed efficienza del rimedio collettivo v., in particolare, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 727; ID., *La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.*, cit., p. 738; C. PUNZI, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 254; C. CAVALLINI, *Azione collettiva risarcitoria e controversie finanziarie*, in *Riv. soc.*, 2010, pp. 1115 ss.; B. SASSANI – A.D. DE SANTIS, *Inammissibilità dell'azione di classe consumeristica e il «non possumus» della Cassazione*, in *Foro it.*, 2023, I, c. 159; M. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1017. Con specifico riguardo al raffronto tra azione collettiva e azione individuale del componente della classe, v. anche R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 87 ss.; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., pp. 823 ss.; S. MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 46.

²⁰ Sul punto v., specialmente, C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello «opt-in» anziché quella danese dello «opt out» e il filtro («L'inutil precauzione»)*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 5; ID., *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del*

nella tradizionale corrispondenza tra titolarità del diritto di agire in giudizio e titolarità della pretesa sostanziale fatta valere. L'attore di classe, sebbene privo di un esplicito mandato da parte dei componenti della classe²¹, agisce come un loro rappresentante poiché, seppure in via anticipata e condizionata, egli promuove la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi di cui sono titolari gli aderenti²². In particolare, la rappresentanza processuale *de qua* è parimenti attribuita dalla legge a ciascun componente della classe ed è da questi esercitabile quando ancora sia incerto l'*an* e il *quando* dell'adesione dei singoli componenti della classe all'azione collettiva. Mentre la rappresentanza processuale volontaria rinviene, come noto, il proprio fondamento nell'atto negoziale - anteriore all'esercizio dell'azione da parte del rappresentante - con cui il rappresentato attribuisce espressamente e unilateralmente il potere di agire in giudizio in suo nome e per suo conto²³, la rappresentanza processuale sottesa all'azione di classe, pur conservando una natura volontaria, rinviene il proprio fondamento, secondo l'attuale assetto normativo, nell'atto volontaristico - posteriore all'esercizio dell'azione da parte del rappresentante - con cui il rappresentato, manifestando la volontà di aderire al processo di classe (ed essendo legittimato a farlo in ragione

rapporto processuale, in C. CONSOLO – P. BUZZELLI – M. BONA, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, pp. 177 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, cit., p. 255; M. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1031; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 828; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., p. 365. Sul rapporto tra l'azione di classe e l'azione rappresentativa dell'art. 140-ter, d.lgs. n. 206/2005, v., da ultimo, A. GIUSSANI, *L'azione rappresentativa nel d.lgs. n. 28 del 2023*, in *Class action*, cit., pp. 279 ss.; R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., pp. 7 ss. Per l'analisi generale della natura rappresentativa dell'azione di classe, sia consentito anche il rinvio a M. GABOARDI, *Il concorso delle azioni*, II, cit., pp. 335 ss.

²¹ Il richiamo è naturalmente alla formulazione originaria dell'art. 140-bis, d.lgs. n. 205/2006 (introdotta con l'art. 2, comma 446, l. 24 dicembre 2007, n. 244 e poi sostituita dall'art. 49, comma 1, l. 23 luglio 2009, n. 99): sul punto v. A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008, pp. 51 ss.; P. MAJELLO, *La domanda giudiziale e le opzioni dei terzi*, in *Azione collettiva risarcitoria (Class action)*, a cura di E. Cesaro – F. Bocchini, Milano, 2008, pp. 78 ss.

²² V., sul punto, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.; Id., *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., pp. 14 ss.; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 389; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., pp. 828 ss.; M. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1031; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., pp. 361 ss.

²³ Sul tema della rappresentanza processuale volontaria e la spendita del potere di agire *in iure* in nome e per conto altrui v., specialmente, C. MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 67 ss.; Id., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, pp. 212 ss.; più recentemente v. F. CORSINI, *Delle parti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, pp. 144 ss.

dell'affermata titolarità di un diritto soggettivo omogeneo con quello del rappresentante), attribuisce parimenti il potere di agire in suo nome e per suo conto. Infatti, la dichiarazione di adesione, indipendentemente dalla qualificazione giuridica che si intenda assegnarle, non viene a rappresentare formalmente un atto con cui l'aderente fa valere il proprio diritto soggettivo nel processo di classe, dal momento che l'adesione opera - ai fini del processo di classe - come un atto di mera affermazione (della titolarità) del proprio diritto e di accettazione degli effetti della sentenza di accoglimento²⁴. La dichiarazione di adesione costituisce, dunque, un atto di natura essenzialmente negoziale in cui è espressa dall'aderente la volontà di attuare quella disposizione del proprio diritto soggettivo che si realizza per il tramite della sentenza di accoglimento dell'azione promossa dal rappresentante²⁵. Tale dichiarazione viene cioè a promuovere, con efficacia retroattiva, l'attribuzione di quel potere rappresentativo di cui l'attore, in forza dell'espressa previsione di legge, si è già avvalso al momento dell'esperimento dell'azione.

Vi è tuttavia da osservare che il ruolo della dichiarazione di adesione sembra essere sensibilmente mutato a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina codicistica. Il motivo principale di tale mutamento è da individuare nella istituzione di una fase processuale successiva alla definizione dell'azione di classe e destinata alla presentazione delle dichiarazioni di adesione o alla integrazione di quelle presentate nel corso del processo a seguito della pronuncia dell'ordinanza di ammissibilità²⁶. Infatti, secondo il regime normativo previgente, era onere dei componenti della classe presentare le dichiarazioni di adesione nella

²⁴ V., specialmente, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., pp. 101 ss.; *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 88 ss.

²⁵ Sulla complessa natura dell'atto con cui il componente della classe aderisce all'azione promossa dall'attore v., in particolare, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., pp. 114 ss.; Id., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 83 ss.; C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., pp. 138 ss.; C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., pp. 725 ss.; Id., *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale*, cit., pp. 180 ss.; M. BOVE, *L'aderente*, cit., pp. 2303 ss.; A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 2297 ss.; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 601; G. CANALE, *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1304 ss.; M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1938; A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., pp. 356 ss.; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.; sul regime previgente v., invece, A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 51; P. MAJELLO, *La domanda giudiziale e le opzioni dei terzi*, cit., pp. 79-80.

²⁶ Sul procedimento di accertamento dei diritti individuali omogenei dei componenti della classe ex artt. 840-septies ss. c.p.c. e, specialmente, sulla contrapposizione tra quest'ultimo e il procedimento di classe v., oltre ai richiami che saranno svolti infra nel successivo paragrafo, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., pp. 725 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 9 ss.; A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., pp. 356 ss.; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 162 ss.

pendenza della lite, entro un termine decorrente dalla pubblicazione dell'ordinanza di ammissibilità; di talché, l'«atto di adesione» - com'era definito dall'abrogato art. 140-bis cit. - veniva a costituire una forma di manifestazione della volontà negoziale di assoggettare il diritto soggettivo omogeneo alla statuizione della sentenza di accoglimento dell'azione promossa dal rappresentante²⁷. Tale condizione finiva dunque per attribuire all'atto di adesione una mera rilevanza processuale, dalla quale conseguiva, oltre al dovere di accertamento da parte del tribunale circa la sussistenza dei requisiti per l'adesione, l'estensione degli effetti della sentenza di accoglimento a ciascun aderente²⁸. Tutto ciò contribuiva, però, ad assegnare all'atto di adesione una funzione ancillare e secondaria rispetto all'azione di classe: una funzione, questa, che appariva ancillare e secondaria proprio perché l'atto di adesione poteva esprimersi soltanto all'interno del processo di classe e non in una fase processuale autonoma e distinta.

La nuova disciplina codicistica, invece, nell'intento di razionalizzare l'attività cognitoria delle dichiarazioni di adesione, ha istituito, come detto, un procedimento autonomo, susseguente alla definizione del processo di classe, avente ad oggetto la delibazione delle «domande di adesione» (art. 840-septies c.p.c.). È pur vero che la nuova disciplina, come accennato, continua a prevedere la possibilità che la dichiarazione di adesione sia presentata dal componente della classe quando sia ancora pendente il giudizio collettivo e, precisamente, entro un termine perentorio decorrente - come in precedenza per l'azione di classe in materia consumeristica - dalla pubblicazione dell'ordinanza di ammissibilità²⁹; nondimeno, il persistere di una tale possibilità non toglie che anche la delibazione delle domande di adesione proposte in via anticipata (rispetto alla definizione del processo di classe) sia riservata alla successiva fase processuale all'uopo destinata³⁰. Ora, la circostanza che la dichiarazione di

²⁷ Con riferimento all'azione di classe di impronta consumeristica v., specialmente, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 83 ss.; C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., pp. 138 ss.; M. Bove, *L'aderente*, cit., pp. 2303 ss.; G. CANALE, *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, cit., pp. 1309 ss.

²⁸ Per la ricostruzione dogmatica dell'atto di adesione nella disciplina consumeristica dell'azione di classe v., specialmente, C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., pp. 138 ss.; C. CONSOLO, *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale*, cit., pp. 178 ss.

²⁹ A tal proposito, v. i rilievi di A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., pp. 356 ss.; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 162 ss.

³⁰ Infatti, quantunque l'art. 840-quinquies, comma 1, c.p.c. ammetta che ciascun componente della classe possa aderire *pendente lite* entro il termine perentorio «non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza», è riconosciuto espressamente che l'aderente, oltre a non assumere la qualità di parte, può veder accertato il proprio diritto ex art. 840-octies c.p.c. «successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe».

adesione venga ad assumere rilevanza in un contesto processuale distinto ed autonomo rispetto al processo di classe induce a ritenere che, per quanto questo nuovo contesto processuale costituisca certamente il fisiologico sviluppo di quello che potrebbe definirsi come il procedimento principale (e cioè: il processo sull'azione di classe intercorrente tra il rappresentante della classe e il convenuto), il modo di intendere e qualificare la dichiarazione di adesione - tanto più alla luce della mutata definizione legislativa - possa essere, a sua volta, necessariamente diverso.

Non si vuole per ora entrare nel merito della questione concernente la natura della dichiarazione di adesione secondo la nuova disciplina codicistica; si intende piuttosto sottolineare quelle caratteristiche che contraddistinguono il procedimento di esame delle domande di adesione, dalle quali sembra possibile arguire che la dichiarazione di adesione, oltre ad essere - come indubbiamente è - un atto strumentale alla piena esplicazione della decisione sull'azione di classe, viene ad assumere i caratteri di un vero e proprio *atto processuale di attivazione di una peculiare forma di tutela dichiarativa*: in una parola, una vera e propria domanda giudiziale.

Ciò che assume rilevanza è, anzitutto, la struttura del rapporto processuale che si viene ad instaurare in tale procedimento: in esso la natura rappresentativa dell'azione di classe - almeno nella fase introduttiva del giudizio, caratterizzata dalla presentazione delle domande di adesione - sembra venire meno, in favore d'una legittimazione ad agire che è riconosciuta esclusivamente in capo a ciascun singolo componente della classe³¹. D'altra parte, il conferimento del potere rappresentativo in favore del rappresentante comune degli aderenti (che è nominato all'uopo dal giudice delegato e) a cui ciascun componente della classe è chiamato a conferire anche il potere aggiuntivo di compiere «tutti gli atti ... relativi al diritto individuale omogeneo» [art. 840-septies, comma 2, lett. h), c.p.c.], non toglie alla domanda di adesione la funzione di far valere giudizialmente il diritto omogeneo dell'aderente. Il rappresentante comune degli aderenti - coincida o meno con la persona del rappresentante comune dei componenti della classe - assolve alla peculiare funzione sottesa alla redazione

³¹ Sul tema della legittimazione ad agire per l'azione di classe e sulla legittimazione a presentare la dichiarazione di adesione all'azione di classe v., nel vigore dei diversi testi normativi *in parte qua*, I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., pp. 366 ss.; S. MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei*, cit., pp. 62 ss.; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 707 ss.; V. VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. impr.*, 2008, pp. 729 ss.; da ultimo v., con riferimento soprattutto alla legittimazione *ad causam*, R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., pp. 36 ss. Con riferimento precipuo all'atto di adesione v. M. BOVE, *L'aderente*, cit., p. 2305; A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., pp. 357-358.

del «progetto dei diritti individuali degli aderenti» ex art. 840-*octies* c.p.c., senza divenire per ciò solo parte del procedimento di accertamento dei diritti individuali³². Il contraddittorio, infatti, sembra essere limitato al rapporto che intercorre, per ciascuna domanda di adesione, tra l'aderente e il resistente: le conclusioni che il rappresentante comune è chiamato a rassegnare con il proprio progetto sembrano costituire nulla più che prognosi della ammissibilità e fondatezza delle domande di adesione, che spetterà al giudice delegato accogliere o rigettare.

A ciò si aggiunge, poi, l'assegnazione della competenza (funzionale) a pronunciarsi sulle domande di adesione ad un organo giudiziario distinto rispetto a quello che è competente a decidere sull'azione di classe: anche questa caratteristica del procedimento di accertamento delle domande di adesione contribuisce a delinearne l'autonomia rispetto al procedimento collettivo. Mentre l'attività della sezione specializzata del tribunale è incentrata sull'accertamento (i) dei requisiti di ammissibilità dell'azione di classe e (ii) del diritto soggettivo dedotto in giudizio dal rappresentante della classe, l'attività del giudice delegato all'accertamento delle domande di adesione si appunta sulla cognizione dei diritti individuali degli aderenti alla stregua delle allegazioni e prove di questi ultimi e delle deduzioni ed eccezioni del resistente. La domanda di adesione introduce, dunque, una fase processuale che, svolgendosi dinanzi ad un giudice suo proprio, non può non considerarsi dotata di un carattere di autonomia rispetto al procedimento di classe: il che viene a significare che, a differenza di quanto accadeva nel regime normativo previgente, in cui era lo stesso tribunale investito della domanda di classe a delibare le richieste di adesione, l'accertamento dei diritti individuali degli aderenti è oggi ancor più sottratto alla logica processuale che è insita nella natura rappresentativa dell'azione di classe. In altri termini, ciascun diritto individuale omogeneo appartenente ai componenti della classe diviene, nel nuovo contesto normativo, l'oggetto di un accertamento giudiziale che non è più processualmente dipendente rispetto all'oggetto principale del processo di classe, che è costituito naturalmente dal diritto soggettivo fatto valere dall'attore.

Se, in base all'art. 140-*bis*, d.lgs. n. 205/2006, l'accertamento dei diritti individuali dei componenti della classe era pur sempre svolto (dal medesimo organo giudiziario) in funzione della pronuncia sull'azione di classe³³, la statuizione sui diritti dei componenti della classe

³² Sul ruolo del rappresentante comune degli aderenti v., in particolare, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 720; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 11; da ultimo, R. FRATINI, *L'adesione*, cit., p. 158.

³³ Sul regime di adesione all'azione di classe dell'art. 140-*bis*, d.lgs. n. 205/2006, v. R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 83 ss.; C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., pp. 138 ss.; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, cit., p. 392; M. BOVE, *L'aderente*,

scaturisce, secondo la nuova disciplina codicistica e, specialmente, secondo l'art. 840-*octies*, comma 5, c.p.c., dalla pronuncia sulle domande di adesione proposte individualmente dagli aderenti. Ciò che, nella legislazione consumeristica, si traduceva sostanzialmente in un accertamento dei diritti individuali degli aderenti funzionale alla determinazione del *quantum* complessivo della condanna assunta (dal tribunale) sull'azione di classe³⁴, nella nuova disciplina codicistica diviene una pronuncia sulle domande con cui i singoli aderenti richiedono indubbiamente l'accertamento del proprio diritto individuale³⁵, a cui è funzionale sia l'indicazione del *petitum* («la determinazione dell'oggetto della domanda») e sia l'enucleazione della *causa petendi* («l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda») [art. 840-*octies*, comma 2, lett. d) ed e), c.p.c.]. D'altra parte, nel medesimo art. 840-*octies* c.p.c., è chiaramente stabilita - al comma 5 - la natura condannatoria (e la relativa efficacia immediatamente esecutiva) del decreto con cui il giudice delegato abbia accolto in tutto o in parte le domande di adesione (proposte dai componenti della classe e poi) recepite nel progetto redatto dal rappresentante comune³⁶: un simile assetto regolatorio non può non indurre ragionevolmente a qualificare il decreto del giudice delegato come un provvedimento - distinto ed autonomo rispetto alla sentenza di accoglimento sull'azione di classe - in cui si esprime la tutela giurisdizionale richiesta individualmente dagli aderenti.

Anche la presenza di un regime impugnatorio del decreto, ai sensi dell'art. 840-*undecies* c.p.c., riflette l'impostazione di un procedimento autonomo (rispetto al processo di classe), necessariamente fondato su una domanda la cui riesaminabilità (ad opera del tribunale investito dell'opposizione dell'aderente) la sottrae ad ogni logica rappresentativa³⁷: ed infatti,

cit., pp. 2303 ss.; G. CANALE, *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, cit., pp. 1309 ss.; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 599; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie* cit., pp. 710 ss.

³⁴ Sulla quantificazione del danno in rapporto al giudizio di classe a tutela dei consumatori, v. specialmente le osservazioni, anche critiche, svolte da C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, pp. 1297 ss., in part. 1304; ID., *Class actions fuori dagli Usa? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, pp. 642 ss.

³⁵ Queste sono le osservazioni che pare possibile desumere anche da C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 719; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 8; Da ultimo, v. anche R. FRATINI, *L'adesione*, cit., p. 159, ove ulteriori riferimenti.

³⁶ In questi termini v. ancora G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 8; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., p. 159.

³⁷ Sul regime impugnatorio dell'art. 840-*undecies* c.p.c. v., specialmente, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., pp. 735 ss.; R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, in *Class action*, cit., pp. 247 ss.; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pp. 1587 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.

l'accertamento del diritto individuale dell'aderente non dipende dall'agire rappresentativo del *named plaintiff*, poiché, se è vero che tale accertamento presuppone la sentenza di accoglimento dell'azione di classe (promossa appunto dal rappresentante della classe), in cui si configura la condizione di *astratta accoglibilità nel merito della domanda di adesione*, non è meno vero che esso si completa con il decreto pronunciato dal giudice delegato, in cui è stabilita la *accoglibilità in concreto della domanda di adesione* in ragione della determinazione dell'*an* e del *quantum* del diritto individuale dell'aderente. Per il tramite della natura rappresentativa dell'azione di classe, la sentenza di accoglimento *ex art. 840-sexies c.p.c.* opera, per così dire, alla stregua di una sentenza che condanna il resistente, *in via specifica*, a risarcire il rappresentante della classe e, *in via soltanto generica*, a risarcire quegli aderenti la cui domanda di adesione sarà accolta dal giudice delegato (nella misura da questi determinata). Ben inteso: la sentenza di accoglimento non accerta, alla stregua di una vera e propria sentenza di condanna generica *ex art. 278 c.p.c.*³⁸, l'esistenza dei diritti individuali dei singoli componenti della classe, ma si limita comunque, in ragione della struttura rappresentativa dell'azione di classe, a stabilire il *metro di giudizio* - emergente dall'accertamento dell'esistenza di una classe (*scilicet* di diritti soggettivi omogenei) e dall'accertamento della condotta illecita imputabile al convenuto - in base al quale il successivo riconoscimento del diritto individuale di ciascun componente della classe da parte del giudice delegato giustifica la condanna, disposta pur sempre dal giudice delegato, nei confronti del convenuto.

La misura condannatoria contenuta nel decreto dell'*art. 840-octies c.p.c.* consegue, infatti, oltre che all'accertamento delle caratteristiche del diritto individuale dell'aderente (compiuto dal giudice delegato), all'accertamento della lesione (plurisoggettiva) e della sua imputazione al convenuto: ma è un accertamento, quest'ultimo, che compete al tribunale in sede di pronuncia sull'azione di classe e che viene a valere, in forza della natura rappresentativa di tale azione, anche per le ragioni degli altri componenti della classe che abbiano presentato la domanda di adesione.

In definitiva, la declinazione del meccanismo di *opt-in* secondo le forme del procedimento di adesione degli artt. 840-*septies* ss. c.p.c., pur replicando un modello che, come visto, presenta vari limiti in punto di efficienza del procedimento di classe, finisce per separare la fase

³⁸ Nel senso comunque che «la condanna generica al risarcimento del danno per fatto illecito extracontrattuale postula ... soltanto l'accertamento di *un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose*», mentre «è riservato al giudice della liquidazione l'accertamento dell'esistenza effettiva del danno e della sua entità, nonché del nesso di causalità fra questo ed il fatto illecito» (il corsivo è dell'autore), v., *ex multis*, Cass. civ., 31 luglio 2006, n. 17297, in *Rep. Foro it.* 2006, voce *Sentenza civile*, 83; Cass. civ., 22 novembre 2000, n. 15066, *ivi*, 2000, voce *Sentenza civile*, 71.

processuale (principale) volta alla delibazione della domanda di classe e la fase processuale (dipendente) riservata alla delibazione dei soli diritti individuali dei componenti della classe. La separazione delle fasi processuali finisce, dunque, per riconoscere alla domanda di adesione una rilevanza autonoma nel procedimento dinanzi al giudice delegato, di talché l'accertamento del diritto del componente della classe viene a dipendere esclusivamente dalla pronuncia del giudice sulla relativa domanda.

3. Il procedimento per l'esame delle domande di adesione: efficacia endoprocessuale dell'accertamento compiuto dal giudice delegato

Si è detto della stretta correlazione che intercorre tra la natura autonoma della domanda di adesione e la struttura della procedimento di esame delle domande dei componenti della classe. Conviene ora sulle caratteristiche di tale procedimento, che viene a costituire indubbiamente una delle novità più rilevanti della riforma in punto di azione di classe.

Una prima lettura delle disposizioni degli artt. 840-*septies* ss. c.p.c. non può non suscitare nell'interprete l'evidente impressione di un'analogia con il procedimento di accertamento dello stato passivo nel contesto della procedura fallimentare (*rectius* di liquidazione giudiziale) ex artt. 201 ss., d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza): la struttura contenziosa del procedimento, regolata secondo le forme del «contenitore neutro» del rito camerale ispirato alle garanzie del procedimento ordinario; l'impostazione bifasica del procedimento, modellata sulla struttura impugnatoria del processo di cognizione, in cui si contrappone il grado di giudizio dinanzi al giudice delegato e quello di opposizione dinanzi al tribunale (ed a cui pare difficile negare, malgrado l'assenza di un'espressa previsione normativa, l'accesso al giudizio cassazione sul decreto del tribunale, attesa l'evidente incidenza del provvedimento sui diritti soggettivi dei componenti della classe e la sua conseguente idoneità al passaggio in giudicato); la redazione del progetto delle domande di adesione da parte del rappresentante comune, in cui si riflette il progetto di stato passivo che, nella liquidazione giudiziale, il curatore è chiamato a predisporre con riguardo alle domande di insinuazione presentate dai componenti del ceto creditorio; la pienezza del contraddittorio - esteso finanche all'applicazione *in parte qua* del principio di non contestazione dell'art. 115 c.p.c. (v. art. 840-*octies*, comma 1, c.p.c.) - tra gli aderenti e la parte resistente in ordine ai fatti posti dai primi a fondamento delle loro domande e ai fatti estintivi, modificativi o impeditivi (del diritto di ciascun aderente) eventualmente eccepiti dalla seconda³⁹. Questi tratti distintivi

³⁹ Su questi elementi di analogia tra il procedimento di accertamento dei diritti individuali omogenei dei componenti della classe e il procedimento di esame dello stato passivo del debitore insolvente, giova rinviare, con riferimento alla caratteristiche della disciplina concorsuale, a G. BOZZA, *Commento all'art. 95*, in *Il nuovo*

della nuova disciplina - unitamente ad alcuni altri come, ad esempio, la qualifica di «pubblico ufficiale» che accomuna il rappresentante comune al curatore (v. art. 840-*sexies*, comma 2, c.p.c. e art. 127, d.lgs. n. 14/2019) o l'assegnazione della competenza in primo grado ad un «giudice delegato» (quantunque manchi nella disciplina dell'azione di classe una norma analoga a quella dell'art. 207, comma 12, d.lgs. n. 14/2019)⁴⁰ - contribuiscono alla delineazione di una fase processuale autonoma rispetto al processo di classe, così come autonoma rispetto alle altre fasi della procedura concorsuale (non solo il procedimento per l'apertura della procedura, ma anche le fasi di liquidazione e ripartizione dell'attivo).

Indubbiamente, alcuni elementi del procedimento di esame delle domande di adesione non appartengono all'analogo procedimento in ambito concorsuale: il primo e più significativo di essi attiene al ruolo che il rappresentante comune degli aderenti, pur essendo chiamato alla redazione del progetto dei diritti individuali omogenei, non prende parte al contraddittorio processuale, se non in una posizione atipica e alquanto insolita⁴¹. Una posizione, questa, che sembra assai più simile a quella assunta dal curatore nella disciplina della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) anteriormente alle modifiche apportate dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (e conservate nel vigente d.lgs. n. 14/2019): in tale contesto, il curatore operava come un vero e proprio ausiliario del giudice delegato per la predisposizione del progetto di stato passivo, con esclusione di qualsiasi contraddittorio con i creditori istanti (se non in via differita a seguito di opposizione del credito escluso) e valutazione prognostica della inammissibilità o infondatezza delle domande⁴². A seguito della riforma operata col d.lgs. n. 5/2006, la funzione

diritto fallimentare, I, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, pp. 1424 ss.; Id., *Lo stato passivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, II, Milano, 2014, pp. 615 ss.; a seguito della riforma varata dal d.lgs. n. 14/2019 v., per tutti, M. FABIANI, *I principi di vertice dell'accertamento dello stato passivo all'esito del processo di riforma e le correlazioni con la liquidazione dell'attivo*, in www.dirittodellacrisi.it, 2024, pp. 1 ss., ove ampi riferimenti. Con riferimento alla tutela collettiva riformata, si rinvia invece ad A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., pp. 1587 ss.; G. Scarselli, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.; R. Fratini, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.

⁴⁰ Non va neppure trascurata la previsione dell'art. 840-*sexies*, comma 1, lett. g), c.p.c., secondo cui il rappresentante comune è tenuto a possedere i requisiti per la nomina a «curatore fallimentare», dal momento che dev'essere nominato dal tribunale «tra i soggetti aventi i requisiti» appunto per tale nomina. A tal proposito, rileva oggi la previsione dell'art. 358, d.lgs. n. 14/2019 che, assai più di quanto previsto nell'abrogato art. 28, r.d. n. 267/1942, non si limita a richiedere l'iscrizione in un albo professionale e l'assenza di cause di incompatibilità, ma l'applicazione di criteri di «trasparenza e turnazione» in rapporto anche alla «esperienza richiesta dalla natura e dall'oggetto dello specifico incarico».

⁴¹ Sulla posizione del rappresentante comune v. le indicazioni contenute nella precedente nota 32.

⁴² V., sul punto, le analisi puntuali di G. BOZZA, *Commento all'art. 95*, cit., p. 1425 e di A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, IX, diretto da F. Galgano, Padova, 1986, pp. 345 ss.

assolta dal curatore nel procedimento (in primo grado) per l'esame dello stato passivo è sensibilmente mutata, divenendo quella di un vero e proprio contraddittore (*rectius* convenuto) rispetto a ciascuna domanda di insinuazione⁴³; di talché, l'eccezione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto soggettivo del creditore è un'eccezione sollevata dal curatore, a cui spetta, d'altra parte, apportare al progetto di stato passivo le modifiche rese necessarie dalle repliche dei creditori e a cui, comunque, spetta il potere di impugnare il provvedimento con cui il giudice delegato abbia disatteso le sue difese⁴⁴. Al contrario, poiché il progetto dei diritti degli aderenti, redatto dal rappresentante comune, sconta un contraddittorio (sui diritti individuali omogenei) che si svolge esclusivamente tra gli aderenti e il resistente (e a cui il rappresentante comune sembra, quindi, destinato a rimanere estraneo), si deve riconoscere che al rappresentante comune spetta, nel corso del procedimento di esame delle domande di adesione, il ruolo di un semplice ausiliario del giudice nella deliberazione di tali domande⁴⁵.

È pur vero che viene riconosciuto al rappresentante sia il potere di rassegnare le proprie « motivate conclusioni » sulle domande di adesione alla luce delle difese svolte dal resistente (art. 840-*octies*, comma 2, c.p.c.) e, ancor più, il potere di impugnare il decreto di condanna del resistente (art. 840-*undecies*, comma 2, c.p.c.). Tuttavia, il potere di rassegnare le conclusioni esprime, a ben vedere, non già un potere di precisazione delle conclusioni, che spetta tipicamente solo a chi sia stato parte del processo, bensì un potere di prognosi sulla ammissibilità e fondatezza delle domande di adesione (che saranno vagliate dal giudice delegato). E d'altra parte, il potere di impugnazione del decreto viene ad esprimere un interesse che non è correlato all'esser stato parte del giudizio né all'esservi altresì risultato soccombente⁴⁶: ora, non sembra il caso di considerare l'esistenza di situazioni in cui

⁴³ V. ancora G. BOZZA, *Lo stato passivo*, cit., pp. 620 ss., nonché G. PARISI, *L'accertamento del passivo nel codice della crisi e dell'insolvenza: natura ed effetti*, in *Dir. fall.*, 2019, p. 1097. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass. civ., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5694, in www.dirittodellacrisi.it; Cass. civ., 21 gennaio 2014, n. 1115, ined.; Cass. civ., 11 ottobre 2012, n. 17368, in *Fall.*, 2013, 897 ss.

⁴⁴ Sulla qualità del parte del procedimento in capo al curatore v., espressamente, G. BOZZA, *Lo stato passivo*, cit., p. 620.

⁴⁵ Per la dottrina che si è finora occupata, *inter alia*, del ruolo assunto dal rappresentante comune degli aderenti, pur senza riconoscere espressamente la qualifica di ausiliario del giudice delegato, v. A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., pp. 1587 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.; R. Fratini, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.

⁴⁶ Sul punto, in senso critico v., soprattutto, A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, cit., 2298-2299; R. DONZELLI, *Le impugnazioni dei provvedimenti decisorii*, in *Foro it.*, 2019, V, pp. 369 ss.; M. BOVE, *L'aderente*, cit., pp. 2303 ss.; da ultimo v. anche G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 8.

l'ordinamento assegna il potere di impugnare a quanti non siano stati neppure parti (in senso processuale) nel precedente grado del giudizio (ma ne siano stati comunque parti in senso sostanziale in quanto titolari del diritto controverso)⁴⁷, dal momento che tali situazioni rispondono ad un'esigenza (quella appunto di raccordare il potere impugnatorio all'effettiva titolarità della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio), che non appartiene alla posizione del rappresentante comune degli aderenti.

Conviene, invece, considerare il ruolo che il rappresentante può svolgere (e a cui sembra essere chiamato proprio dalla previsione dell'art. 840-*undecies*, comma 2, c.p.c.) in rapporto all'impugnazione del decreto pronunciato dal giudice delegato: ancora un volta sovvieni il raffronto con la disciplina dell'accertamento dello stato passivo, nella quale è analogamente riconosciuto, *inter alia*, al curatore il potere di promuovere l'impugnazione dei crediti ammessi (v. art. 206, comma 3, d.lgs. n. 14/2019) al fine di contestare l'*accoglimento* della domanda di un concorrente⁴⁸. Come noto, tale iniziativa rinviene la sua ragion d'essere nel carattere concorsuale della procedura, tale per cui la illegittima ammissione alla stato passivo d'un concorrente reca danno all'intero ceto dei creditori⁴⁹; ora, l'iniziativa impugnatoria del rappresentante comune riflette analogamente l'interesse di quei componenti della classe la cui domanda sia stata illegittimamente *rigettata* dal giudice delegato⁵⁰. Mentre nel caso del curatore, la rappresentanza processuale dei creditori che siano stati pregiudicati dall'illegittima ammissione di un concorrente consegue alla previsione legale della obbligatorietà del concorso (artt. 150-151, d.lgs. n. 14/2019)⁵¹, nel caso della rappresentante comune essa consegue al mandato che, come detto, viene espressamente conferito al rappresentante comune da ciascun componente della classe nella domanda di adesione⁵². Poiché nella procedura concorsuale manca la previsione di un obbligo, in capo ai creditori concorrenti, di conferire al curatore, a pena di inammissibilità della domanda, il potere di rappresentarli nel compimento degli atti processuali, la legittimazione ad impugnare i crediti (illegittimamente) ammessi del curatore concorre con quella individuale dei singoli creditori

⁴⁷ Per l'analisi di queste situazioni si rinvia a L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, pp. 128 ss., ove ampi riferimenti.

⁴⁸ V. ancora G. BOZZA, *Lo stato passivo*, cit., pp. 632 ss.; v. anche M. MONTANARI, *Commento all'art. 99*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., pp. 1502 ss.; S. CONFORTI, *Le impugnazioni dello stato passivo*, Torino, 2021, p. 193.

⁴⁹ Così espressamente S. CONFORTI, *Le impugnazioni dello stato passivo*, cit., p. 199.

⁵⁰ V., per alcune indicazioni, A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., pp. 1587 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.

⁵¹ Così, sul punto, con chiarezza, M. MONTANARI, *Esclusività del procedimento di verifica dello stato passivo e ordine pubblico processuale*, in *Fall.*, 2019, pp. 1353 ss.

⁵² V., in particolare, A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1589; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 7-8.

ammessi⁵³; al contrario, nel processo collettivo, nel quale non sono perseguiti - a differenza di quanto accade nella procedura concorsuale - anche interessi sovraindividuali, permane il potere dei singoli componenti della classe di agire individualmente per la tutela del proprio diritto soggettivo, con conseguente rinuncia (implicita) alla possibilità di avvalersi dell'azione di classe⁵⁴, di talché la possibilità di convogliare le plurime istanze dei componenti della classe nell'attività processuale di un unico soggetto esige necessariamente (e, appunto, a pena di inammissibilità della domanda di adesione) la manifestazione della volontà unilaterale di conferire uno specifico mandato al rappresentante comune. Ne consegue che mentre il curatore si vede assegnato il potere di impugnare il decreto di esecutività dello stato passivo in quanto rappresentante *ex lege* degli interessi dei creditori e, vieppiù, in quanto parte del precedente grado di giudizio (in veste di convenuto e quale sostituto processuale *ex lege* del debitore insolvente), il rappresentante comune dei componenti della classe esercita il potere di impugnare il decreto del giudice delegato in veste di mandatario degli aderenti quantunque non abbia assunto la qualità di parte nel procedimento dinanzi al giudice delegato⁵⁵. Infatti, tra gli «atti di natura ... processuale» che il rappresentante comune è delegato a compiere si può sicuramente annoverare anche l'atto con cui venga impugnato, nell'interesse dei singoli componenti della classe risultati soccombenti, l'accertamento compiuto dal giudice delegato. È dunque un'esigenza di economia processuale correlata al numero potenzialmente elevato dei componenti della classe che giustifica l'esclusione del potere impugnatorio in capo ai singoli aderenti e la sua riduzione al potere del rappresentante.

Ebbene, se si escludono i caratteri peculiari che, come or ora accennato, contraddistinguono il ruolo del rappresentante, vi è significativa sintonia tra il procedimento *de quo* e quello di accertamento dello stato passivo; una sintonia che induce a riflettere sulla valenza dell'accertamento risultante dal provvedimento del giudice delegato e, in particolare, a chiedersi se possa ad esso attribuirsi una efficacia ai soli fini del processo di classe, come un'efficacia «ai soli fini del concorso» è attribuita al decreto di esecutività dello stato passivo (art. 204, comma 5, d.lgs. n. 14/2019).

La ragione principale d'una tale efficacia in ambito concorsuale - riconosciuta dalla giurisprudenza assai prima del suo recepimento nella legge ad opera del d.lgs. n. 5/2006 - va rinvenuta, oltre che nel regime di opponibilità degli atti alla massa dei creditori, nella «posizione marginale del fallito» determinata soprattutto dall'assenza di qualsiasi potere

⁵³ V., per tutti, M. MONTANARI, *Commento all'art. 99*, cit., pp. 1503 ss.

⁵⁴ Sul punto v. A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1588; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 6; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.

⁵⁵ V., in particolare, R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, cit., p. 254.

impugnatorio del decreto del giudice delegato⁵⁶. Infatti, l'incidenza della regola dello spossessamento del debitore anche sugli atti aventi natura processuale (artt. 142-143, d.lgs. n. 14/2019) comporta la legittimazione esclusiva del curatore nel promuovere quelle iniziative che concorrono a salvaguardare la consistenza del patrimonio debitorio, sul quale convergono sia gli interessi del debitore (che certo non perde la titolarità dei propri beni a seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale) sia gli interessi dei creditori (che rinvergono nell'attivo patrimoniale del debitore la garanzia per la soddisfazione delle proprie pretese in sede concorsuale). Analogamente, nel caso del procedimento di accertamento dei diritti individuali dei componenti della classe, il rappresentante comune degli aderenti agisce (in via impugnatoria) sulla scorta d'una legittimazione esclusiva, quantunque essa non sia determinata dalla legge ma dalla volontà degli stessi aderenti, ai quali spetta dunque una «posizione marginale» nel relativo procedimento di opposizione⁵⁷; una posizione che non è, insomma, troppo dissimile da quella del debitore concorsuale nel procedimento di opposizione al decreto sullo stato passivo.

D'altra parte, l'accertamento dei diritti individuali omogenei non mira a costituire un titolo esecutivo che l'aderente possa far valere al di fuori del processo di classe, atteso che, da un lato, il provvedimento condannatorio del residente contenuto nel decreto del giudice delegato si completa, come detto, alla stregua dell'accertamento della responsabilità dell'illecito in capo al resistente che è contenuto nella sentenza di accoglimento dell'azione di classe e, dall'altro lato, che l'attuazione forzata del credito può avvenire esclusivamente nelle forme prescritte dall'art. 840-terdecies c.p.c. per l'esecuzione forzata collettiva⁵⁸.

⁵⁶ In questo senso v., soprattutto, Cass. civ., 16 ottobre 2020, n. 22611, ined., da cui sono tratte le parole riportate tra virgolette nel testo; cui *adde* Cass. civ., 21 gennaio 2020, n. 1197, ined. In dottrina v., specialmente, G. BOZZA, *Lo stato passivo*, cit., p. 608; G. FAUCEGLIA, *L'accertamento del passivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso – L. Panzani, Milano, 2016, pp. 1636 ss.

⁵⁷ È pur vero che tale posizione è, per così dire, autoindotta dalla scelta dell'aderente di conferire il mandato al rappresentante comune, ma non è meno vero che è la struttura stessa del procedimento a reggersi su tale mandato, dal momento che il suo conferimento viene a costituire un requisito essenziale, a pena di inammissibilità, della stessa domanda di adesione e la sua revoca comporta comunque l'inefficacia dell'adesione (art. 840-septies, commi 2 e 7, c.p.c.). Di talché, sembra lecito affermare che il componente della classe, ove intenda avvalersi degli effetti dell'azione promossa dal *named plaintiff*, non possa far altro che accettare quella *deminutio* dei poteri processuali che, allo scopo di razionalizzare e rendere più efficiente l'accertamento dei diritti individuali omogenei, lo costringe ai margini del procedimento, *id est* al potere di proporre la domanda di adesione e conferire il mandato al rappresentante comune.

⁵⁸ Alla luce della nuova disciplina codicistica, v. soprattutto le osservazioni svolte da F. COSSIGNANI, *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, in *Class action*, cit., pp. 211 ss.; *Id.*, *L'esecuzione nella nuova azione di classe*, in *Rass. esec. forz.*, 2019, pp. 1056 ss.; v. anche A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1591; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 11.

Un'evenienza, quest'ultima, che non ammette alternative individuali ad opera di quegli aderenti che siano rimasti insoddisfatti a causa dell'inadempimento del resistente⁵⁹: infatti, l'esecuzione collettiva costituisce - alla stessa stregua dell'onere di conferimento del mandato al rappresentante comune - una condizione necessaria per agire *in executivis* contro il resistente, essendo invece inammissibile l'esecuzione forzata su iniziativa di soggetti diversi dal rappresentante comune⁶⁰. Ecco allora che non sembra sbagliato ritenere che anche il decreto che accerta i diritti individuali omogenei degli aderenti si caratterizzi per una efficacia (anche di giudicato) avente carattere *endoprocedimentale*: essa vale cioè ai soli fini della specificazione della condanna - resa dal tribunale tra le sole parti del processo di classe (*id est* il rappresentante di classe e il resistente) - in rapporto alle pretese (omogenee) vantate dai rappresentanti della classe che abbiano aderito all'azione collettiva. A questa conclusione si può pervenire, del resto, anche tenendo conto che l'esercizio dell'azione di classe e, soprattutto, la proposizione della domanda di adesione non implica alcuna perdita del diritto (costituzionalmente tutelato) di agire individualmente in giudizio: esso non solo non è pregiudicato dalla scelta del rappresentante della classe di agire - nell'interesse della classe medesima - con lo strumento collettivo, ma non è pregiudicato neppure dalla scelta del componente della classe di manifestare la volontà di aderire all'azione collettiva. A quest'ultimo proposito, va osservato che la previsione - peraltro alquanto complicata - dell'art. 840-*undecies*, comma 9, c.p.c., nell'ammettere che l'aderente possa disporre la revoca della (*rectius* la rinuncia alla) domanda di adesione prima che il decreto sia divenuto definitivo (eventualmente anche in sede di opposizione)⁶¹, palesa come vi sia una insopprimibile discontinuità tra l'azione di classe e l'azione individuale del componente della classe.

Tutto questo consente, in conclusione, di interpretare in un senso favorevole alla natura endoprocedimentale del giudizio di accertamento dei diritti individuali omogenei anche la previsione contenuta nell'art. 840-*quinquiesdecies*, comma 3, c.p.c., secondo cui gli aderenti, a seguito della chiusura del procedimento di adesione, «riacquistano il libero esercizio delle azioni nei confronti del debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti». La disposizione, che riecheggia quella sugli effetti della chiusura della liquidazione giudiziale nei confronti dei creditori (v. art. 236, comma 3, d.lgs. n. 14/2019), non può voler dire altro che tutto quanto non sia emerso nell'accertamento compiuto dal giudice delegato (o dal tribunale in sede di

⁵⁹ V. F. COSSIGNANI, *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, cit., p. 231.

⁶⁰ V. ancora F. COSSIGNANI, *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, cit., pp. 225 ss.; v. anche R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, cit., p. 269; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1591.

⁶¹ Sul punto v., specialmente, R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, cit., 277 ss.; v. anche A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., pp. 1587 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.

opposizione) può essere perseguito individualmente dagli aderenti nei confronti del debitore che pure abbia adempiuto (alla sentenza di accoglimento dell'azione di classe e) al provvedimento di condanna in favore degli aderenti⁶². Il giudicato che si venga a formare su tale ultimo provvedimento non comporta, dunque, alcuna preclusione ad agire per il recupero di ciò che non sia stato riconosciuto in sede collettiva dinanzi al giudice ordinario (*rectius* non specializzato) e al di fuori del procedimento di classe. L'unica possibilità di aver precluso un tale effetto è costituita, al pari di quanto accade con l'esdebitazione del debitore nella liquidazione giudiziale, da ciò che può conseguire all'adesione ad un accordo transattivo o conciliativo concluso tra il rappresentante comune e il resistente *ex art. 840-quaterdecies* c.p.c., allorché sia pattuita - com'è ragionevole ipotizzare - la rinuncia all'azione oltre che quella agli atti del giudizio a carico del rappresentante della classe e degli aderenti.

4. Inquadramento dogmatico della domanda di adesione all'azione di classe

Le brevi considerazioni fin qui svolte portano dunque a ritenere che il regime di manifestazione della volontà di aderire all'azione di classe non sia più ascrivibile al *genus* dell'atto negoziale a rilevanza processuale, com'era possibile sostenere in rapporto all'«atto di adesione» dell'art. 140-*bis*, d.lgs. n. 206/2005; un atto avente, cioè, una natura atipica, espressione della volontà del componente della classe di avvalersi degli effetti della sentenza con cui fosse stata accolta la domanda del rappresentante e destinato comunque ad essere riversato all'interno del processo pendente quantunque senza implicazioni circa l'acquisizione della qualità di parte (di quel processo) in capo all'aderente.

Nella nuova disciplina codicistica, ancora formalmente rinchiusa entro il paradigma (troppo stretto) dell'*opt-in*, la volontà di aderire all'azione di classe si manifesta invece mediante la proposizione di *una vera e propria domanda giudiziale*, in cui il componente della classe, più che manifestare la volontà di avvalersi degli effetti della sentenza di accoglimento, richiede l'accertamento - ai fini del processo collettivo e dell'esecuzione forzata collettiva - del proprio diritto di credito nei confronti del debitore. Di talché, il componente della classe, se rimane estraneo al processo di classe (quand'anche abbia aderito dopo l'ordinanza di ammissibilità), diviene parte del procedimento di accertamento dei diritti degli aderenti; a tal proposito, viene fatto di osservare come un tale assetto normativo finisca quasi per dar vita ad un *iter* processuale che opera, per così dire, in sintonia col paradigma dell'*opt-out* (o, quanto meno, vi opera in misura maggiore di quanto non accadesse con la precedente disciplina in materia di tutela dei consumatori), dal momento che il componente della classe, eccezion fatta per la

⁶² V. sul punto, R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, cit., p. 270; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1591; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 167 ss.

possibilità di manifestare la volontà di aderire all'azione di classe successivamente alla pronuncia dell'ordinanza di ammissibilità, non è tenuto a manifestare tale propria volontà prima che sia accertata la fondatezza della domanda di classe; ecco allora che il fatto di poter rimanere estraneo al processo collettivo, riservandosi il diritto (processuale) di aderirvi a seguito della sentenza di accoglimento, se non consente che il titolare del diritto individuale omogeneo sia per ciò solo considerato membro della classe con diritto ad esserne estromesso (com'è nel meccanismo dell'*opt-out*), è certo un segno di (minima) evoluzione del sistema processuale *in parte qua*.

La valorizzazione della domanda di adesione come atto introduttivo del giudizio è supportata, poi, dall'espressa previsione - contenuta nell'art. 840-*septies*, comma 6, c.p.c. - della idoneità a produrre gli «effetti della domanda giudiziale»: qui riecheggia, ancora una volta, la disciplina concorsuale, dal momento che anche per la domanda di ammissione allo stato passivo il legislatore ha espresso un precetto analogo (v. art. 202, d.lgs. n. 14/2009); in entrambi i casi, dunque, la legge contribuisce a sciogliere ogni dubbio sulla natura contenziosa del procedimento e sul riconoscimento di una stretta e necessaria correlazione tra quanto sia stato domandato dal creditore e quanto venga pronunciato dal giudice delegato. In questa prospettiva, l'applicazione degli effetti della domanda giudiziale implica, in particolare, che la domanda di adesione costituisca una vera e propria modalità di esercizio del diritto di credito verso il resistente, il cui termine prescrizionale rimarrà interrotto in conseguenza della presentazione della domanda e finanche sospeso a seguito del suo accoglimento da parte del giudice delegato (o del tribunale in sede di opposizione); l'accoglimento della domanda di adesione fungerà poi anche da presupposto per l'eventuale remunerazione del credito ai sensi dell'art. 1283 c.c.⁶³ D'altra parte, sembra che la rinuncia alla domanda di adesione non esiga l'accettazione della controparte costituita (come richiesto in generale dall'art. 306 c.p.c.), in quanto, secondo il menzionato art. 840-*undecies*, comma 9, c.p.c., il carattere non definitivo del decreto viene posto come unica condizione per la rinuncia alla domanda di adesione e il conseguente esercizio dell'azione individuale. A ben vedere, una tale limitazione sembra alquanto ragionevole, posto che, a parte il carattere speciale della disciplina *de qua* rispetto alla regola generale dell'art. 306 c.p.c. (argomento, questo, al cui accoglimento sarebbe

⁶³ Sul tema degli effetti della domanda giudiziale sembra, in questa sede, superflua ogni dettagliata indicazione bibliografica, essendo sufficiente rinviare, oltre che a C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2024, pp. 35 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2024, pp. 71 ss., ad A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, pp. 191 ss. e, più recentemente, A. CHIZZINI, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Milano, 2018, pp. 54 ss.

comunque ostativa l'espressa previsione di applicare gli effetti della domanda giudiziale)⁶⁴, un eventuale condizionamento della rinuncia all'accettazione da parte del resistente comporterebbe il rischio di pregiudicare l'esercizio del diritto di agire individualmente; un diritto di rango costituzionale il cui esercizio non può essere condizionato all'attuazione di una norma di legge ordinaria.

Ed in effetti, la rinuncia alla domanda di adesione comporta soltanto la perdita del potere di aderire nuovamente all'azione di classe, senza influire invece sulla persistenza del diritto di agire individualmente; in questo senso, sembra lecito affermare che la rinuncia alla domanda di adesione è qualcosa di intrinsecamente *diverso* rispetto alla rinuncia agli atti del giudizio *ex art. 306 c.p.c.* poiché non ammette la riproponibilità della medesima domanda di adesione, mentre lascia di per sé sopravvivere l'azione (impregiudicata dalla proposizione della domanda di adesione) con cui far valere il diritto di credito in via individuale. E questo, a ben vedere, conferma quanto si è osservato nel precedente paragrafo, e cioè l'efficacia endoprocedimentale del decreto di accertamento dei diritti individuali omogenei dei componenti della classe: la rinuncia alla domanda di adesione, in cui è pur fatto valere il medesimo diritto di credito verso il resistente, vale solo ai fini del procedimento sui diritti omogenei (quantunque non ne sia ammessa la riproposizione), mentre non attinge il piano dell'azione individuale esercitabile al di fuori del processo collettivo.

Questo porta a concludere in merito all'oggetto della domanda di adesione, riconoscendo che, se l'accertamento del diritto individuale omogeneo vale solo ai fini del processo collettivo e lascia impregiudicata l'azione individuale per la parte non soddisfatta del credito, ciò che viene accertato non è propriamente il diritto di credito ma piuttosto il *diritto dell'aderente a partecipare alle ripartizioni* determinate nel decreto ed eseguite spontaneamente dal debitore o per il tramite dell'azione esecutiva collettiva⁶⁵. Il diritto alla ripartizione è ciò che tradizionalmente viene accertato nel procedimento per l'esame dello stato passivo nella liquidazione giudiziale: anche qui esso costituisce il riflesso dell'efficacia endoconcorsuale dell'accertamento e si traduce in null'altro che nel diritto a prelevare, in sede di riparto, una somma entro i limiti del credito vantato verso il debitore. Nondimeno, mentre l'accertamento di una tale pretesa si svolge in un contraddittorio a cui il debitore insolvente non partecipa, l'accertamento dei diritti individuali omogenei si svolge invece in un contraddittorio a cui i creditori possono prendere parte: e non per il tramite del rappresentante comune (il cui

⁶⁴ Sulla rinuncia agli atti del giudizio v., specialmente, G. DELLA PIETRA, *Commento all'art. 306 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2022; F. CUOMO ULLOA, *Estinzione del processo*, in *Commentario del c.p.c.*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, pp. 230 ss..

⁶⁵ Sul tema con riferimento alla procedura fallimentare v. E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, pp. 1080 ss.

potere di compiere atti processuali nell'interesse dei componenti della classe è circoscritto, come detto, al diritto di impugnare il decreto, di transigere la lite e di agire collettivamente *in executivis*, ma personalmente mediante il deposito di «osservazioni scritte» sul progetto dei diritti individuali (art. 840-*octies*, comma 3, c.p.c.). Ed è una posizione, questa, certamente diversa da quella del debitore insolvente; ma, se ciò è vero, è pur vero che (i) la partecipazione al contraddittorio è limitata a tali osservazioni, (ii) l'attività istruttoria è consentita solo in via documentale (art. 840-*octies*, comma 3, c.p.c.) e, (iii) per quanto gli aderenti interessati possano intervenire nel giudizio di opposizione promosso dal rappresentante comune o dal resistente, nuovi mezzi di prova non sono ammessi e nuovi documenti non possono essere prodotti (art. 840-*undecies*, commi 6-7, c.p.c.).

Tutto questo evidenzia, dunque, come la domanda di adesione possa essere deliberata nel procedimento per l'esame dei diritti individuali omogenei soltanto in rapporto alla partecipazione al riparto dei creditori, senza implicazioni extraprocedimentali sulla parte non soddisfatta delle singole pretese.

Marcello Gaboardi
Associato dell'Università Bocconi



ANTONELLA RAGANATI

L'udienza cartolare e il rito del lavoro tra vecchia e nuova formulazione dell'art. 127-ter c.p.c.

L'Autore analizza la questione relativa alla compatibilità tra udienza cartolare e norme che disciplinano il rito del lavoro - già oggetto di rimessione alle Sezioni unite - alla luce delle modifiche apportate all'art. 127-ter dal d.lg. 164/2024.

The author analyzes the issue regarding the compatibility between the paper-based hearing and the rules governing labor proceedings – a matter already referred to the Sezioni unite - in light of the amendments made to art. 127-ter by legislative decree no. 164/2024.

Sommario: 1. L'art. 127-ter nella versione *post* riforma Cartabia. 2. Le radici dell'art. 127-ter. 3. Aspetti problematici e soluzioni fornite dal correttivo Cartabia: oralità, immediatezza e concentrazione... 4. Segue:...la pubblicità dell'udienza di discussione. 5. Osservazioni conclusive.

1. L'art. 127-ter nella versione *post* riforma Cartabia.

Con ordinanza n. 11898 del 3 maggio 2024, la sezione lavoro della Corte di cassazione ha disposto, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., la trasmissione del ricorso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione avente ad oggetto la compatibilità della particolare forma di svolgimento dell'udienza introdotta con la "Riforma Cartabia" all'art. 127-ter c.p.c. con le norme che disciplinano il rito del lavoro¹.

Come è noto, il d.lgs. 149/2022 - aggiunto all'art. 127 c.p.c. (rubricato "Direzione dell'udienza") un ultimo comma ai sensi del quale è data facoltà al giudice, nell'esercizio del suo potere di direzione, di disporre che l'udienza abbia luogo mediante collegamenti audiovisivi a distanza o che sia sostituita dal deposito di note scritte - ha di seguito introdotto gli artt. 127-bis e 127-ter che, per l'appunto, regolano le anzidette modalità di svolgimento di udienza.

In particolare, per quel che qui occupa, l'art. 127-ter (rubricato "Deposito di note scritte in sostituzione di udienza") nella sua originaria versione *post* riforma Cartabia (e *ante* cd.

¹ Al punto 7 dell'ordinanza in esame, le ragioni della rimessione del ricorso al Primo Presidente sono individuate: nella oggettività dei dubbi interpretativi sollevati in merito ad una disciplina relativa a un momento centrale del rito del lavoro e nella conseguente difformità di prassi applicative; nella trasversalità dei principi che è necessario affermare, relativi non solo al processo del lavoro (e, dunque, a tutte le controversie soggette a tale rito) ma anche alla disciplina dettata dall'art. 281 sexies c.p.c.; nella necessità di attivare la funzione stabilizzatrice della Cassazione atteso che la conoscenza delle regole, e, dunque, la affidabilità, prevedibilità e uniformità della loro interpretazione, è presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo.

Correttivo Cartabia)² prevede che, qualora non sia richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti³, dal P.M. e dagli ausiliari del giudice⁴, quest'ultimo può decidere, anche a seguito di sollecitazione proveniente da tutte le parti costituite, che l'udienza sia sostituita dal deposito di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni.

La sostituzione dell'udienza "tradizionale" o "in presenza" con quella, ormai comunemente, denominata "cartolare", a norma dell'art. 127-ter, può, dunque, essere disposta o in conseguenza dell'esercizio del potere discrezionale riconosciuto al giudice o anche a seguito dell'istanza concorde delle parti. In tale ultimo caso, al giudice non resterà che provvedere in conformità, previa valutazione della compatibilità della modalità cartolare con gli incombeni che nell'udienza in questione si debbono svolgere⁵; nel caso in cui, invece, la scelta sia stata frutto della discrezionalità del giudice, è riconosciuto a ciascuna parte il potere di opporvisi nel termine di cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento e il giudice, nei cinque

²L'art. 127-ter ha subito una sorta di *restyling* ad opera del d.lg. 31 ottobre 2024, n. 164 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, recante attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, in G.U. 12 novembre 2024, n. 264), che ha, tra l'altro, apportato alcune modifiche rilevanti per il tema che qui occupa e sulle quali ci si soffermerà nel seguito della trattazione.

³In proposito, v. le riflessioni R. MASONI, *Deposito telematico delle note scritte nella riforma del processo civile*, in giuffre.it, il quale osserva che per dare un senso compiuto al disposto normativo dell'art. 127-ter, laddove si riferisce all'udienza per la quale non è prevista la presenza di soggetti diversi dalle parti, sembra ipotizzabile che le udienze suscettibili di essere sostituite mediante deposito di note scritte siano unicamente quelle nelle quali il codice prevede la presenza delle parti, non anche quelle per le quali è previsto che le parti compaiano personalmente.

⁴Con riguardo agli ausiliari del giudice, l'art. 193, secondo comma, c.p.c. prevede che il giuramento in udienza del c.t.u. possa essere sostituito da una dichiarazione sottoscritta di giuramento. Con riguardo al P.M., invece, v. art. 473-bis.51.

⁵E' l'opinione - che si ritiene di dover condividere - espressa da G. RUFFINI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna 2023, p. 195; G. ALLIERI, *Le nuove disposizioni in materia di processo del lavoro*, in giustiziainsieme.it, per il quale, anche se il dato testuale sembra porre in capo alle parti un potere assoluto di fronte al quale il giudice non può che assecondare la loro richiesta, ritiene preferibile un'esegesi che consenta al giudice, in quanto titolare esclusivo del potere di direzione dell'udienza, di compiere ogni valutazione in merito alla "funzionalità delle forme processuali rispetto all'accertamento della verità materiale, obiettivo imprescindibile del processo del lavoro"; M. BOVE, *Modifiche processuali per le liti di lavoro nella riforma Cartabia*, in questa *Rivista*, 2024, p. 465 ss., secondo il quale la volontà concorde delle parti condiziona in negativo il giudice ma non anche in positivo, essendo egli in ogni caso tenuto a compiere la valutazione di compatibilità di cui si è detto nel testo. Anche S. IZZO, *Modalità alternative di trattazione della controversia. Emendamento 12.9 A.S. n. 1669*, in lavorodirittieuropa.it, analizzando l'emendamento governativo al d.d.l. 1662 volto a stabilizzare, con differenze, le modalità alternative di celebrazione dell'udienza civile sperimentate durante la pandemia, osserva che, giacché la pubblicità dell'udienza integra un principio di ordine pubblico processuale derogabile soltanto in casi eccezionali, il giudice non può essere vincolato dalla richiesta delle parti, dovendo, invece, riservarsi uno spazio di valutazione circa la sussistenza degli elementi individuati dalla giurisprudenza europea. In senso contrario D. LONGO, *La trattazione cartolare nel rito del lavoro*, in lavorodirittieuropa.it, per la quale la richiesta congiunta delle parti limita la discrezionalità del giudice imponendogli di disporre in conformità; in tal senso anche V. RICCHEZZA, *L'art. 127 ter c.p.c. ed il processo del lavoro: alla ricerca di soluzioni "salvifiche"*, in dirittogiustiziaecostituzione.it.

giorni successivi, dovrà emanare decreto non impugnabile⁶, confermando o revocando il provvedimento in precedenza adottato; se, per contro, l'istanza di revoca proviene da tutte le parti, al giudice non resta che disporre in conformità⁷.

Nella norma in esame è, altresì, prescritto che, autorizzato il deposito delle note scritte, alle parti sono concessi quindici giorni per il suddetto adempimento (salvo abbreviazioni del termine rese necessarie da particolari ragioni di urgenza): il giorno di scadenza del termine - recita l'ultimo comma dell'art. 127-ter - è considerato data di udienza a tutti gli effetti e partire da esso vengono calcolati i trenta giorni entro i quali la norma prevede che il giudice dovrà provvedere.

Il mancato rispetto del termine di quindici giorni, espressamente qualificato come perentorio, comporta che il giudice ne assegni uno ulteriore, potendo nuovamente scegliere tra udienza cartolare o udienza in presenza, senza che in questo caso sia prevista per la parti la facoltà di opporsi.

Al mancato deposito delle note, laddove si sia optato per la modalità di svolgimento cartolare, ovvero alla mancata comparizione delle parti, nel caso in cui sia stata preferita quella in presenza, non potrà che conseguire la cancellazione della causa dal ruolo e la estinzione immediata processo: un meccanismo di estinzione per inattività delle parti, dunque, analogo a quello delineato dagli artt. 181 e 309 c.p.c., ma rimodulato tenendo conto della nuova modalità di trattazione della causa⁸.

⁶ Secondo L. PICCININI, *Le nuove norme in tema di giustizia digitale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1146 ss., benché la legge non lo imponga espressamente è preferibile che il decreto del giudice sia (anche succintamente) motivato, specie quando si discosta dalla volontà delle parti. Quanto alla disciplina relativa all'ipotesi in cui l'opposizione alla scelta del giudice per l'udienza cartolare sia stata sollevata da una sola delle parti, v. § 4.

⁷ Secondo G.P. CALIFANO, *Le udienze nel processo civile di cognizione*, in questa *Rivista*, 2023, p. 219 ss., spec. 231, l'ipotesi può verificarsi soltanto per esser stata formulata l'istanza da tutte le parti: essa, quindi, non può ricorrere se una di esse, magari soltanto per essere rimasta contumace, non abbia fatto richiesta in senso conforme.

⁸ C. ASPRELLA, *Riforme del processo civile: le nuove deposizioni in materia di udienza*, in *ius-giuffrè.it*, dice trattarsi di una nuova forma di inattività che comporta l'estinzione che si aggiunge a quella dell'art. 181 c.p.c.; G. RUFFINI, *Diritto proc. cit.*, p. 196-197, giudica "infelice" l'accostamento tra mancata partecipazione di tutte le parti in udienza e mancato o tardivo deposito delle note scritte contenenti istanze e conclusioni: tale ultima inosservanza, secondo l'A., potrebbe dar luogo, al più, ad una decadenza. Secondo la giurisprudenza la decisione della causa nel merito, nonostante il mancato deposito delle note ex [art. 127-ter](#), comma quarto, c.p.c., è di per sé motivo di nullità della sentenza impugnata, senza che occorra l'allegazione e la prova di alcun pregiudizio cagionato dalla violazione della regola processuale (Cass. 27 giugno 2024, n. 17717; Cass. 7 giugno 2024, n. 15993). V. anche Cass. 6 giugno 2024, n. 23565 nella quale si afferma che "in mancanza, nelle note depositate in sostituzione dell'udienza, delle espresse istanze e conclusioni attraverso cui si realizza la *fictio* impostata dall'art. 127-ter c.p.c., il giudice può validamente assumere i provvedimenti per i quali l'udienza è stata fissata solo se sia certo, attraverso un'integrale interpretazione dell'atto nel contesto processuale, l'intento delle parti di dare impulso alla trattazione della causa, dovendo altrimenti formulare richiesta di chiarimenti, attraverso il rinvio a tal uopo ad altra udienza, in presenza o, se del caso, in forma sostitutiva scritta o, se sia al contrario già chiaro l'intento di non dare impulso alla causa, disporre ai sensi dell'[art. 127-ter](#), quarto comma, c.p.c."

2. Le radici dell'art. 127-ter.

La previsione contenuta nell'art. 127-ter, così come quella dell'art. 127-bis, è ovvio retaggio delle norme adottate a seguito dell'emergenza pandemica⁹, di talché, come si legge nella relazione finale predisposta della Commissione Luiso¹⁰, *“la positiva sperimentazione di tali modalità di svolgimento dell'udienza fa ritenere opportuno introdurre disposizioni codicistiche che consentano di mantenere, anche al termine della emergenza, le innovazioni introdotte”* confidando nel fatto che attraverso esse si potranno avere *“positive ricadute sulla durata dei procedimenti, potendo essere utilizzate in luogo di differimenti dell'udienza con trattazione in presenza”*¹¹.

⁹ L'art. 83, comma 7, lett. h del d.l. 18/2020 prevedeva che tra le misure adottabili per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria i capi degli uffici giudiziari potevano disporre “lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice”.

¹⁰ Il testo della relazione è rinvenibile in www.giustizia.it.

¹¹ I periodi virgolettati sono estratti dalla relazione finale della Commissione Luiso, cit. La sollecitazione proveniente dalla Commissione Luiso è stata, poi, recepita dalla legge delega 26.11.2021, n. 206, nella quale al diciassettesimo comma, lettera m del art. 1, il Governo nel condurre l'operazione di riassetto formale e sostanziale del processo civile era delegato a “prevedere che, fatta salva la possibilità per le parti costituite di opporsi, il giudice può, o deve in caso di richiesta congiunta delle parti, disporre che le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice siano sostituite dal deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni da effettuare entro il termine perentorio stabilito dal giudice”. Già durante il perdurare dell'emergenza pandemica, favorevoli alla stabilizzazione delle previsioni dettate dalla legislazione emergenziale erano, tra gli altri, P. BIAVATI, *Processo civile e pandemia, che cosa passa, che cosa rimane*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 133 ss. e anche in *Note sul processo civile dopo l'emergenza sanitaria*, in giustiziainsieme.it, sebbene con la precisazione che sarebbe stato grave che per determinate materie l'una o l'altra modalità di udienza (a distanza o cartolare) fossero state imposte come esclusive, mentre, la facoltà di scelta avrebbe potuto trasformarsi in un positivo elemento di flessibilità, in relazione alla peculiarità dei singoli casi; M.G. CIVININI, *La giornata europea della giustizia civile 2020, occasione di riflessione sull'impatto della pandemia sulla giustizia attraverso l'esperienza del Tribunale di Pisa*, in questionegiustizia.it, suggeriva che la dematerializzazione delle cause, le procedure digitalizzate, la gestione online dei giudizi sono strumenti efficaci, non solo per l'emergenza, ma anche per la gestione ordinaria della giustizia. In senso contrario, R. MASONI, *Riforma del processo civile, deposito di note scritte in sostituzione di udienza*, in ilprocessocivile.it, 29 novembre 2022, p. 233. I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *Judiciun* online, esprime la sua preferenza per l'udienza da remoto, evidenziando che l'udienza cartolare snatura il rito del lavoro in cui le cause vengono ancora oggi effettivamente discusse anche quando le questioni giuridiche da affrontare sono veramente complesse. A. BIGI, *Una corte on-line come possibile vettore di giustizia digitale nel sistema del diritto processuale civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 68 ss. reputa l'udienza cartolare compatibile con le sole liti documentali. Critica è anche C. GAMBA, *Jus dicere e lex tecnologica*, Torino, 2023, la quale, riflettendo sulle implicazioni etiche e normative dell'uso di tecnologie avanzate nel processo, afferma che la deformalizzazione connessa alla telematizzazione del processo e alla sua digitalizzazione non è preordinata alla migliore tutela dei diritti, bensì alla più rapida risoluzione dei conflitti, con la conseguenza che la demolizione del rituale porterà a far crollare le differenze tra processo e ADR.

Ciò nonostante, si ritiene condivisibile l'opinione di coloro i quali sostengono che la indubbia matrice dell'art. 127-ter non consente comunque di compiere valutazioni sul tema che qui occupa partendo dalle stesse prospettive assunte nello studio della normativa emergenziale: come, difatti, è stato già osservato, la *ratio* della legislazione volta a far fronte all'emergenza Covid, di natura straordinaria e contingente, era da cogliersi nella necessità di contenere gli effetti della pandemia sul diritto di accesso alla giustizia e sull'effettivo esercizio della giurisdizione¹², ragion per cui, non essendo le previsioni di cui all'art. 127-ter (come anche quelle di cui all'art. 127-bis) assistite dalla medesima *ratio*, per affrontare il tema in esame è necessario porsi da una angolazione diversa per "*riflettere sulla natura e sui principi del sistema propriamente inteso per come definito, modificato o confermato dal legislatore di una riforma organica e strutturale*"¹³.

3. Aspetti problematici e soluzioni fornite dal d.lg. 164/2024, cd. correttivo Cartabia: oralità, immediatezza e concentrazione...

I dubbi interpretativi relativi al tema in esame - tali da far sollecitare la valutazione circa la necessità dell'intervento nomofilattico - hanno visto scontrarsi sul piano sistematico e interpretativo soluzioni differenti, ciò che ha stimolato, e reso finanche necessario, un ulteriore intervento da parte del legislatore che, con il d.lg. 164/2024¹⁴, ha apportato agli artt. 127-ter e 128 c.p.c. le modifiche di cui si darà conto nel seguito della trattazione che, stante la retroattività delle disposizioni nel detto d.lg. contenute¹⁵, hanno, di fatto, svilto il senso del futuro intervento delle Sezioni Unite.

¹²Così, P. SORDI, *In difesa del processo del lavoro: perché la trattazione scritta è incompatibile con il rito del lavoro*, in www.giustiziacivile.com.

¹³C. COLOSIMO, *Trattazione dell'udienza e impugnazione dei licenziamenti*, in lavorodirittieuropa.it. Medesime considerazioni si leggono nell'ordinanza in esame, nella quale la Corte di cassazione evidenzia che il tema affrontato con riguardo alla disciplina emergenziale non è completamente sovrapponibile a quella stabilita a regime; v. anche S. CASCIARO, *Brevi note sull'udienza cd. a trattazione scritta nel rito del lavoro*, in magistraturaindipendente.it, il quale, nell'esprimersi in senso favorevole all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 83, comma 7, lettera h, d.l. 18/2020 al rito del lavoro, prosegue affermando che "con tali misure organizzative si affronta il momento emergenziale, cessato il quale anche il rito del lavoro rientrerà nel suo alveo naturale nel rispetto del carattere precipuamente orale ad esso proprio". In tal senso, v. anche Cass. 29 novembre 2022 n. 35109 nella quale la Suprema corte afferma che le disposizioni contenute nell'art. 83, comma 7, lett. h, del d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni in l. 37/2020, consentono "di derogare alle previsioni del codice di rito, come l'art. 429 c.p.c." ma, al contempo, hanno cura di precisare che tale deroga avrebbe cagionato una violazione dell'art. 6 CEDU in quanto "l'esclusione dell'udienza in presenza o da remoto è limitata ad un periodo circoscritto, in ragione di un accadimento obiettivo (l'epidemia COVID) e per la tutela della salute collettiva e unicamente per i procedimenti ai quali possono partecipare i soli difensori".

¹⁴Sul punto, v. precedente nota n. 2 e seguito della trattazione.

¹⁵L'art. 7 del citato d.lg. (rubricato "disposizioni transitorie") prevede che "ove non diversamente previsto, le disposizioni del presente decreto si applicano ai procedimenti introdotti successivamente al 28 febbraio 2023" (comma 1). Sul punto, v. P.G.

Primo fra gli argomenti utilizzati a sostegno della soluzione favorevole all'applicabilità dell'art. 127-ter alle controversie soggette al rito del lavoro è sempre stato la collocazione della norma "incriminata" nel Libro I del c.p.c., recante le "Disposizioni generali", la qual cosa - valutata accanto alla mancanza di disposizioni di segno contrario, laddove, in altri contesti, è stato espressamente escluso che l'udienza possa svolgersi con modalità differenti da quella in presenza¹⁶ - per opinione diffusa rendeva praticabile, anche nell'ambito del processo del lavoro e in presenza dei presupposti prescritti dall'art. 127-ter (ante Correttivo), l'idea di sostituire l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c. con lo scambio di note scritte¹⁷.

L'argomento, di per sé non irrilevante, non era, però, tra quelli risolutivi: come, difatti, osservato da un illustre studioso *"il libro primo, ... Pur contenendo disposizioni potenzialmente applicabili a tutti i processi, è stato scritto con l'ottica rivolta soprattutto al processo di cognizione, ragion per cui, per poter applicare tali principi agli altri processi, occorre adattarli alle peculiarità di questi ultimi.... Per l'adattamento agli altri processi è necessario dunque togliere ciò che in tali regole è specifico del processo di cognizione ed aggiungere ciò che è specifico degli altri processi"*¹⁸.

Era, dunque, la stessa collocazione dell'art. 127-ter nel libro I c.p.c. a rendere non scontata l'applicabilità della norma al rito del lavoro, bensì, necessaria una valutazione di sua compatibilità con i principi che detto rito caratterizzano: oralità, concentrazione e immediatezza, in altri termini, hanno sempre condizionato la scelta ermeneutica che l'art. 127-ter c.p.c. portava con sé, essendo legittimo (e, per quanto detto, finanche dovuto)

ATTANASIO, *Clausola di retroattività nel Correttivo alla Riforma Cartabia? Riflessioni sull'esatta interpretazione dell'art. 7, comma 1, d.lg. 31 ottobre 2024, n. 164*, in *Judicium* online.

¹⁶ V. art. 379, comma 1, c.p.c. nel quale, con riferimento ai giudizi dinanzi alla Corte di cassazione, è prescritto che "l'udienza si svolge sempre in presenza", precisazione ritenuta opportuna - come si legge nel testo della Relazione illustrativa al d.lg. 149/2022 - "al fine di escludere la possibilità di trattazione dell'udienza pubblica in forma cartolare, in considerazione della sua particolare importanza e solennità e alla luce del fatto che essa è ormai destinata a trovare applicazione solo quando la questione di diritto sottoposta all'attenzione della Corte è «di particolare rilevanza» e quindi in un ristretto novero di ipotesi".

¹⁷ La collocazione della norma in esame nella parte generale del codice di rito è circostanza non da poco per A. CARBONE, *In difesa dell'udienza cartolare*, in *questionegiustizia.it.*, il quale più radicalmente risolve il problema della compatibilità dell'udienza cartolare con il rito del lavoro affermando che se l'udienza è sostituita dall'udienza cartolare questo comporta anche la sostituzione di tutte le norme sullo svolgimento dell'udienza.

¹⁸ Così, F.P. LUIO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, Milano, 2023, p. 57. Sul punto v. anche C. COLOSIMO, *Trattazione dell'udienza* cit., che partendo dalla considerazione espressa da LUIO, afferma che determinante per la soluzione del problema è stabilire quanta autonomia ci sia tra il sistema predisposto per il rito ordinario (anche con le disposizioni generali che gli sono proprie) e il processo del lavoro. Perplexità sono espresse anche da B. SASSANI, *il rito del lavoro a cinquanta anni dal suo debutto: la resistenza all'effimero e le tentazioni dell'omologazione*, in *Il processo del lavoro – Cinquant'anni dopo (1973-2023)*, a cura di L. PICCININI, A. PILEGGI, B. SASSANI, P. SORDI, Torino, 2023, p. 8 ss., spec. 12, il quale ritiene che la necessità che il processo del lavoro conservi le caratteristiche che lo hanno positivamente contraddistinto, prima fra tutte la centralità dell'udienza, debba prevalere al rispetto delle regole ermeneutiche.

chiedersi se la modalità di udienza descritta nell'anzidetta norma fosse compatibile o meno con i valori fondanti il rito del lavoro al punto da poterne estendere il suo ambito applicativo anche ad esso.

Orbene, partendo dalla considerazione che l'oralità, con i suoi corollari della immediatezza e concentrazione, e la conseguente centralità dell'udienza sono state le caratteristiche vitali che hanno determinato negli anni il successo del rito del lavoro, emergeva con evidenza il contrasto con la previsione contenuta nell'art. 127-ter, nel quale, come pure osservato in dottrina, l'udienza non è sostituita (come in più parti recita la norma), ma piuttosto soppressa a favore dello scambio di note scritte¹⁹, con il conseguente "progressivo smantellamento di ogni residua illusione di oralità" ed il rovesciamento del processo nel quale "il luogo dell'udienza è stato trasformato nel non-luogo dello scambio scritto"²⁰: tuttavia tale conclusione, fondata sulla ontologica contrapposizione tra oralità e modalità cartolare non era appagante, meritando la ricerca della soluzione un'analisi differente.

Determinante nell'indagine che si conduceva appariva, invece, essere l'individuazione dell'idea che nel 1973 guidò il legislatore nella realizzazione dell'epocale riforma del rito del lavoro. La l. 11 agosto 1973, n. 533, come noto, fu varata in un momento storico in cui - in un contesto di rivendicazioni e lotte sindacali e di mutamenti profondi sul piano sostanziale - era necessario trovare una soluzione all'annoso problema della lentezza del sistema giudiziario tradizionale, la cui incapacità a gestire le controversie in modo celere creava un generale senso di insoddisfazione tra i lavoratori: si optò, dunque, per un rito speciale pensato per determinate categorie di controversie in cui trovassero attuazione concreta i principi chiovendiani di oralità, immediatezza e concentrazione²¹.

¹⁹In questi termini, G. ALLIERI, *Le nuove disposizioni* cit., il quale afferma che il decreto con cui il giudice dispone la trattazione scritta ha natura "soppressiva" dell'udienza.

²⁰In questi termini assai critici, B. SASSANI, *Il processo del lavoro* cit, p. 11, il quale osserva, peraltro, che l'oralità è stata messa al rogo proprio dal riformatore processuale che - "brandendo il mito oralità/concentrazione/immediatezza estratto dal rito del lavoro" - ha disegnato un nuovo modello di "processo scritto e disperso"; per considerazioni analoghe a quelle riportate nel testo, S. RUSCIANO, *Modalità alternative di svolgimento dell'udienza, l'udienza da remoto e l'udienza fantasma*, in *Foroplus*, p. 58 ss. definisce «fantasma» l'udienza per la quale è disposto lo scambio di note contenenti istanze e conclusioni. Molto critico - sebbene le sue riflessioni siano riferite all'udienza cartolare prevista dalla legislazione emergenziale - è anche G. SCARSELLI, *Contro le udienze da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in *Judicium* online, il quale afferma che la smaterializzazione del processo, che non si consuma più in uno spazio determinato e in un incontro fisico tra parti, giudici e difensori, ma, appunto, a distanza, porterà a «destrutturare, potenzialmente, tutto quanto lo strumento sul piano tecnico».

²¹Sulla portata di tali principi, in generale, v. G. CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, p. 1 ss.; P. CALAMANDREI, voce *Oralità nel processo*, in *Nss. dig. it.*, IX, Torino 1939, p. 174 ss. (oggi trasposta in Id., *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma 2019, p. 450 ss.); F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 153; S. COSTA, *L'oralità e il processo civile odierno*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 77 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, p. 46 ss.; C. VOCINO, voce *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, p. 592 ss. Interessanti

L'idea fu, dunque, quella di realizzare un contraddittorio "circolare" in cui, cioè, alle rigide preclusioni e decadenze collegate al momento della costituzione delle parti in giudizio facesse da contrappeso un ampio potere di *case management* riconosciuto al giudice²²: in altri termini, al fine di realizzare un bilanciamento tra concentrazione del rito e immediatezza della decisioni con i principi del giusto processo e della effettività del contraddittorio, il riformatore pensò ad un contraddittorio orale e contestuale da svolgersi in udienza sotto il determinante potere di direzione, e finanche di integrazione, del giudice; un udienza – unica, almeno sulla carta²³ – nella quale, sotto il vessillo dell'oralità, si crea una sinergia tra le parti e il giudice nella ricerca della verità materiale che consente, grazie al moto circolare che si vien realizzando, di pervenire in un tempo breve alla definizione della lite²⁴.

Essendo questo lo scopo della forma degli atti prescelta per il rito del lavoro, la verifica di compatibilità tra i due modelli di svolgimento di udienza andava più correttamente condotta in modo tale da poter verificare l'idoneità di quello "nuovo" al perseguimento dello scopo di quello "vecchio".

Se, dunque, il quesito cui bisognava dar risposta era questo, poteva affermarsi che in linea teorica lo scambio di note scritte così come previsto dall'art. 127-ter c.p.c. non impediva la medesima effettività del contraddittorio fra le parti, né incideva sulla equità delle *chance* difensive alle stesse riconosciute²⁵; allo stesso modo, una interlocuzione del giudice asincrona,

sono le osservazioni di G. VERDE (*L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4, 2021, p. 1155, spec. 1157) *sul valore dell'oralità al tempo d'oggi*.

²² Monocraticità del giudice, rigidità delle preclusioni della fase introduttiva bilanciata dalla previsione di più ampi poteri del giudice, la valorizzazione della prima udienza e la lettura del dispositivo in udienza furono le principali caratteristiche del nuovo rito.

²³ Come osservato da V. DENTI e G. SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro: commento alla legge 15 agosto 1973 n. 533*, Milano, 1974, spec. p. 121, il legislatore del '73 non intese escludere aprioristicamente tutte le udienze di rinvio, "bensì semplicemente proibire il «mero rinvio», ossia il differimento non seriamente e concretamente motivato. Sul punto, v. anche G. DELLA PIETRA, *Il processo civile è morto, viva il processo civile*, in questa *Rivista*, 2024, p. 887, il quale osserva che, sebbene la filosofia del legislatore del 1973 fosse da apprezzare, nel tempo il processo del lavoro si è appesantito con rinvii sempre più lunghi, udienze inutili, scarse iniziative officiose. Simili considerazioni si leggono anche nell'ordinanza di rimessione nella quale la Cassazione sottolinea che «l'originaria struttura del processo introdotto dalla l. n. 533 del 1973, articolato nell'unica udienza di discussione di cui all'art. 420 c.p.c. e ispirato ai risalenti principi di oralità, concentrazione e immediatezza, costituisca, nella prevalente applicazione pratica, oramai solo un ricordo» e aggiunge che «nella stessa esperienza concreta, l'effettiva discussione orale della causa, seguita dalla lettura del dispositivo in udienza, magari con motivazioni contestuali di diverse pagine, rappresenti, in gran parte, un mero simulacro».

²⁴ In questo senso v. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, vol. II, p. 52, per il quale l'oralità consiste nella "possibilità di servirsi della forma orale per comunicare al Giudice in udienza, direttamente e per la prima volta le proprie deduzioni anche se non siano state precedentemente esposte nelle scritture, le quali assumono una funzione preparatoria".

²⁵ In senso contrario, C. COLOSIMO, *Trattazione dell'udienza* cit., il quale osserva che, a prescindere da tutti gli altri profili di (in)compatibilità, anche il contenuto delle note di cui all'art. 127-ter, giacché limitato alle sole "istanze e conclusioni", rappresenta un *vulnus* al principio del contraddittorio. Della stessa opinione, G. ALLIERI, *Le nuove disposizioni* cit.

cioè fuori dal contesto dell'udienza e solo all'esito del deposito delle note da parte degli altri protagonisti del processo, non rappresentava un impedimento all'esercizio dei poteri ufficiosi riconosciutigli dalla legge²⁶.

Ciò di cui, invece, la trattazione scritta non teneva conto erano le esigenze di contestualità, concentrazione e immediatezza (che altro non sono che forme in cui si declina l'oralità) che ancora oggi connotano il processo del lavoro rappresentando il suo valore aggiunto: optando, dunque, per la compatibilità della trattazione cartolare rispetto al rito speciale del lavoro, sarebbe stata l'*Idea* del legislatore del '73 ad essere tradita in virtù di una vera e propria scelta di politica legislativa per la quale il "*progetto*" sotteso al rito in questione, al di là dei facili idealismi, sarebbe divenuto recessivo rispetto ad altri valori pure di rango costituzionale, quale quello della ragionevole durata del processo²⁷, che proprio la cartolarizzazione dell'udienza mira a tutelare.

Delle considerazioni esposte poc'anzi ha evidentemente tenuto conto il legislatore nella stesura d.lg. 164/2024 che - come poc'anzi accennato - al secondo comma dell'art. 127-ter ha aggiunto l'ulteriore previsione a mente della quale "*l'udienza non può essere sostituita quando la presenza personale delle parti è prescritta dalla legge o disposta dal giudice*"²⁸, con ciò sbarrando le porte all'accesso della trattazione scritta nell'udienza ex art. 420 c.p.c. - in cui, come noto, è prevista la comparizione personale delle parti al fine di consentirne il libero interrogatorio finalizzato (anche) alla formulazione da parte del giudice di una proposta conciliativa - , e in ogni altra udienza in cui il giudice, in virtù dei poteri di direzione del

²⁶Critico è R. MASONI, *Deposito telematico* cit., il quale osserva che la interlocuzione meramente cartolare finisce per ridurre di spessore, contenuto e significato il proficuo dialogo tra le parti e il giudice. Della stessa opinione C. ROMEO, *Il discutibile rinvio della trattazione cartolare al rito del lavoro*, in *Il lavoro nella giur.*, 5/2023, p. 445 ss., spec. 447.

²⁷Il sacrificio dell'oralità, in altri termini, risponderebbe alla necessità di compiere un bilanciamento tra benefici e costi: del resto, lo stesso G. CHIOVENDA (*Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 691), grande sostenitore dell'oralità, insegnava che essa può essere sacrificata a vantaggio dell'utilità pratica, laddove "in talune sue applicazioni dovesse produrre danni maggiori degli svantaggi".

²⁸La modifica ha recepito le sollecitazioni in tal senso sollevate da gran parte della dottrina e dalla magistratura. Si veda per tutte la Relazione n. 110 del 1° dicembre 2022 esplicativa della riforma Cartabia (in [cortedicassazione.it](https://www.cortedicassazione.it)) nella quale l'ufficio del Massimario e del ruolo presso la Corte di cassazione si esprime nel senso della incompatibilità della trattazione scritta con l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. nella cui versione novellata è prevista la comparizione personale delle parti e l'esperimento del tentativo di conciliazione ad opera del giudice. In dottrina, tra i tanti, sottolinea l'incompatibilità tra modalità cartolare di svolgimento di udienza e tentativo di conciliazione e interrogatorio libero, G. ALLIERI, *Le nuove disposizioni* cit.; M. BOVE, *Modifiche processuali* cit., p. 485; G.P. CALIFANO, *Le udienze* cit., spec. p. 232; U. COREA, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia civile ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria*, in *Judicium* online. In proposito v. anche le osservazioni D. GROSSI, *Sul contraddittorio possibile, dopo la riforma del D.lgs. n.149 del 2022. Le proposte di revisione*, in *Judicium* online.

procedimento riconosciutigli dall'art. 175 c.p.c., ritenesse di dover nuovamente disporre la comparizione delle parti²⁹.

Nella Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. presentato dalla Camera dei Deputati si legge, infatti, che *“la trattazione in udienza è obbligatoria e, dunque, insostituibile, nei casi in cui l’effettiva interlocuzione tra le parti e delle parti col giudice risulta necessaria – specialmente in presenza di un’espressa previsione di legge (artt. 117, 185 e 185-bis) – alla formazione del libero convincimento dell’organo giudicante, al pieno esercizio del diritto di difesa oppure alla definizione per via conciliativa della lite”*.

Esclusa, dunque, la possibilità della trattazione scritta nell’udienza di cui all’art. 420 c.p.c., che in virtù dei principi di immediatezza, oralità e concentrazione dovrebbe essere l’unica dell’intera vicenda processuale, resta aperta la possibilità dello svolgimento cartolare per le altre in cui, nonostante tutto, come la prassi insegna, si snoda il processo del lavoro: di certo non per quelle istruttorie nelle quali è prevista la presenza di testi (rimanendo tale ipotesi esclusa dalla originaria previsione dell’art. 127-ter che consente la sostituzione dell’udienza con il deposito di note scritte se è prevista la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice) ma per quella (o quelle) in cui si articola la fase decisoria.

In detta fase, infatti, le esigenze di oralità, intesa come modalità di realizzazione del contraddittorio, vengono meno, mentre non vengono meno quelle di immediatezza e concentrazione che pure sono state salvaguardate attraverso la previsione che *“il provvedimento depositato entro il giorno successivo alla scadenza del termine si considera letto in udienza”* di cui il d.lg. 164/2024 ha arricchito l’ultimo comma dell’art. 127-ter c.p.c.: ciò ha reso conciliabile il deposito delle note scritte fino al giorno dell’udienza con la previsione contenuta nell’art. 429 c.p.c. a mente della quale il giudice, all’esito della discussione e sentite le conclusioni rassegnate dalle parti, pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e delle ragioni di fatto e di diritto della decisione³⁰ e nell’art. 437 c.p.c., nel quale è, invece, prevista la sola lettura del dispositivo³¹. Come, difatti, evidenziato nell’ordinanza di rimessione altro

²⁹Ciò che potrebbe verificarsi, ad esempio, laddove il giudice in conseguenza degli ulteriori sviluppi processuali ritenga di dover nuovamente procedere al libero interrogatorio delle parti ai sensi dell’art. 117 c.p.c.

³⁰Ovvero del solo dispositivo in casi di particolare complessità della controversia.

³¹In proposito v. le osservazioni di C. COLOSIMO, *Trattazione dell’udienza* cit., spec. p. 11; C. ROMEO, *Il discutibile rinvio* cit., 448; S. RUSCIANO, *Modalità alternative* cit.; A.D. DE SANTIS, *Il processo del lavoro e l’impugnativa del licenziamento*, in *ForoPlus*, c. 278 ss. V. anche, sebbene con riferimento alla disciplina emergenziale, le considerazioni di A. PANZAROLA e M. FARINA, *Il diritto processuale civile e la emergenza covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, in *Judicium online*, spec. §§ 10 e 11. Sulla incompatibilità della udienza cartolare con la modalità di emanazione della sentenza prevista dall’art. 429 c.p.c., v. A.D. DE SANTIS, *I riflessi della riforma del processo civile del 2022 sul modello del processo del lavoro*, in *Giur.it.*, 2023, p. 705 ss., spec. 706, il quale, peraltro, ricorda che Cass. 7 giugno 2018, 14724, relativamente alla fattispecie in cui le parti si sono

vulnus al problema della compatibilità era rappresentato dal fatto che la disciplina prevista nell'art. 127-ter era in contrasto con la caratteristica essenziale del processo del lavoro rappresentata dall'assenza di cesure tra la discussione della causa e la deliberazione della decisione, cristallizzata in un dispositivo non più modificabile, da leggersi necessariamente nell'udienza all'esito della discussione delle parti³².

4. Segue:...la pubblicità dell'udienza di discussione.

Altra ragione di incompatibilità dell'art. 127-ter c.p.c. nel rito del lavoro si rinveniva generalmente nel principio di pubblicità dell'udienza di discussione sancito, a livello interno, dall'art. 128 c.p.c. che prescrive la sanzione di nullità in caso di sua violazione, e, a livello sovranazionale, dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali³³ «*quasi a connotare*» - si legge nell'ordinanza di rimessione - «*nel momento culminante della decisione, il funzionale perseguimento di interessi che non sono solo quelli delle parti in causa, involgendo il controllo democratico sull'operato del giudice*».

allontanate volontariamente dall'udienza prima che il giudice abbia dato lettura del dispositivo (che l'Autore ritiene assimilabile alla fattispecie che qui occupa, i.e. udienza cartolare/deposito telematico del dispositivo), afferma che il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c. decorre dal giorno in cui il provvedimento risulta visibile alle parti che ipoteticamente potrebbe non corrispondere a quello del deposito telematico. V. anche le osservazioni di C. DELLE DONNE, *La nuova disciplina delle udienze dopo la Riforma Cartabia*, in *Judicium* online, 145 ss., sugli aspetti problematici derivanti dalla poco chiara formulazione dell'art. 127-ter c.p.c. L'A. afferma in proposito che la norma in esame, per la estrema genericità di formulazione che ha esasperato i profili di criticità della normativa emergenziale da cui deriva, va letta come nulla più di una norma in bianco, che per essere riempita di contenuti richiede un'opera di valutazione caso per caso delle udienze rispetto alle quali si intende operare la sostituzione cartolare. Con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 83, comma 7, lett. h, d.l. 18/2020, la cassazione (in molte pronunce contraria alla estendibilità del modello previsto nella da ultimo citata disposizione normativa stante la sua inconciliabilità con le previsioni di cui agli artt. 429 e 437 c.p.c.: così Cass., 10 novembre 2021, n. 33175) si è espressa nel senso che la stessa disposizione, nello stabilire la necessità della "successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice", comportava, per i giudizi assoggettati al c.d. "rito lavoristico", che la prescritta lettura del dispositivo dovesse avvenire "*illico et immediate*" o mediante deposito in cancelleria (se non vigente il telematico), oppure tramite deposito telematico (Cass. 11 gennaio 2024, n. 15993). Sempre con riguardo alla disciplina emergenziale, v. R. IONTA e F. CAROLEO, *La trattazione scritta. La codificazione (art. 127-ter c.p.c.)*, in *giustiziainsieme.it*.

³²In giurisprudenza è, difatti, più che consolidato il principio secondo cui l'omessa lettura del dispositivo all'udienza di discussione determina, ai sensi dell'art. 156, comma 2, c.p.c., la nullità insanabile della sentenza, per mancanza del requisito formale indispensabile per il raggiungimento dello scopo dell'atto, in quanto si traduce difetto di un requisito correlato alle esigenze di concentrazione del giudizio che connotano il rito lavoristico e di immutabilità della decisione rispetto alla successiva stesura della motivazione (v. in questo senso Cass. n. 6 dicembre 2021 n. 38521; Cass. 28 novembre 2014 n. 25305; Cass. 3 febbraio 2015 n. 1906; Cass. 23 maggio 2019 n. 13963), salvo il caso in cui, per espressa previsione del rito speciale di cui all'art. 1, commi 47 e ss., della l. n. 92 del 2012, sia escluso l'obbligo di lettura del dispositivo in udienza (tra le altre, v. Cass. 17 agosto 2018 n. 20749).

³³Nella prima parte dell'art. 6 Cedu, infatti, si riconosce il diritto di ogni persona «*a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*».

Tuttavia, come è ben noto, l'esame delle stesse disposizioni che prescrivono la pubblicità dell'udienza ha sempre lasciato passare l'idea che tale garanzia non rappresenti un valore assoluto, atteso che sia l'art. 128 c.p.c. che l'art. 6 Cedu, in presenza di talune circostanze speciali³⁴, ne ammettono deroghe, riconoscendo margini di discrezionalità al giudice: tale considerazione ha portato, da un alto, la Corte di Strasburgo a ragionare in termini di bilanciamento tra garanzie e ad affermare che quella della pubblicità sia talvolta recessiva rispetto a quelle di economia ed efficienza processuali, a loro volta prevalenti in quanto finalizzate al perseguimento della ragionevole durata del processo, e, dall'altro, ha indotto la Corte costituzionale ad adeguarsi ai *dicta* europei, affermando in diverse occasioni il carattere non assoluto della garanzia della pubblicità nonché la configurabilità di legittime eccezioni alla stessa in presenza di ragioni di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, nell'interesse della morale, dei minori o della vita privata delle stesse parti nel processo, ed anche nell'interesse della giustizia laddove sussistano particolari ragioni³⁵.

Nonostante ciò, sebbene, per quanto or ora ricordato, è sempre stato possibile affermare che la pubblicità dell'udienza è un principio derogabile in presenza di giustificazione obiettive, un profilo di criticità - come pure si legge nell'ordinanza di rimessione - si rinveniva nel fatto che il potere discrezionale del giudice di disporre con decreto non impugnabile che l'udienza si svolgesse in modalità cartolare piuttosto che pubblica era esercitabile nonostante che una sola delle parti avesse sollevato opposizione.

³⁴L'art. 128 c.p.c. prevede che il giudice può disporre che l'udienza prosegua a porte chiuse quando ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume e l'art. 6 Cedu prevede che l'accesso alla sala d'udienza possa essere limitato al pubblico e alla stampa, durante tutto il processo o parte di esso, «nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia».

³⁵ V. tra le altre Corte cost. 13 dicembre 2017 n. 263, nella quale si legge che «non in tutti i processi la trattazione orale costituisce un connotato indefettibile del contraddittorio e, quindi, del giusto processo, potendo tale forma di trattazione essere surrogata da difese scritte tutte le volte in cui la configurazione strutturale e funzionale del singolo procedimento, o della specifica attività processuale da svolgere, lo consenta e purché le parti permangano su di un piano di parità»; Corte cost. 24 marzo 2022, n. 74 nella quale si legge che la pubblicità dell'udienza, pur essendo connaturata ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, non ha valore assoluto, potendo il legislatore introdurre deroghe in presenza di particolari ragioni giustificative, purché obiettive e razionali; nello stesso senso, Corte cost. 18 marzo 2022, n. 73 nella quale si afferma che «porre un'alternativa tra difesa scritta e discussione orale nel processo civile non può determinare alcuna lesione di un adeguato contraddittorio, anche perché le parti permangono su di un piano di parità». V. anche Corte cost. 21 maggio 2015 n. 315, nella quale la Corte afferma la non indispensabilità della pubblicità dell'udienza nel procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza nel quale il contenzioso non ha carattere meramente e altamente "tecnico" e, pertanto, il controllo del pubblico sull'esercizio dell'attività giurisdizionale può ritenersi non necessario. La derogabilità del principio di pubblicità è stata affermata in più riprese anche dalla Suprema corte (cfr. in tal senso Cass. 5 maggio 2016, n. 9041; Cass. 9 ottobre 2015, n. 20282; Cass. 16 marzo 2012, n. 4268, nonché Cass. 18 luglio 2008, n. 19947).

Sennonché, prendendo evidentemente atto di tale criticità, in più occasioni e da molti evidenziata, il d.lg. 164/2024 è intervenuto anche su questo aspetto³⁶ apportando modifiche agli artt. 127-ter e 128 c.p.c., in conseguenza delle quali nell'art. 127-ter, al secondo comma, dopo il secondo periodo è stata aggiunta la previsione per la quale *«nel caso previsto dall'articolo 128, se una delle parti si oppone il giudice revoca il provvedimento e fissa l'udienza pubblica»*, mentre al primo comma dell'art. 128 c.p.c. è stato precisato che *«il giudice può altresì disporre la sostituzione dell'udienza ai sensi dell'articolo 127-ter, salvo che una delle parti si opponga»*.

L'opposizione anche di una sola delle parti, dunque, diviene vincolante per il giudice nella scelta della modalità di svolgimento di udienza laddove la garanzia della pubblicità sia prevista dalla legge³⁷, ciò perché - si legge nella Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. - *«si è (poi) voluto dare prevalenza, in nome delle garanzie e del diritto di difesa, all'interesse alla base della previsione di cui all'articolo 128 secondo cui l'udienza in cui si discute la causa è pubblica a pena di nullità, prevedendo esplicitamente la possibilità della sua sostituzione con la trattazione scritta (di grande utilità nei casi, ricorrenti nella pratica, in cui le parti non hanno interesse ad una effettiva illustrazione orale delle questioni controverse) ma disponendo che in questo caso sia sufficiente l'opposizione anche di una sola delle parti perché il giudice revochi il provvedimento e disponga la celebrazione della pubblica udienza (nel regime ordinario, viceversa, il giudice è vincolato alle indicazioni delle parti solo in caso di loro istanza congiunta)»*.

5. Osservazioni conclusive.

Il cd. correttivo alla riforma Cartabia ha, dunque, da un lato risolto alcuni problemi di compatibilità tra le previsioni contenute nell'art. 127-ter e le peculiarità del rito del lavoro (v. modalità di emanazione della sentenza), dall'altro ha, di fatto, ridotto l'ambito applicativo dell'anzidetta norma (v. udienza ex art. 420 c.p.c.).

Orbene, pur salutando con favore l'intervento legislativo, la cui astratta finalità, per quel che qui occupa, è di dare risposta ai dubbi sorti in conseguenza dell'entrata in vigore dell'art. 127-ter e, dunque, della stabilizzazione di una modalità di svolgimento di udienza nata per far

³⁶Commentando la bozza del correttivo che girava prima della conclusione dell'iter legislativo, G. COSTANTINO, *Il ruolo degli Osservatori della giustizia*, in *ForoNews* 27 maggio 2024, affermava che a tali soluzioni si sarebbe potuti pervenire indipendentemente dalle modifiche proposte (e poi attuate nel d.lg. 164/2024).

³⁷In proposito è opportuna una precisazione. L'art. 127-ter si occupa dell'opposizione al modo in cui lo fa il successivo art. 128; mentre, però, l'opposizione di cui alla prima norma è una sorta di impugnazione che cela un interesse legittimo dell'opponente (non già un diritto processuale all'oralità); quella, invece, prevista nell'art. 128 costituisce una mera richiesta di oralità (dove l'ammissibilità di un'opposizione immotivata), che nella specie è un diritto: il giudice, infatti, *revoca*, non *provvede*, mentre, a ritenere diversamente, egli potrebbe anche non revocare).

fronte all'emergenza pandemica, ciò che si contesta alle scelte da ultimo operate dal legislatore è un eccesso di manicheismo, forse conseguenza del notevole dirigismo del testo base.

Delle modifiche legislative apportate all'art. 127-ter c.p.c. non può che prendersi atto, dovendosi necessariamente lasciare alle spalle il dubbio sul se sia stata corretta la soluzione di operare a monte la scelta tra oralità e scrittura, o se, invece, sarebbe stato preferibile optare per una "sostituzione per fasi", che avesse, cioè, tenuto conto delle attività da svolgersi nella fase per cui si celebra l'udienza e ciò anche in considerazione del fatto che nel rito del lavoro il solo segmento finale dell'udienza è di interesse pubblico, e, a rigor di logica, come nel rito ordinario, tutto ciò che precede tale momento non dovrebbe essere attratto allo stesso regime di pubblicità.

In ogni caso, pur nella rigidità delle prescrizioni attualmente contenute nell'art. 127-ter, si è favorevoli ad accogliere l'idea di valorizzare il potere di direzione del giudice (e, allo stesso tempo, quello di opposizione riservato alle parti dall'art. 127-ter), consentendogli di guardare alla vicenda processuale concreta e di scegliere per la trattazione orale o invece per quella scritta a seconda del tipo di controversia e delle esigenze della specifica fattispecie³⁸.

Come osservato in dottrina³⁹, l'effettività della tutela giurisdizionale non richiede necessariamente uno schema di processo valido per tutti i tipi di controversie, ben potendo essere l'obiettivo perseguito anche attraverso la flessibilità dei modelli di trattazione, vale a dire attraverso la previsione di strutture elastiche che tengano conto dei caratteri peculiari delle cause. Al principio di flessibilità, si osserva ancora, deve affiancarsi quello di proporzionalità, che è una garanzia di sistema efficiente di amministrazione della giustizia⁴⁰.

³⁸ In questo senso, con riferimento alla versione dell'art. 127-ter c.p.c. non ancora modificata dal d.lg. 164/2024, v. N. DALFINO, *La ratio ispiratrice della legge n. 533 del 1973*, in lavorodirittieuropa.it. In vista della futura stabilizzazione delle previsioni dettate per far fronte alla epidemia covid, C. CECHELLA, *Trattazione scritta, a distanza, digitalizzazione degli atti: cosa resterà nel processo civile dell'emergenza epidemiologica*, in giustiziainsieme.it, affermava che "l'elasticità di un rito fondato sul consenso delle parti e sull'interlocuzione del giudice con le parti nella direzione di una modalità di trattazione non orale o in presenza, deve essere sottolineata nella prospettiva di una prosecuzione di tale esperienza nel futuro, potendone risultare un rito variabile, non sulla base di previsioni legislative tassative, ma sulle scelte del giudice e delle parti".

³⁹ M. A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, p. 57 ss.

⁴⁰ Osserva ancora M. A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione* cit., spec. p. 59, che l'idea di base è che l'impegno (pubblico e privato) dedicato alla singola controversia, in termini di costi e tempo, non debba essere omogeneo, bensì proporzionale alla tipologia, all'oggetto e alle caratteristiche della controversia stessa e del caso specifico. Anche B., R. CAPOLONGO, *La scelta del modello di trattazione dell'udienza tra emergenza pandemica ed attuazione del PNRR, anche con riferimento al contenzioso in materia di lavoro, previdenza e assistenza*, in dirittogiustiziaecostituzione.it, afferma che la scelta del sistema di trattazione deve ispirarsi al principio di adeguatezza in quanto la singola udienza deve essere celebrata con le modalità che risultino più idonee alle esigenze di gestione di quel processo. Sulla base di tali considerazioni afferma, quindi, che il criterio di scelta tra i diversi modelli di trattazione non è dato di per sé dalla complessità, in punto di fatto o di diritto, del *thema decidendum* ma

Partendo, pertanto, dalla considerazione che un approccio che tenesse conto delle peculiarità di ciascun processo potrebbe in più larga misura soddisfare l'esigenza di adeguatezza degli strumenti rispetto ai fini, si ritiene che nonostante tutto il giudice che non valuti indispensabile l'interlocuzione orale (anche laddove disposta per legge) e che valuti non esservi margine per eventuali conciliazioni⁴¹, possa optare per l'udienza cartolare in luogo di quella in presenza, senza però con ciò ignorare che tale soluzione renderebbe necessari alcuni adattamenti, specie in funzione di coordinamento rispetto ai termini di costituzione del convenuto⁴².

Nei casi in cui il giudice ritenesse di operare in tal modo, il potere di opposizione riservato alle parti rivestirebbe una funzione di fondamentale importanza⁴³: le parti, difatti, opponendosi, impedirebbero che l'udienza si svolgesse in maniera difforme da quella prevista dalla legge, non opponendosi, implicitamente rinuncerebbero all'udienza in presenza ed alle attività ad essa connesse. E, a ben guardare, non sarebbe nuova la scelta di rimettere alla disponibilità delle parti la rinuncia all'udienza in presenza finalizzata al libero interrogatorio e al tentativo di conciliazione: l'ipotesi è contemplata nei procedimenti in materia di separazione e divorzio, laddove l'art. 473.bis.21 c.p.c., secondo comma, dispone che le parti debbano comparire personalmente onde consentire al giudice di tentare la conciliazione, mentre l'art. 473.bis.51, sempre al secondo comma, prevede che, nel procedimento su domanda congiunta, le parti «se intendono avvalersi della facoltà di sostituire l'udienza con il deposito di note scritte,

dalla prevedibilità *ex ante*, da parte del giudice, delle posizioni processuali assumibili dalle parti con riferimento a quella determinata udienza.

⁴¹Utile a tale scopo è l'esemplificazione proposta da V. RICCHEZZA, *L'art. 127 ter c.p.c. cit.*, la quale individua le «controversie in materia di lavoro di natura documentale, dove generalmente il tentativo di conciliazione è del tutto risibile ovvero nel contenzioso in materia previdenziale e assistenziale che, sebbene l'art. 442 c.p.c. richiami le disposizioni del rito lavoristico, di fatto, - per la tipologia di controversia, contraddistinta dalla presenza di una parte pubblica quasi nell'interesse delle ipotesi - non contempla l'ipotesi definitiva transattiva» quali quelle per le quali, durante il periodo della pandemia, la legislazione emergenziale diede prova di grande utilità. Alle tipologie di controversie innanzi elencate possono aggiungersi anche quelle in materia di opposizioni a sanzioni amministrative, come suggerito da S. RUSCIANO, *Modalità alternative cit.*, spec. p. 68. Secondo B., R. CAPOLONGO, *La scelta del modello cit.*, il modello di trattazione scritta, può ritenersi adeguato alla celebrazione di processi caratterizzati da questioni standardizzate o seriali oppure al contenzioso in materia di A.T.P. ex art. 445 bis c.p.c. dove la valutazione giurisdizionale riguarda la necessità del conferimento dell'incarico peritale.

⁴²Soluzioni salvifiche sono suggerite ad esempio da V. RICCHEZZA, *L'art. 127 ter c.p.c. cit.* e da S. RUSCIANO, *Modalità alternative cit.*, spec. p. 68.

⁴³S. TRIFIRO', *L'oralità nel rito del lavoro: immediatezza e giusto processo*, in *lavorodirittieuropa.it*, osserva che la facoltà di opporsi alla trattazione scritta dell'udienza, è uno strumento per mantenere una dimensione orale del processo del lavoro che può portare ad un uso oculato e virtuoso della dimensione cartolare del processo. V. anche le osservazioni di 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*.

devono farne richiesta... dichiarando di non volersi riconciliare⁴⁴»: qui una espressa rinuncia, nella ricostruzione dell'art. 127-ter che si sta proponendo, una rinuncia implicita nella mancata opposizione.

Antonella Raganati

Ricercatore dell'Università degli studi di Napoli Federico II

⁴⁴In dottrina la previsione a mente della quale nel procedimento su domanda congiunta, le parti possono sostituire l'udienza presidenziale con il deposito di note scritte è fortemente contestata in considerazione del fatto che, sebbene l'eventualità della riconciliazione in questi casi sia davvero remota, consentendo il deposito di note in luogo dell'udienza in presenza, si elimina l'unica *chance* di successo che «è affidata alla eventuale capacità persuasiva del presidente, una capacità che può esplicarsi,...., unicamente nel confronto, *vis à vis*, tra i coniugi»: così E. VULLO, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2022, p. 357.



VALENTINA CAPASSO

Sull'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c. novellato

L'autrice si sofferma su alcuni dubbi interpretativi sollevati dal nuovo testo dell'art. 614-bis c.p.c., che rischiano ridurre l'ambito di applicazione, nonostante l'intenzione del legislatore fosse dichiaratamente quella di ulteriormente potenziare le misure di coercizione indiretta.

The author focuses on some of the interpretive doubts raised by the new text of art. 614-bis c.p.c., which risk narrowing its scope of application, despite the fact that the lawmaker's intention was statedly to further enhance indirect coercion measures.

Sommario: 1. Introduzione – 2. La riforma dell'art. 614-bis: in breve – 3. Sul perdurante potere del giudice della cautela di comminare l'*astreinte* – 4. Sull'inapplicabilità delle preclusioni assertive all'istanza di *astreinte*... – 5. ... e sull'assenza di criteri orientativi onde ricavare una disciplina del concorso tra le sedi in cui calare l'istanza

1. Introduzione

I profili di novità dell'art. 614-bis c.p.c., nel testo post riforma Cartabia, sono già stati oggetto di ampia attenzione dottrinale¹, sicché su di essi pare possibile soffermarsi solo brevemente, prima di concentrarsi sul tema che davvero interessa: i *side effects* (verosimilmente non voluti) della novella, che, pur dichiaratamente volta ad *ampliare* la tutela offerta a mezzo delle misure coercitive indirette, paradossalmente rischia – in parte per (de)meriti propri, in (più ampia)

¹ Oltre agli scritti apparsi a commento dei criteri della delega [in generale, in materia di esecuzione forzata: G. MICCOLIS, *L'esecuzione forzata nella riforma che ci attende*, in *Questione giustizia*, 3/2021, pp. 112 ss.; F. VIGORITO, *Gli interventi sul processo esecutivo previsti dal ddl delega AS 1662/XVIII collegato al «Piano nazionale di ripresa e resilienza»*, ivi, pp. 122 ss.; E. FABIANI - L. PICCOLO, *Le modifiche in tema di esecuzione forzata di cui alla legge di riforma (n. 206/2021) della giustizia civile. Note a prima lettura*, in *Giust. insieme*, 4 febbraio 2022; con specifico riferimento a quelli relativi all'art. 614-bis: R. METAFORA, *Le misure coercitive indirette tra diritto vigente e futuri interventi riformatori*, in *Giustiziacivile.com*, 8 luglio 2022; G. COSTANTINO, *L'esecuzione forzata*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Bari, 2022, pp. 362 ss.], v., sulla disciplina attuale dell'*astreinte*, A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla Riforma del 2022*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, pp. 1214 ss. (che del tema si era di recente occupato in ID., *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019); P. CARDINALE, *L'esecuzione indiretta*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile*, in *Foro it.*, *Gli speciali* 4/2022, cc. 523 ss.; L. TERMITE, *Il processo esecutivo*, in C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, pp. 477 ss.; M. PACILLI, *La riforma del processo esecutivo*, in L. PASSANANTE (a cura di), *Manuale breve della riforma Cartabia*, Milano, 2023, pp. 231 ss.; A. CRIVELLI, *La coercizione indiretta nel codice di rito*, in A. DIDONE - F. DE SANTIS, *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Milano, 2023, pp. 419 ss.; C.V. GIABARDO, *Il maquillage all'art. 614 bis c.p.c. e gli altri interventi in tema di poteri coercitivi del giudice civile*, in A. RONCO (dir.), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2023, pp. 405 ss.; B. LIMONGI, *Misure coercitive indirette (art. 614-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*, Pisa, 2023, pp. 732 ss. V. anche, nel contesto di un più comprensivo commento delle novità relative al processo esecutivo, A.M. TEDOLDI, *La riforma dell'esecuzione forzata: le novità del D. Lgs n. 149/2022*, in *Giust. insieme*, 25 gennaio 2023, § 19; nonché, sia pur limitatamente al profilo specifico che traspare dal titolo del contributo, B. CAPPONI, *Un dubbio sul regime transitorio della riforma dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*, 6 febbraio 2023.

parte in ragione di alcune proposte interpretative recenti, che hanno tratto alimento *anche* dal nuovo testo dell'articolo in commento – di ingenerare una *riduzione* dell'ambito applicativo di quelle.

2. La riforma dell'art. 614-bis: in breve

L'art. 7, lett. b), della Proposta della Commissione Luiso, delegava il Governo a «prevedere che le misure coercitive di cui all'articolo 614-bis del codice di procedura civile [fossero] pronunciabili anche con riferimento alle controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile»; il successivo art. 8, lett. j), a «prevedere criteri per la determinazione del *quantum*, nonché del termine di durata delle misure di coercizione indiretta ex articolo 614-bis c.p.c.», nonché «l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di disporre dette misure quando il titolo esecutivo sia diverso da un provvedimento di condanna oppure la misura non sia stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento».

Mentre la prima previsione è rimasta lettera morta, avendo la legge delega del tutto omissivo il tema², rispetto alla previsione dei criteri per la determinazione del *quantum* e del termine di durata della misura – parametro, questo, potenzialmente capace di essere variamente riempito dal legislatore delegato – occorre distinguere.

Quanto alla seconda previsione, mentre appare condivisibile la precisazione secondo cui la predeterminazione di un termine massimo di durata³ abbia un senso solo in relazione agli obblighi di fare⁴, meno apprezzabile risulta – quantomeno, sul piano della politica legislativa

² Il criterio di cui all'art. 1, comma 12, lett. o), della legge delega prescrive(va) al legislatore delegato di «prevedere criteri per la determinazione dell'ammontare, nonché del termine di durata delle misure di coercizione indiretta di cui all'articolo 614-bis del codice di procedura civile; prevedere altresì l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di disporre dette misure quando il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna oppure la misura non è stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento».

³ Nel testo novellato si menziona anche, per la prima volta espressamente, la possibilità, per il giudice, di determinare la decorrenza della misura; potere, peraltro, da ritenersi da sempre implicito, e di fatto talora già esercitato: cfr. Trib. Terni, 4 agosto 2009, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Esecuzione forzata di obblighi di fare o di non fare*, n. 17, secondo cui «[l]a misura coercitiva pecuniaria ex art. 614 bis c.p.c., il cui scopo è di rendere effettiva e sicura l'attuazione non solo degli obblighi di fare infungibile o di non fare, ma anche degli obblighi di fare fungibile riconosciuti da sentenze di condanna o da provvedimenti anticipatori della condanna (nella specie, denuncia per danno temuto), si applica trascorso un termine concesso ragionevolmente al debitore per adempiere l'obbligo e decorrente dalla notifica della sentenza o del provvedimento».

Viceversa, la novella, nella parte in cui consente al giudice di apporre un termine finale alla durata della misura, è stata intesa da Trib. Cassino, 21 ottobre 2024, commentata da R. BENCINI, *Astreinte: prima applicazione del novellato art. 614 bis c.p.c.*, in *Il QG*, 28 novembre 2024, come «fatto sopravvenuto» atto, in concorso con altri, a giustificare l'apposizione di tale termine solo in sede di revoca/modifica ex art. 669-decies c.p.c. dell'ordinanza cautelare già assistita da *astreinte sine die*.

⁴ Su cui v. quanto si dice nella Relazione illustrativa: «Un ulteriore intervento concerne la durata massima della misura coercitiva; in particolare si è integrato il primo comma della norma con un ultimo periodo, che consente al giudice di fissare un termine di durata della misura. | Sembra evidente che una tale previsione ha rilevanza nei casi di inadempimento di un

– la previsione in sé di un termine, posto che il rischio di locupletazione non sta nella (comminatoria della) misura (quand’anche potenzialmente *sine die*), dipendendone la realizzazione esclusivamente dal debitore. Di più: la novella, sul punto, rischia di diminuire l’efficacia della comminatoria in sé, quantomeno tutte le volte in cui la stima effettuata dal giudice (come noto, a differenza che in Francia, non rivedibile successivamente) pecchi per difetto, col risultato di agevolmente consentire al debitore – che, proprio in virtù dell’innovazione, potrà predeterminare l’importo massimo della somma da corrispondere con operazione squisitamente matematica – di determinare *ex ante* il *trade off* tra adempimento e inadempimento, in sostanza offrendogli la possibilità di liberarsi della propria obbligazione... pagando il prezzo del recesso (in ultimo stabilito dal giudice, quasi con effetti costitutivi riflessi, ed evidente ingerenza nell’autonomia negoziale). Né ad evitare tale rischio pare sufficiente la modifica dei criteri di determinazione del *quantum*: qui, infatti, l’esercizio della delega è stato minimo, quest’ultima limitandosi ad *aggiungere* ai parametri già previsti (compreso quello del valore del bene, che, immutato, conserva all’istituto un’impronta di ambiguità, pur essendo sostanzialmente pacifica la natura non risarcitoria, ma meramente compulsiva, della misura), quello del «vantaggio per l’obligato derivante dall’inadempimento». Intervento comunque *in parte qua* assolutamente condivisibile, posto che, come osservato nella Relazione illustrativa, è «pacifico che l’esecuzione indiretta ha la finalità di indurre l’obligato all’adempimento volontario, in quanto l’inadempimento produce nella sua sfera giuridica conseguenze negative superiori ai vantaggi che egli trae dall’inadempimento. Pertanto, la misura coercitiva, per poter essere effettiva, deve essere commisurata principalmente rispetto a questo parametro. Il danno che l’inadempimento produce nella sfera giuridica dell’avente diritto assume invece un ruolo secondario, posto che l’esecuzione indiretta si aggiunge al – e non sostituisce il – risarcimento del danno prodotto dall’inadempimento». Il principale profilo di novità sta, in ogni caso, nella previsione, all’art. 614-*bis*, comma 3, c.p.c., della possibilità di domandare la comminatoria dell’*astreinte* anche laddove la stessa «non [sia] stata richiesta nel processo di cognizione» (e dunque, non quando essa sia stata richiesta

obbligo avente come contenuto una prestazione, mentre non ha rilevanza ove si tratti di un obbligo di astensione. In quest’ultimo caso, poiché la sanzione diviene operativa solo ove sia tenuto un comportamento contrario all’obbligo di astensione, non vi è necessità di assicurare che l’entità della somma da corrispondere non divenga esorbitante».

e negata)⁵, «ovvero il titolo esecutivo [sia] diverso da un provvedimento di condanna»⁶: in tali ipotesi, «la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento è determinata dal giudice dell'esecuzione, su ricorso dell'avente diritto, dopo la notificazione del precetto. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni di cui all'articolo 612».

Eppure, proprio tale previsione, chiaramente mirante alla massima estensione possibile delle potenzialità dell'esecuzione indiretta, parrebbe aver – certo, preterintenzionalmente – ingenerato la contrazione dell'ambito applicativo della misura stessa. In particolare, il *nuovo* tenore letterale della disposizione risulta esser stato evocato quale argomento atto ad orientare in senso restrittivo la soluzione relativa a due *vecchi* problemi, e in particolare, da un lato, per escludere la comminatoria a corredo di provvedimenti cautelari; dell'altro, per

⁵ Così, condivisibilmente, B. CAPPONI, *Un dubbio*, cit.; nello stesso senso, P. CARDINALE, *L'esecuzione indiretta*, cit., p. 530; B. LIMONGI, *Misure*, cit., p. 739. Il presupposto da cui muovono gli aa. menzionati (e, prima, la delega) appare evidente: a consentire diversamente, il giudice dell'esecuzione finirebbe per assumere il ruolo di giudice dell'impugnazione rispetto alla statuizione di rigetto (anche, eventualmente, implicito) dell'istanza avanzata nel processo di cognizione. Di conseguenza, e per la medesima ragione, non si avverte la mancanza di una disciplina dei rapporti tra impugnazione (per omessa pronuncia sulla domanda di *astreinte* già avanzata nel precedente grado di cognizione) e istanza al giudice dell'esecuzione (disciplina, invece, ritenuta necessaria da G. COSTANTINO, *L'esecuzione forzata*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Bari, 2022, p. 363).

⁶ G. COSTANTINO, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 363, nel commentare la delega, osserva che «[l']art. 614 bis c.p.c. prevede che le misure coercitive siano disposte “con il provvedimento di condanna”. Il che presuppone che la condanna sia stata chiesta. Il legislatore delegante impone al legislatore delegato di prescindere dal principio della domanda. | Nella prospettiva accolta dal legislatore delegante, il giudice dell'esecuzione potrebbe attribuire efficacia esecutiva anche a provvedimenti di accertamento mero o a provvedimenti costitutivi fonte autonoma di beni».

In realtà, già la delega impone(va) al delegato di attribuire al giudice dell'esecuzione il potere di disporre la misura di coercizione indiretta quando la stessa «non è stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento», ovvero, in base al fraseggio precedente, «un provvedimento di condanna»; invece, il «titolo [...] diverso da un provvedimento di condanna» è (pur sempre, necessariamente, un titolo esecutivo, ma) quello stragiudiziale. Ora, in astratto appare certo concepibile che la comminatoria di *astreinte* vada a rafforzare anche la tutela di mero accertamento e/o costitutiva: la tesi, del resto, è stata ampiamente argomentata – in generale – da U. COREA, *Condanna civile*, cit., pp. 261 ss. (nello stesso senso, sia pur *en passant*, parrebbero A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, cit., p. 112, nota 20, e C.V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, p. 184, testo e nota 47); ed è inoltre nota la proposta interpretativa di C. CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 741, che, già all'indomani dell'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c., ha ventilato la possibilità, per il promissario acquirente, di cumulare due capi di domanda nei confronti del promittente venditore («uno costitutivo ex art. 2932 c.c., e l'altro di condanna all'obbligo infungibile di concludere il contratto di vendita», assistito da *astreinte*; sul tema v. poi R. MURONI, *L'azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018, pp. 18ss., 55 ss., 191 ss.).

Tuttavia, *de iure condito* il dato letterale pare chiaramente confermare – da un lato – la necessità che, ove di provvedimento giudiziario di tratti, questo sia *di condanna* e – dall'altro – che ad essere dispensabile sia la «domanda» di *astreinte* in sede di cognizione, non certo quella alla condanna principale.

sottoporre l'istanza, ove calata nel giudizio di cognizione, a termini più stringenti di quelli sinora invalsi.

Ed è a questi due profili che l'indagine va ora partitamente rivolta.

3. Sul perdurante potere del giudice della cautela di comminare l'*astreinte*

In realtà, come accennato, la possibilità, per il giudice della cautela, di comminare una misura coercitiva indiretta costituisce terreno di discussione da tempo: anche all'indomani dell'introduzione dell'art. 614-bis, se la giurisprudenza è parsa subito orientarsi nel senso dell'ammissibilità della comminatoria⁷, in dottrina è rimasto latente il dubbio circa la possibilità di sussumere l'ordinanza cautelare nel concetto di «provvedimento di condanna» cui allude la disposizione⁸. Quest'ultima, tuttavia, è parsa quantomeno autorizzare la comminatoria dell'*astreinte* in fase di attuazione, quale «modalità» della stessa, o comunque

⁷ V., *ex multis*, Trib. Roma, 7 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2082; Trib. Bari, 16 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2017, p. 839, con nota di M. MONTANARI, *Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto*; Trib. Genova, 28 ottobre 2015, *ivi*, 2016, p. 1129 con nota di E. BERTILLO, *Sui rimedi avverso la condanna ex art. 614 bis c.p.c. emessa in sede cautelare*; Trib. Reggio Emilia 15 aprile 2015, *ivi*, 2015, p. 2382 ss., con nota di G. FRUS, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce*; Trib. Milano, 9 luglio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2926; Trib. Milano, 26 maggio 2015, *ivi*, c. 2181; Trib. Messina, 6 luglio 2010, in *Corr. merito*, 2010, p. 1161; Trib. Torino, 2 luglio 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 1121, con nota di D. FRASCHINI, *Note in tema di reclamo sul rifiuto del conservatore di eseguire l'ordine giudiziale (contenuto in una sentenza non passata in giudicato) di cancellare la trascrizione di un sequestro conservativo*; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 394 con nota di A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614 bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*; Trib. Terni, 6 agosto 2009, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Esecuzione forzata di obblighi di fare*, n. 18.

In sostanza, in giurisprudenza, il concetto di «provvedimento di condanna» è stato inteso in senso ampio, ovvero «non legato alle sole sentenze emesse all'esito di un procedimento a cognizione piena», sicché «le corti di merito [...] non hanno esitato a riconoscere l'applicabilità della misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c. anche ai provvedimenti di condanna aventi ad oggetto un obbligo di fare infungibile o di non fare emessi in sede cautelare»: cfr., anche per riferimenti, G. CICALÈSE, *Le misure coercitive*, in *Riv. esec. forz.*, 2023, p. 210; M. MONTANARI, *Astreinte*, cit., p. 841 s., testo e nota 3; S. RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1475; J.V. D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 713 ss.

⁸ Dubbio comunque risolto in senso positivo dalla dottrina maggioritaria: v., tra gli altri, E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella legge 69/09*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1548; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 784; C. DELLE DONNE, *L'attuazione delle misure cautelari*, Roma 2012, p. 154 ss.; C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012, p. 258; F. TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 267; A. MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, p. 122; S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, p. 736; G. FRUS, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2383 ss.; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 949; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, cit., pp. 117 ss.; J.V. D'AMICO, *Sull'applicabilità*, cit., p. 718; C.V. GIABARDO, *Effettività*, cit., p. 181.

Contra, A. CHIZZINI, *Sub art. 614-bis*, in AA.VV., *La Riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p. 146; F. TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis cod. proc. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 70.

in quanto «provvediment[o] opportun[o]»⁹; ma è proprio tale possibilità che parrebbe oggi esclusa, la lettera della legge sembrando limitare le sedi per la pronuncia al processo di cognizione e a quello di esecuzione: ciò che varrebbe, dunque, ad implicitamente eliminare il potere di assortire il provvedimento cautelare con la misura coercitiva dal novero delle possibilità offerte al giudice dall'art. 669-*duodecies*¹⁰.

Una simile esegesi, senz'altro possibile, postula tuttavia una serie di scelte ermeneutiche a monte: non solo l'accettazione dell'idea che «processo di cognizione» sia solo quello a destinato a mettere capo ad un provvedimento suscettibile di passare in giudicato, ma, ancor prima, che il potere del giudice dell'attuazione cautelare di comminare l'*astreinte* traesse prima (e, dunque, ora non più) la propria fonte esclusiva nell'art. 614-*bis* cit.

Del che è, invece, possibile dubitare: come noto, già oltre 20 anni fa, autorevole dottrina, nel prendere atto dell'esistenza di «un movimento giurisprudenziale secondo cui l'infungibilità del facere non osta alla concessione del provvedimento cautelare d'urgenza», osservava che «del resto l'art. 669 *duodecies* c.p.c. parla ormai di attuazione di tale provvedimento alludendo con ciò alla possibilità di forme per l'appunto attuative diverse dalla vera e propria esecuzione diretta»¹¹. E così, anche dopo la novella del 2009, pur essendosi il dibattito pressoché spento – la maggioranza degli interpreti, preferendo ripiegare sulla più comoda soluzione rappresentata da un'interpretazione non restrittiva della nuova disposizione¹² –, v'è chi ha

⁹ G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in Aa.Vv., *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, Torino, 2014, p. 923; B.N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*⁹, Milano, 2023, p. 866, nota 5.

J.V. D'AMICO, *Sull'applicabilità*, cit., p. 724, che pur ritiene che la misura possa essere richiesta tanto in sede di ricorso introduttivo, quanto in fase di reclamo e/o di revoca o modifica, dubita invece che la stessa possa essere concessa dal giudice dell'attuazione: secondo l'a., «qualora si ritenga di seguire la tesi dell'unitarietà del procedimento cautelare, potrebbe immaginarsi un margine di operatività per la misura in parola anche nella fase dell'attuazione, laddove il giudice dell'attuazione, "ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti". In questa prospettiva potrebbe allargarsi il significato del termine "difficoltà" e ritenere che il giudice dell'attuazione – per superare queste ultime – possa disporre come "provvedimento opportuno" la misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. Ipotesi probabilmente sostenibile, ma che non [...] sembra sistematicamente corretta, in quanto il giudice interviene direttamente sul contenuto del provvedimento cautelare e non sulle modalità di attuazione dello stesso».

¹⁰ In questo senso, se ben s'intende, G. VERDE, *Diritto processuale civile*⁶, 3. *Processo di esecuzione*, Bologna, 2023, p. 137. Lo stesso a., però, mitiga l'osservazione in prosieguo: «l'art. 614 *bis* parla di attuazione dei provvedimenti "di condanna", ossia di provvedimenti autosufficienti, là dove, in sede cautelare, il provvedimento è per definizione strumentale. Tuttavia, ove si consideri che, nel caso degli obblighi di consegna o rilascio e di fare o di non fare, il provvedimento che li dispone è necessariamente anticipatorio, tale che la sua forza esecutiva viene meno soltanto se l'intimato inizi il giudizio di merito e se il giudice, su sua richiesta, revochi o modifichi il provvedimento, si è portati a ritenere che l'art. 614 *bis* non sia incompatibile con la disciplina del processo cautelare, di tal che, concedendo il provvedimento, il giudice potrebbe inserirvi la condanna anticipata per il caso che l'inadempimento si protragga nel tempo» (*ibid.*, p. 241).

¹¹ E. FERRARA - S. MAZZAMUTO - G. VERDE, *Alcune proposte in materia di giustizia civile*, in *Foro it.*, 2000, V, cc. 221 ss.

¹² Cfr. ad esempio la posizione di S. RECCHIONI, che, in passato, aveva sostenuto l'inaammissibilità della tutela cautelare degli obblighi infungibili (*Id.*, *Il processo cautelare uniforme*, Torino, 2005, pp. 835 s.), salvo poi mutare avviso proprio in ragione

continuato a sostenere che «il ricorso alla comminatoria [dell'*astreinte*] nell'ambito dei procedimenti cautelari non è frutto dell'applicazione diretta dell'art. 614 *bis* c.p.c. [...], ma trova la propria fonte nell'ampio potere discrezionale di cui gode il giudice della cautela in sede di attuazione dei provvedimenti che è chiamato ad emanare»¹³.

Certo, l'affermazione appare mitigata dall'ulteriore rilievo per cui «la previsione generale dell'art. 614 *bis* c.p.c. costitui[rebbe] motivo di legittimazione di una misura in passato giudicata irrituale proprio a causa dell'assenza nel sistema di una comminatoria di analoga portata»¹⁴. Ma è proprio la natura generale dell'articolo menzionato (a fronte della specialità dell'art. 669-*duodecies* c.p.c.)¹⁵ a consentire (oggi come ieri) una diversa lettura: perché *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Vero è che tale principio non trova applicazione assoluta, non potendosi escludere «che in concreto l'interpretazione della *voluntas legis* [...] evidenz[i] una latitudine della legge generale posteriore, tale da non tollerare eccezioni, neppure da parte di leggi speciali: che restano, in tal modo, tacitamente abrogate»¹⁶; e

dell'introduzione dell'art. 614-*bis* (come dallo stesso a. riconosciuto in *Id.*, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1483; v. anche *Id.*, *Diritto processuale*, cit., pp. 19 s., 946 ss. e *passim*).

¹³ S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 947. L'a. muove evidentemente dal presupposto che l'ambito di applicazione della disposizione, nel testo del 2009, fosse effettivamente limitato dalla rubrica; ma anche di tale assunto pare possibile dubitare: v. G. VERDE, *Diritto processuale*, cit., p. 135.

Dichiaratamente contrario alla tesi di Mazzamuto è C.V. GIABARDO, *Effettività*, cit., p. 183, secondo cui l'argomento tratto dall'art. 669-*duodecies* «sembra provare troppo». Secondo l'a., infatti, «l'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c. costituisc[e] un fattore essenziale di legittimazione per la pronuncia di una misura che, in difetto di qualsivoglia previsione normativa, sarebbe apparsa quantomeno inconsueta e irrituale. Se così non fosse – se, cioè, si argomentasse che l'art. 614 *bis* c.p.c. nulla aggiunge alla discrezionalità attuativa che il giudice cautelare già possedeva – allora dovremmo concludere che egli potrebbe anche andare ancora oggi ben al di là delle restrizioni applicative imposte dall'art. 614 *bis* c.p.c.: il che non pare condivisibile». È, invece, proprio a tale risultato che sembra potersi addivenire, valorizzando – come subito si dirà nel testo – il principio di specialità.

¹⁴ S. MAZZAMUTO, *op. loc. cit.*

¹⁵ È noto che il rito cautelare uniforme, quale «enclave vera e propria nel codice», costituisce un «micro-sistem[a]» a sé, con non irrilevanti conseguenze anche sul piano interpretativo [F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile I modelli del processo di cognizione (ordinaria e sommaria) e di esecuzione*, Bologna, 2023, p. 446]; ciò che conforta nell'idea che l'art. 614-*bis* c.p.c., che, isolatamente inteso, andrebbe riferito a qualunque provvedimento di condanna, si ponga quale norma generale rispetto all'art. 669-*duodecies*, dal quale – dunque – risulta (tuttora) derogato. Pare tuttavia opportuno sottolineare che al medesimo risultato può pervenirsi anche accogliendo la tesi qui avversata: perché, se quello cautelare non è un «processo di cognizione» e del provvedimento che lo stesso esita non è data «esecuzione», l'art. 614-*bis* riesce *in toto* inapplicabile alle ordinanze cautelari: ciò, però, lungi dall'implicare necessariamente l'impossibilità, per il giudice della cautela, di comminare l'*astreinte*, ben potrebbe condurre a ricostruire i rapporti tra le due disposizioni come di perfetta complementarità; in sostanza, l'art. 614-*bis* regolerebbe la coercizione indiretta di tutti i provvedimenti di condanna *diversi* dalle ordinanze cautelari, il cui regime di attuazione resterebbe disciplinato dal (solo) art. 669-*duodecies* c.p.c.. Col risultato, ancora una volta, di esonerare il giudice dell'attuazione *anche* dai limiti posti dallo stesso art. 614-*bis*.

¹⁶ La citazione è tratta da Corte cost., 19 febbraio 1976, n. 29, ma l'affermazione è stata più volte reiterata: per ulteriori riferimenti, v. A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014, pp. 103 ss.

tuttavia, è ampiamente prevalente l'idea che una simile volontà legislativa, contraria al brocardo, debba risultare chiaramente¹⁷: ciò che non può certo dirsi con riferimento ai rapporti tra gli artt. 614-*bis* e 669-*duodecies* c.p.c.

D'altro canto, che quest'ultima disposizione possa risultare derogatoria rispetto alla disciplina generale si spiega agevolmente, ove si abbandoni l'idea – tralatizia, ma mai realmente giustificata, quanto postulata e basta – dell'inconcepibilità di una tutela in sede cautelare *maggiore* di quella conseguibile nell'ambito del processo a cognizione piena¹⁸; perché, come recentemente osservato, «cautela e tutela non si pongono reciprocamente in rapporto di *meno a più*, ma in rapporto di *strumento a fine*»: in altri termini, la prima non è un *minus*, ma un *aliud*¹⁹. Ne deriva allora che, una volta ricondotto quello di comminare l'*astreinte* nell'alveo del potere, generalissimo e dalla legge in alcun modo circoscritto, di «determina[re] anche le modalità di attuazione», di cui gode il giudice che ha emanato la misura cautelare, le vicende dell'art. 614-*bis*, e dei suoi limiti, risultano indifferenti²⁰.

È muovendo da queste premesse che trova giustificazione la tesi di chi già immaginava la comminatoria di *astreintes* anche «ben al di là della rubrica dell'art. 614 *bis* c.p.c.» nella sua versione originaria, «e, quindi, non solo per gli obblighi di fare infungibile e di non fare ma anche per gli obblighi di fare fungibile e di consegna o rilascio»²¹; come troverebbe giustificazione (con operazione meno opinabile di quella cui darebbe luogo la contravvenzione palese alla lettera della legge, sia pur “costituzionalmente” motivata) la pronuncia della misura a corredo di provvedimenti cautelari in materia lavoristica²², di cui si è tornati a

¹⁷ V. ancora le pronunce richiamate da A. CELOTTO, *op. cit.*, pp. 105 ss.

¹⁸ V, tra gli altri, U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa, 2023, p. 124, secondo cui «l'ambito di applicazione dei provvedimenti d'urgenza è pur sempre quello delle tutele che il diritto ha inteso apprestare sul piano sostanziale predisponendo il rimedio giurisdizionale rappresentato dal giudizio di merito, al quale la misura cautelare è strumentale; sicché è impensabile che quest'ultima possa garantire una protezione maggiore e più estesa di quella conseguibile nel merito».

¹⁹ F. AULETTA, *Riserve agli organi di giustizia dell'Ordinamento sportivo e principi fondamentali*, in *DPCleC*, 2023, p. 33.

²⁰ Né si tratterebbe di un *unicum*. Il sistema, infatti, conosce almeno un altro caso in cui l'effettività della misura cautelare risulta maggiore di quella dell'analogo provvedimento assunto nel processo a cognizione piena: si allude alla descrizione, che si «esegu[e] a mezzo di ufficiale giudiziario» (art. 130, comma 1, c.p.i. e 162, comma 2, l.d.a.), il quale può «vincere la resistenza opposta dal debitore o da terzi, [...] richiedendo, quando occorre, l'assistenza della forza pubblica (art. 513, comma 2, c.p.c., richiamato dagli artt. 606 e 608). E dal confronto tra tale disciplina e quella «comune dell'ispezione (sia ordinaria, ex art. 118 e 258 c.p.c., e sia cautelare, ex art. 696 c.p.c.)» non può che discendere una constatazione: «[s]e [...] il rifiuto della parte di consentire l'ispezione – rifiuto non superabile forzatamente – genera solamente un argomento di prova a danno del renitente [...], il rifiuto della parte do subire la descrizione non impedisce l'acquisizione della prova»: A. RONCO, *La tutela cautelare della prova*, in A. GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, p. 328.

²¹ S. MAZZAMUTO, *op. loc. cit.*

²² In questo senso, pur senza evocare esplicitamente il criterio di specialità, G. COSTANTINO, *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, p. 741, secondo cui «il giudice già aveva ed ha il potere di determinarne “le modalità di attuazione” mediante “provvedimenti opportuni”; non può escludersi, quindi, quella di imporre una misura coercitiva, anche nelle

discutere non molto tempo fa²³; e infine, per quanto qui maggiormente interessa, risulta giustificato – indipendentemente dall’interpretazione dell’art. 614-bis novellato cui si ritenga di accedere – il perdurante potere del giudice della cautela di assortire il provvedimento con la misura coercitiva.

4. Sull’inapplicabilità delle preclusioni assertive all’istanza di *astreinte*...

Più pericolosa, perché in qualche misura già consacrata dalla *law in action*, appare la seconda delle contrazioni dell’ambito applicativo dell’art. 614-bis qui contestate: il riferimento è alla

controversie di lavoro. [...] Non appare, quindi, necessario invocare la disposizione del 2009. Questa, piuttosto, contribuisce a fugare i dubbi sull’ampiezza dei “provvedimenti opportuni”, ma non sembra direttamente applicabile nei procedimenti cautelari»; analogamente, G. RAMPAZZI, *L’ambito di applicazione delle misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in AA.VV., *Trasformazioni e riforme del processo civile*, Città di Castello, 2015, p. 368.

La possibilità di travalicare i limiti dell’art. 614-bis c.p.c. è ventilata, sotto altro profilo, anche da L. BARRECA, *L’attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare (art. 614 bis c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, p. 508: secondo l’a., la disposizione non troverebbe diretta applicazione in sede cautelare, ma il giudice della cautela – quantomeno ove si tratti di provvedimento d’urgenza – potrebbe comminare la misura ai sensi dell’art. 669-duodecies c.p.c. (forse, anche d’ufficio).

²³ Hanno, invero, destato un certo scalpore, nel periodo di emergenza sanitaria, due ordinanze cautelari sostanzialmente identiche, rese il 23 aprile 2020 dai Tribunali di Grosseto e Bologna (annotate da D. BELLINI, *La tutela cautelare ai tempi del coronavirus: il lavoratore può utilizzare l’art. 700 c.p.c. per ottenere lo smart-working*, in www.rivistalabor.it, 9 maggio 2020, e da R. FRATINI, *Astreintes e diritto del lavoro durante il covid-19*, in www.judicium.it, 20 luglio 2020.), che, nell’imporre al datore di lavoro di ammettere il proprio dipendente allo *smart working*, hanno ritenuto di assortire alla condanna la comminatoria di *astreinte*. Ciò che più stupisce, nel testo delle ordinanze in parola, peraltro, è la totale assenza di motivazione sul punto, in netto contrasto con la – viceversa – dotta motivazione precedente, che riassume l’evoluzione del pensiero scientifico in punto di condanna in forma specifica ad obblighi di fare infungibili. Eppure, di ragioni atte a giustificare la pronuncia ve ne sarebbero state diverse: non tutte condivisibili, ma certamente plausibili e già sperimentate, e così quantomeno tali da immunizzare gli autori delle pronunce dalle conseguenze di quella che, altrimenti, ben potrebbe apparire come una «violazione manifesta della legge» (art. 2, comma 3, l. n. 117/1988).

In particolare, oltre alla soluzione (generale) avanzata nel testo, la questione venuta in rilievo nel caso di specie avrebbe potuto ricevere una soluzione alternativa, esclusivamente fondata sulla peculiarità del tema: invero, visti i dubbi di legittimità costituzionale da più parti avanzati con riferimento all’esclusione delle controversie lavoristiche dall’ambito di applicazione dell’art. 614-bis (A. PROTO PISANI, *Note personali e no a margine dell’art. 614 bis c.p.c.*, in *Rass. esec. forz.*, 2019, pp. 3 ss.), una delle opzioni, di per sé opinabile ma certo sostenibile, sarebbe stata quella della disapplicazione (motivata, però) di tale articolo *in parte qua*; disapplicazione che costituisce una delle quattro tesi sviluppatesi in ordine ai casi di incostituzionalità di una disposizione che il giudice della cautela sia chiamato ad applicare (le altre essendo il rigetto dell’istanza; la rimessione della questione di legittimità costituzionale, con conseguente sospensione del procedimento cautelare; la disapplicazione con contestuale rimessione della questione: sul tema, che anima la riflessione dottrinale ormai dagli anni ’70, tanto da esser stato definito un vero e proprio «rompicapo giuridico» – G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 452 –, v., per tutti, anche per ampiezza di riferimenti, G. MENEGUS, *Tutela cautelare e questioni pregiudiziali di legittimità costituzionale*, Ferrara, 2017, tesi di dottorato, spec. pp. 36 ss.).

Ancora, ma con ulteriore incremento del tasso di opinabilità della soluzione, si è avanzata in dottrina una lettura (ancora, in tesi costituzionalmente orientata) in base alla quale la pronuncia della misura sarebbe da escludersi nelle sole controversie in cui sia domandata la condanna al compimento della prestazione lavorativa da parte del lavoratore: sul punto v., anche per riferimenti, A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, cit., p. 155 s., testo e nota 91.

recente Cass., 23 maggio 2024, n. 14461, che ha affermato che «l'istanza ex art. 614-bis cod. proc. civ. costituisc[e] una vera e propria domanda e, come tale, de[ve] soggiacere alle barriere preclusive del rito», sicché la stessa «de[ve] essere formulata prima della maturazione delle preclusioni assertive»: interpretazione, questa, che, a giudizio della Corte, sarebbe sistematicamente avallata proprio dall'ultima riforma della disposizione in parola.

In realtà, nel silenzio della legge sul punto (silenzio mantenuto anche nel testo attuale), la questione ha sin da subito diviso la dottrina²⁴, ove alle due tesi estreme – quella di chi, ritenendo quella avanzata ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c. una vera e propria domanda, coerentemente ne richiede la presentazione sin dagli atti introduttivi (o, al più, per l'attore, nel termine per la presentazione della *reconventio reconventionis*)²⁵, e quella di quanti invece, muovendo dall'opposta premessa, la ritengono sottratta ad ogni preclusione²⁶, e dunque ammissibile anche ove avanzata per la prima volta in appello²⁷ (e, per taluno, persino in Cassazione, per l'eventualità che la Corte decida nel merito)²⁸ –, se ne affiancano di intermedie, quale quella che assimila l'istanza ad una modifica della domanda, indi ritenendola presentabile al più tardi nei limiti in cui quest'ultima è ammessa²⁹, e quella che afferma l'ammissibilità della stessa per tutto (ma solo) il primo grado³⁰.

²⁴ Sicché pare tutt'altro che «assodato», come invece afferma A. Crivelli, *La coercizione indiretta*, cit., 423, che l'istanza «costitui[sca] una domanda, da proporsi entro le barriere preclusive previste dal codice di rito, in generale, per le domande giudiziali»

²⁵ I. PAGNI, *La «riforma» del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1318 s.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 205; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, ivi, p. 348; A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁸, Milano, 2022, p. 2272.

²⁶ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2023, 247.

²⁷ M. BOVE, *op. cit.*, p. 788; L. BARRECA, *op. cit.*, p. 507; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, cit., 144 ss.; C. CONSOLO - F. GODIO, *Sub Art. 614-bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*⁶, III, Milano, 2018, p. 1342, che tuttavia (condivisibilmente) osservano che «[l]a richiesta di applicazione dell'*astreinte* potrà però essere proposta *ex novo* solo se la sentenza di prime cure sia già stata gravata da appello per motivi diversi. L'appello proposto al solo fine di vedersi accogliere la richiesta di applicazione dell'*astreinte* mai in precedenza formulata, infatti, sarà inammissibile, per insufficienza (anche se non ancora assenza) di interesse ad impugnare, non potendosi addurre alcun motivo di censura al riguardo alla sentenza».

²⁸ F. TEDIOLI, *op. cit.*, p. 77, nota 58. Per I. GAMBIOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1291, «[l]a richiesta è proponibile in primo grado, in appello o in cassazione; inoltre, vista la natura processuale, non si esclude che l'istanza possa essere presentata nella celebrazione del giudizio di rinvio»; ma l'a. non specifica se – a suo giudizio – sia ugualmente proponibile in tutte le sedi “per la prima volta”.

²⁹ Così, con riferimento al rito ante-Cartabia, all'art. 183, comma 5 e 6, n. 1, c.p.c., E. MERLIN, *Prime note*, p. 1549; riconosce che tale interpretazione fonda su «molte buone ragioni», C.V. GIABARDO, *Effettività*, cit., p. 196, il quale tuttavia, a seguito dell'ultima riforma, pare allinearsi alla tesi più liberale: v. *infra*, nota 40.

³⁰ A. CHIZZINI, *Sub art. 614-bis*, in AA.VV., *La Riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p. 178. e E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 206, che ammettono l'istanza in grado di impugnazione solo laddove la stessa sia stata già presentata in prime cure e ivi rigettata.

Del dibattito appare consapevole l'estensore della menzionata pronuncia, che tuttavia oppone alla tesi predominante – *i.e.* la più liberale tra quelle sopra ricordate – un (invero poco significativo) precedente di legittimità³¹ e una serie di «argomenti logici e sistematici». Anzitutto, infatti, si osserva che, «a differenza di altri capi accessori, la misura di coercizione non è conseguenza necessaria della condanna, com'è invece la pronuncia sulle spese, che dall'istanza e dalla quantificazione della parte prescinde totalmente, ufficiosamente procedendovi il giudicante nel definire il procedimento». Al contrario, «la "coercitoria" è determinata in base a circostanze di fatto [...] che devono essere tempestivamente allegare (e, se del caso, provate), consentendo così alla parte avversaria una compiuta difesa che non sarebbe possibile se la domanda potesse essere avanzata oltre la barriera preclusiva stabilita per la proposizione delle domande e delle eccezioni o persino dopo la delimitazione del *thema probandum* (che potrebbe comprendere prove contrarie o elementi idonei a incidere sulla statuizione giudiziale)»; inoltre, «a voler ritenere ammissibile la domanda [...] in appello (in quanto "agganciata" al provvedimento di condanna), si dovrebbe ammettere la sua proponibilità anche in sede di precisazione delle conclusioni del secondo grado, il che limiterebbe ulteriormente il diritto di difesa della parte avversaria, inibita a introdurre elementi di fatto idonei a escludere o a mitigare l'*astreinte* e abilitata soltanto all'impugnazione di legittimità (i cui noti limiti non permetterebbero un riesame delle circostanze fattuali considerate per la valutazione o il merito di quest'ultima, come già statuito da Cass., Sez. III, Ordinanza n. 7927 del 23 marzo 2024, Rv. 670596-01)».

Infine, e per quanto qui maggiormente interessa, «[d]al punto di vista sistematico, [...] la delimitazione di un momento preclusivo certo per la proposizione della domanda di condanna *ex art. 614-bis* cod. proc. civ. nel processo di cognizione elimina incertezze sulla possibilità di avanzare la medesima domanda al giudice dell'esecuzione, [...]; è evidente, infatti, che ad ammettere la proponibilità della domanda anche alla fine del processo di primo o di secondo grado si rende incerto il presupposto che permette di adire il giudice dell'esecuzione, col rischio (oltretutto) di innescare possibili conflitti tra le decisioni di quest'ultimo e quelli del giudice della cognizione successivamente investito dell'istanza».

Nessuno degli argomenti appare, tuttavia, persuasivo.

Anzitutto, il precedente richiamato appare di per sé poco calzante: non solo perché vi si osserva solo *en passant*, e *in obiter*, che «la domanda di condanna all'*astreinte ex art. 614 bis* c.p.c. è stata proposta dal ricorrente solo nel giudizio di secondo grado, e quindi inammissibilmente *ex art. 345* comma 1, c.p.c.», ma anche perché l'affermazione risulta calata

³¹ Il riferimento è a Cass., 9 dicembre 2019, n. 32023, su cui v. *infra*, nel testo.

in un ragionamento che, ove mai ritenuto corretto con riferimento al vecchio testo dell'art. 614-bis c.p.c., sembra certamente non più reiterabile alla luce della nuova formulazione della disposizione. L'inammissibilità dell'istanza in appello è, infatti, mitigata dalla Corte con l'ulteriore osservazione che «la legge non esclude in modo univoco la proposizione successiva in separato giudizio della richiesta di emanazione della misura di coercizione indiretta, in un'ottica di progressivo rafforzamento della tutela di tali categorie di creditori. | È pur vero che la norma in questione prevede esplicitamente che la pronuncia di fissazione delle misure indirette di coercizione avvenga con il provvedimento di condanna ma nulla esclude che il creditore possa introdurre in un secondo tempo e in separato giudizio tale richiesta, in esplicitazione del principio dispositivo, a patto di giustificare adeguatamente la separata proposizione delle richieste e la conseguente frammentazione dell'istanza di tutela, evitando una eventuale contestazione di "abuso del processo" e spiegando la propria condotta in una prospettiva di progressiva e bilanciata reazione all'avversario inadempimento».

Motivazione di per sé assolutamente coerente: perché è solo considerando (sia pur implicitamente) quella di *astreinte* una vera e propria domanda che la stessa può essere assoggettata a preclusione; ma quella nuova, e quindi preclusa, in un determinato procedimento è necessariamente una domanda proponibile in un *altro* processo. E tuttavia, se tale ultima possibilità poteva – come emerge dal passo richiamato, non senza qualche forzatura – essere argomentata in passato, il testo attuale dell'art. 614-bis, nell'individuare quali sedi alternative esclusivamente il processo di cognizione che esita la condanna cui si richiede di assortire la misura o quello di esecuzione da avviarsi sulla base del titolo (giudiziale o stragiudiziale) già formato, pare invece confermare *a contrario* quanto già ritenuto da parte della dottrina, *i.e.* che la domanda di *astreinte* non possa essere proposta in via autonoma, in un separato giudizio³²; ciò che non solo mina alla radice il complessivo discorso condotto dalla pronuncia del 2019 (e così, il suo il valore “normativo”), ma rappresenta già un primo elemento per affermare la bontà della tesi più liberale³³.

³² In tal senso, tra gli altri, G. BALENA, *La nuova pseudoriforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 799; M. BOVE, *op. cit.*, p. 787; A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 177 ss.; L. BARRECA, *op. cit.*, p. 507; F. TEDIOLI, *op. cit.*, p. 72; C. CONSOLO - F. GODIO, *op. cit.*, p. 298; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela*, *cit.*, p. 146; Soldi, *op. cit.*, p. 2272.

Contra, in giurisprudenza, Trib. Belluno, 2 maggio 2019, in *Foro it.*, 2019, I, c. 4115, con nota di richiami, che, in linea con la pronuncia di legittimità di cui al testo, ritiene che il riferimento al processo di cognizione contenuto nell'art. 614-bis vada letto nel senso di richiedere esclusivamente che la misura sia applicata da “un” giudice della cognizione, non essendo viceversa necessario che si tratti del medesimo giudice che pronuncia sul merito. Sostanzialmente nello stesso senso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 206; D. AMADEI, *op. cit.*, p. 357; C. TRAPUZZANO, *op. cit.*, pp. 291 ss..

³³ E infatti, se si guarda alla giurisprudenza di merito, è proprio muovendo dalla premessa opposta che si giunge alla conclusione qui divisata: cfr. App. Firenze, sez. III, 18 maggio 2022 n. 973, in *BDP*, secondo cui quella volta alla comminatoria dell'*astreinte* è «una istanza necessariamente accessoria (non potrebbe essere formulata come domanda a sé), che nulla

Venendo, quindi, alla parte realmente argomentativa della motivazione della pronuncia più recente, deve riconoscersi che la stessa riprende la tesi dottrinale, di per sé degna di attenta considerazione, che tende(va già) ad anticipare la preclusione alla prima memoria, onde tutelare il diritto di difesa del prospettico debitore³⁴; e tuttavia, il ragionamento alla base della stessa sembra provare troppo. Benché non possa, infatti, escludersi che la valutazione dei diversi elementi che la legge richiede siano considerati dal giudice al fine della determinazione del *quantum* della misura possa originare «autonome esigenze di trattazione ed istruttoria»³⁵, tale circostanza è meramente eventuale, ben potendo i medesimi elementi emergere già dalla formulazione della domanda principale e dalle prove poste a fondamento di quella, come della difesa. Si spiega, allora, perché tali esigenze non solo non siano mai state espressamente evocate dal legislatore³⁶, ma appaiano addirittura *sistematicamente* escluse a seguito della riforma, essendo la sede esecutiva un luogo certamente inidoneo (quantomeno, allo stato)³⁷ ad ospitare le relative attività. Né parrebbe potersi obiettare che una simile mancanza imponga all'interprete di forzare *in via generale* la lettera della legge, mediante una (*soi-disante*) interpretazione costituzionalmente orientata: ove effettivamente le menzionate esigenze si diano nel caso di specie, infatti, risulterà sufficiente attivare il potere – da ritenersi già implicito, ma oggi espressamente previsto – di cui all'art. 101, comma 2, prima parte, c.p.c.; disposizione generale, e dunque applicabile tanto innanzi al giudice della cognizione (qualunque sia il grado, e così anche in appello), che a quello dell'esecuzione³⁸.

aggiunge al *petitum*, il quale resta immutato [...]; la cui mera funzione è quella di assicurare la ottemperanza a una condanna per sua natura (facere) di difficile esecuzione forzata. | Pertanto, la relativa istanza può anche essere formulata in sede di precisazione delle conclusioni, non soggiacendo alle preclusioni delle domande di merito».

³⁴ V. *retro*, nota 29.

³⁵ E. MERLIN, *Prime note, cit.*, p. 1549.

³⁶ A differenza di quanto avviene, ad esempio, per l'art. 294, comma 2, c.p.c.

³⁷ Ovviamente, salvo diversa previsione: basti pensare a quanto avvenuto proprio con l'ultima riforma con riferimento alla figura del giudice istruttore, che in appello non trova perfetta corrispondenza di poteri, il consigliere istruttore essendo... incapace di assumere l'istruttoria, se non delegato: cfr. art. 356, comma 1, c.p.c.

³⁸ Ciò che consente di ritenere astrattamente sufficiente la mera previsione che la misura sia concessa «sentita la parte l'obbligata» (art. 612, comma 2, richiamato dall'art. 614-*bis*, comma 2, c.p.c.): in sostanza, vale qui un ragionamento analogo a quello condotto da chi, nel commentare Cass., sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5624 (che ha ammesso la possibilità, per le parti, di avanzare le proprie critiche alla CTU anche in sede di comparse conclusionali, e addirittura in appello), ha sottolineato come, indipendentemente dalla natura della questione e/o delle allegazioni introdotte in fase avanzata del procedimento, debba riconoscersi un vero e proprio «diritto [...] alla riapertura dell'istruzione», ove quest'ultima si renda necessaria (F. CAPASSO, *Preclusioni e c.t.u.: ancora dubbi dopo le Sezioni unite*, in *DPCleC*, 2022, p. 125).

Pur senza richiamare l'art. 101 novellato, si esprime nel senso di un contraddittorio «esteso» anche B. LIMONGI, *Misure*, cit., pp. 740 s.

Escluso, quindi, che una deroga al principio (*in teoria* pacificamente discendente dall'art. 24 Cost., *in pratica* troppo spesso disatteso dalla giurisprudenza, tanto civile che penale)³⁹ secondo cui non è possibile assoggettare le parti a preclusioni non previste dalla legge possa risultare necessaria per ragioni "intrinseche" al procedimento di cognizione, la conclusione non pare diversa neppure alla luce della sopravvenuta necessità di coordinamento derivante dall'introduzione della possibilità di richiedere la comminatoria di *astreinte* al giudice dell'esecuzione. Anzi: i pochi autori che risultano, allo stato, essersi interrogati sul punto risultano – condivisibilmente – concordi nel senso che «[p]roprio la possibilità di chiedere la misura addirittura in sede esecutiva, per la prima volta, dovrebbe far tendere ad accogliere la tesi per cui essa, in sede cognitiva, è ammissibile fino alla rimessione della causa al collegio (art. 189 c.p.c.) o, nel caso di causa soggetta al rito monocratico, comunque fino alla precisazione delle conclusioni o nel termine stabilito ai sensi dell'art. 281-quinquies c.p.c.»⁴⁰.

5. ... e sull'assenza di criteri orientativi onde ricavare una disciplina del concorso tra le sedi in cui calare l'istanza

Ciò non toglie, tuttavia, che un problema di coordinamento si ponga, trattandosi anzitutto di stabilire se il potere del giudice dell'esecuzione di concedere la misura *coesista con o succeda a* quello del giudice della cognizione, e, ove l'alternativa vada sciolta in tale ultimo senso, di individuare il momento dell'effettivo "passaggio di consegne" tra i due organi dell'A.G.

In effetti, se si guarda al sistema, la necessità di regolare il concorso appare scontata, il legislatore regolarmente curandosi (artt. 43; 396, comma 2; 398, ult. comma; 669-*decies*, comma 1, c.p.c.) di escludere che la scelta tra l'uno o l'altro rimedio sia rimessa alla determinazione della parte. Ciò, tuttavia, non è avvenuto nella specie, né la logica cui è di norma ispirata la disciplina del concorso appare pianamente applicabile alla questione che occupa: come noto, infatti, con l'eccezione (per chiare ragioni) dell'art. 43 c.p.c., la scelta cade sempre in favore del mezzo che consente una maggiore latitudine di poteri alle parti.

³⁹ Cfr., rispettivamente, G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1096, e L. LUPARIA, *La maschera il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in R. DEL COCO - L. MARAFIOTI, *Il principio di preclusione nel processo penale. Atti del Convegno (Teramo, 16 giugno 2011)*, Torino, 2012, p. 81.

⁴⁰ A. CRIVELLI, *La coercizione indiretta*, cit., p. 423 s. nello stesso senso, P. CARDINALE, *L'esecuzione indiretta*, cit., p. 530, e C.V. GIABARDO, *Il maquillage*, cit., pp. 424 s., che ammette la proponibilità dell'istanza anche per la prima volta in appello e nel giudizio di rinvio, argomentando anche a fortiori dal neointrodotta potere del giudice dell'esecuzione.

Al fondo v'è, si direbbe, un ragionamento analogo (ma con segno invertito rispetto) a quello su cui fonda il c.d. principio dell'ultrattività delle preclusioni: perché non avrebbe senso costringere il creditore, che non abbia "tempestivamente" richiesto la misura nel giudizio di cognizione, ad attendere la formazione del titolo esecutivo, per poi riaprirgli senz'altro la possibilità di domandare l'*astreinte* al giudice dell'esecuzione.

Ma, per quanto sopra osservato, la sede (ed, eventualmente, il grado) in cui calare l'istanza di *astreinte* nulla muta sotto questo profilo: da un lato, sul giudice destinatario della richiesta grava in ogni caso il potere-dovere di «adotta[re] i provvedimenti opportuni» onde «assicura[re] il rispetto del contraddittorio» (art. 101, comma 2, prima parte, c.p.c.); dall'altro, e posto che il problema si porrà quasi esclusivamente laddove sia già intervenuta una sentenza di primo grado senza che il creditore abbia mai chiesto la misura coercitiva⁴¹, risulta assicurato comunque almeno un grado di merito a cognizione piena (sia esso quello d'appello o di rinvio, o quello che si svolge innanzi al giudice dell'opposizione agli atti esecutivi) e uno di legittimità. E, mentre la natura sia dell'istanza, sia dell'attività richiesta al giudice, risulta la medesima, ovunque la prima sia calata – sicché non pare possibile ragionare in termini di necessaria priorità, logica prima che giuridica, del giudizio di cognizione rispetto a quello di esecuzione –, neppure pare soccorrere, quantomeno in via univoca e dirimente, il principio di economia dei giudizi, che pur potrebbe lasciar ipotizzare l'impossibilità di impegnare il giudice dell'esecuzione (col rischio di una potenziale duplicazione di giudizi di cognizione, ove alla decisione del primo segua l'opposizione ex art. 617 c.p.c.) per tutta la pendenza del processo che ha originato il titolo giudiziale (ancora) sfornito di *astreinte*: perché, se è certo che la parte vittoriosa, che non abbia richiesto la misura in prime cure, neppure potrebbe proporre appello *esclusivamente* al fine di domandarne la comminatoria⁴², sarebbe evidentemente contrario alle medesime esigenze di effettività che hanno ispirato la riforma pensare di onerarla di attendere lo spirare del termine di impugnazione per rivolgersi al giudice dell'esecuzione, o – ove invece la controparte impugni – di calare l'istanza in appello, e così doverne attendere la conclusione⁴³ (impregiudicata, ovviamente, la possibilità di farlo, ove tanto risponda al suo

⁴¹ Perché prima di tale momento, di norma non esiste un titolo da azionare innanzi al giudice dell'esecuzione; mentre, se la richiesta è stata avanzata e respinta, sia pur implicitamente, l'unico rimedio è l'impugnazione (v. *retro*, § 2).

La prima affermazione soffre, certo, di qualche eccezione, potendosi dare casi in cui il titolo esecutivo giudiziale intervenga prima del termine del primo grado di giudizio: è il caso delle ordinanze anticipatorie ex artt. 186-ter e quater c.p.c. e del decreto ingiuntivo (opposto) di cui sia stata disposta la provvisoria esecutività, vuoi ex art. 642, vuoi ex art. 648 c.p.c. (in tutti i casi, ovviamente, nei limiti in cui i menzionati titoli rechino una condanna diversa da quella al pagamento di somme di denaro). Anche in questi casi appare necessario distinguere: ove l'istanza sia stata presentata e respinta, deve ritenersi preclusa la possibilità di investire il giudice dell'esecuzione; in caso contrario, il problema del concorso si ripresenta, ma non pare doversi risolvere in maniera diversa da quanto si proporrà, in via generale, nel testo.

⁴² V. *retro*, nota 27, per l'opinione di C. CONSOLO e F. GODIO, cui si aderisce.

⁴³ Ferma, infatti, l'assenza di preclusioni per la presentazione dell'istanza (che, dunque, potrà essere avanzata in appello sin dalla citazione e per tutto il corso del procedimento), deve ritenersi che il giudice possa disporre la misura solo con la sentenza di condanna (e, dunque, non prima). In tal senso milita il dato letterale, che consente la comminatoria, da parte del giudice della cognizione, (esclusivamente) «[c]on il provvedimento di condanna», e – dunque – solo contestualmente ad una decisione "sul merito". Ciò non significa, tuttavia, che la misura coercitiva possa essere disposta in appello solo ove la condanna sia ivi pronunciata per la prima volta (e, quindi, a seguito della riforma della sentenza di prime cure, in ipotesi reiettiva della domanda attorea): sembra infatti potersi ritenere che, in virtù dell'effetto generalmente (ma v. A. PROTO PISANI,

interesse); e analogo ragionamento potrebbe ripetersi anche con riferimento al ricorso per cassazione, ove si ritenesse consentita la presentazione dell'istanza per la prima volta finanche in tale sede⁴⁴.

Allo stato, dunque, non pare si diano argomenti per escludere il concorso; né, del resto, sul punto sembra aver inciso il decreto correttivo, che ha interessato l'art. 614-*bis* limitatamente al diverso profilo del destino dell'*astreinte* in caso di estinzione del processo esecutivo⁴⁵, in apparenza dunque neppure ponendosi il problema qui ipotizzato. Problema che, a voler accogliere le conclusioni rassegnate in punto di (assenza di) preclusioni e di necessario rispetto, in ogni caso, del principio del contraddittorio, tale probabilmente non è.

Valentina Capasso

Ricercatrice nell'Università di Napoli Federico II

Note sulla struttura dell'appello civile e sui suoi riflessi sulla cassazione, in *Foro it.*, 1991, c. 113 s., e F. AULETTA, *Diritto*, cit., p. 322) sostitutivo della pronuncia d'appello, anche il rigetto (in rito o nel merito) del gravame proposto dal convenuto già soccombente, in quanto conferma/novazione della primitiva condanna, possa costituire «provvedimento di condanna» ai fini del 614-*bis*, comma 1, c.p.c.

Certo, non può escludersi una lettura alternativa, che intenda il «con» come «stante il», così liberando il potere di pronunciare l'*astreinte* dall'esigenza di contestualità, e ricollegandolo alla mera (pre-)esistenza di un provvedimento di condanna; muovendo da tale presupposto, allora, anche il giudice d'appello, ove la condanna sia già intervenuta in prime cure, potrebbe comminare la misura per tutto il corso del procedimento, se del caso emanando un provvedimento *ad hoc*. Del resto, come si è osservato, proprio l'apertura della possibilità di domandare la misura coercitiva al g.e. «mentre esclude la possibilità di pronunciare l'*astreinte* nel contesto di un separato e autonomo processo di cognizione rispetto al giudizio da cui si genera la condanna che risulterà assistita dalla comminazione punitiva, neppure ne riserva la legittimazione al medesimo giudice titolato a irrogare la condanna principale; con opzione che, dunque, diverge da quella adottata dal legislatore, per esempio, nell'art. 96, dove le valutazioni relative all'opportunità della sanzione accessoria, non più soltanto comminata ma così irrogata, spettano esclusivamente all'autore dell'accertamento della res controversa» (F. AULETTA, *Diritto*, cit., pp. 502 s.).

L'argomento non sembra però suscettibile di essere esteso sino a tali, estreme, conseguenze, quantomeno per ragioni di coerenza sistematica: perché, se si muove – da un lato – dal potere del giudice della cognizione svincolato da quello di condanna principale e – dall'altro – dalla sufficienza della preesistenza di una condanna, risulta ben più arduo negare l'ammissibilità di un'autonoma domanda avente ad oggetto esclusivamente la comminatoria dell'*astreinte*.

⁴⁴ Ma qui, ferma l'assenza di preclusioni in principio, l'ostacolo pare discendere piuttosto dalla natura della cognizione richiesta al giudice nella determinazione della somma: vero è che, letteralmente inteso, l'art. 384, comma 2, c.p.c., non impedisce alla Corte, ove non sia necessaria ulteriore attività istruttoria, di decidere nel merito anche sotto questo profilo; ma, come noto, la Cassazione intende la disposizione come preclusiva della pronuncia rescissoria anche nei casi in cui si tratti di meramente (ri)valutare elementi di fatto, pur già acquisiti al processo.

Nulla sembra, invece, ostare in astratto alla proposizione dell'istanza, anche per la prima volta, nel giudizio di rinvio, ove sono immaginabili gli stessi scenari delineati *retro*, nota 43, per l'appello.

⁴⁵ L'art. 3, comma 7, lett. r), d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164, ha previsto l'inserimento, all'art. 614-*bis*, comma 2, c.p.c., dopo il primo periodo, dell'inciso: «Il provvedimento perde efficacia in caso di estinzione del processo esecutivo».



PAOLA GRIPPO

Sulla possibilità per il terzo pignorato di “revocare” la dichiarazione positiva

Una complessa e articolata vicenda offre lo spunto per ritornare sul tema della “revoca” della dichiarazione positiva resa dal terzo pignorato prima della emanazione dell’ordinanza di assegnazione del credito. La possibilità della revoca viene riconosciuta, anche alla luce di tutti i cambiamenti che negli anni hanno interessato l’espropriazione forzata dei crediti, e ciò prescindendo completamente dal tanto dibattuto problema circa la natura della dichiarazione stessa. Si ritiene, pertanto, che laddove il terzo si accorga di essere incorso in errore scusabile (cioè un errore di fatto che giustificherebbe la remissione in termini ex art. 153 comma 2 c.p.c.), possa rettificare la precedente dichiarazione inviata per iscritto con una ulteriore nota scritta, salvo poi proporre opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell’art. 617 c.p.c. avverso l’ordinanza di assegnazione emanata dal g.e. sul presupposto della prima dichiarazione e non tenendo conto della seconda, in quanto non giustificata da errore scusabile.

A complex and multifaceted case provides the occasion to revisit the issue of the “revocation” of the secured third party’s positive declaration made prior to the issuance of the credit assignment order. The possibility of such a revocation is recognized, even in light of the changes which have affected the enforced expropriation of credits over the years, regardless to the much-debated issue concerning the nature of the declaration itself. It is thus claimed that, where the third party realizes that s/he has made an excusable error (i.e., an error of fact that would justify remittance under article 153, paragraph 2, c.p.c.), s/he may rectify the previous statement sent in writing with a further written note, unless s/he then lodges an opposition to the executive acts pursuant to article 617 c.p.c. against the assignment order issued by the execution judge on the assumption of the first statement and disregarding the second one, since it is not justified by excusable error.

Sommario: 1. Premessa – 2. La vicenda – 3. La sentenza della Corte di cassazione n. 5489 del 26 febbraio 2019 e le sue molteplici statuizioni – 3.1. Brevi considerazioni sul regime dell’ordinanza di assegnazione dei crediti – 4. La revocabilità della dichiarazione positiva – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Una vicenda molto articolata è stata l’occasione per ripensare ad un tema a me caro, già oggetto di studio ed approfondimenti prima che il pignoramento presso terzi venisse completamente stravolto a partire dalle riforme del biennio 2005-2006, passando per la “legge della vigilia di Natale” 24 dicembre 2012, n.228, per la l. 10 novembre 2014, n.162 e le successive modifiche apportate dalla l. n.132 del 2015, fino ad arrivare al d.lg. 31 ottobre 2024, n.164 cd Correttivo alla riforma Cartabia, il quale ha nuovamente inciso su tale forma di

espropriazione forzata allo scopo di renderla sempre più snella nell'ottica del creditore, che ha interesse ad ottenere rapidamente l'ordinanza di assegnazione del credito, ma stavolta con uno sguardo anche al terzo. E' stata, infatti, inserita una nuova norma, l'art. 551 *bis* c.p.c., rubricata "Efficacia del pignoramento di crediti del debitore verso terzi" che pone fine ad un dubbio: fino a quando il *debitor debitoris* ai sensi dell'art. 546 c.p.c. è soggetto agli obblighi che la legge impone al custode?

In altre parole, l'art. 546 espressamente stabilisce che il terzo è sottoposto agli obblighi che la legge impone al custode dal giorno in cui gli è notificato l'atto previsto dall'art. 543 c.p.c., e cioè che egli, proprio perché reso custode di quel che deve e sovrapponendosi la custodia al dovere di prestazione, è tenuto ad astenersi da ogni atto dispositivo che possa pregiudicare l'espropriazione ormai in corso¹. La norma non dice però fino a quando dura la situazione di "arresto"² presso il terzo di quello che deve e che corrisponde all'attività compiuta non contro ma verso di lui (intimazione fatta dal creditore precedente nell'atto di pignoramento), nel senso che viene ad essere alterata la normale relazione corrente tra debitore e creditore per cui il *debitor debitoris* divenuto custode del dovuto non è più tenuto a prestare al titolare del credito³.

Orbene il nuovo articolo 551 *bis* chiarisce che, salvo che sia stata già pronunciata l'ordinanza di assegnazione delle somme o sia già intervenuta l'estinzione o la chiusura anticipata del processo esecutivo, il pignoramento di crediti perde efficacia "decorsi dieci anni dalla notifica

¹ Per un approfondimento sugli effetti del pignoramento, con particolare riguardo al momento in cui si producono nell'ambito della concezione che individua il pignoramento presso terzi come fattispecie complessa a formazione progressiva v. P. GRIPPO, sub art. 546 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di L.P. Comoglio - R. Vaccarella, 3a ed., Milano, 2010, p. 2286 ss.

² L'espressione "arresto" è di V. COLESANTI, *Pignoramento presso terzi*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 853.

³ Altro e diverso problema è quello relativo all'estensione degli obblighi di custodia previsti dall'art. 546, che si ricollega al tema dell'oggetto del pignoramento dei crediti, sul quale pure si rinvia a P. GRIPPO, sub art. 543 c.p.c., cit., p. 2268 ss., dove si trova un'ampia disamina dell'argomento fino alla modifica legislativa del 2005 che stabilendo nell'art. 546 che "il terzo è soggetto agli obblighi del custode nei limiti dell'importo del credito precettato aumentato della metà", sembrava aver scritto la parola fine rispetto all'annosa questione relativa al se il pignoramento investisse o meno l'intera somma dovuta dal terzo prescindendo dal credito per il quale si procede. E invece, va segnalato che proprio nel Correttivo alla riforma Cartabia il legislatore è ritornato nuovamente sul punto sostituendo integralmente il primo periodo del comma 1 dell'art. 546 c.p.c. ed inserendo una serie di limiti di valore: "nei limiti dell'importo del credito precettato aumentato di 1.000,00 euro per i crediti fino a 1.100,00 euro, di 1.600,00 euro per i crediti da 1.100,01 euro fino a 3.200,00 euro e della metà per i crediti superiori a 3.200,00 euro".

Pertanto, il limite automatico della somma indicata nell'atto di precetto più la metà della stessa, che era stato fortemente criticato ritenendolo insufficiente o sproporzionato a seconda che il creditore conosca dell'esistenza di numerosi altri creditori, possibili interventori o sappia che il debitore non ha altri debiti; e così per "calmierare" i pignoramenti omnicomprensivi si impedivano anche quelli per nulla aggressivi (M. ACONE, *Conversione del pignoramento e pignoramento dei crediti*, in C. Consolo - F.P. Luiso - S. Menchini - M. Acone - E. Merlin, *Il processo civile di riforma in riforma*, II, Milano, 2006, p. 57), viene definitivamente abbandonato.

al terzo del pignoramento o della dichiarazione di interesse di cui al secondo comma". Si è previsto, infatti, un onere di coltivazione della procedura da parte del creditore procedente, al fine di conservare l'efficacia del pignoramento: nei due anni antecedenti alla scadenza del termine di dieci anni di cui al primo comma, il creditore pignorante o quello intervenuto possono notificare a tutte le parti e al terzo una dichiarazione di interesse al mantenimento del vincolo pignoratizio, contenente l'indicazione della data di notifica del pignoramento, dell'ufficio giudiziario dinanzi al quale è pendente la procedura esecutiva, delle parti, del titolo esecutivo e del numero di ruolo della procedura, nonché l'attestazione che il credito persiste. La dichiarazione di interesse deve quindi essere depositata nel fascicolo dell'esecuzione, a pena di inefficacia della stessa, entro dieci giorni dall'ultima notifica; in mancanza il terzo è liberato dagli obblighi previsti dall'art. 546, decorsi sei mesi dalla scadenza del termine di efficacia del pignoramento previsto dal primo comma⁴.

A me pare che la nuova previsione si collochi nella scia delle norme già introdotte ai commi 5 e 6 dell'art. 543 c.p.c. con la riforma Cartabia. A fronte cioè di un generalizzato onere per il creditore procedente di depositare, in tutti i processi di espropriazione forzata, la nota di iscrizione a ruolo, che era stato sancito nel comma 4 dell'art. 543 ai sensi del quale "eseguita l'ultima notificazione, l'ufficiale giudiziario consegna senza ritardo al creditore l'originale dell'atto di citazione. Il creditore deve depositare nella cancelleria del tribunale competente per l'esecuzione la nota di iscrizione a ruolo, con copie conformi dell'atto di citazione, del titolo esecutivo e del precetto, entro trenta giorni dalla consegna...Il pignoramento perde efficacia quando la nota di iscrizione a ruolo e le copie degli atti di cui al secondo periodo sono depositate oltre il termine di trenta giorni dalla consegna al creditore", la suddetta riforma ha previsto ulteriori incumbenti per il creditore che abbia eseguito un pignoramento presso terzi. E cioè: il creditore, entro la data dell'udienza di comparizione indicata nell'atto di pignoramento, deve notificare al debitore e al terzo l'avviso di avvenuta iscrizione a ruolo con indicazione del numero di ruolo della procedura e depositare l'avviso notificato nel fascicolo dell'esecuzione; la mancata notifica dell'avviso o il suo mancato deposito determinano l'inefficacia del pignoramento (comma 5). Nel comma 6 era detto che qualora il pignoramento sia eseguito nei confronti di più terzi, l'inefficacia si produce solo nei confronti dei terzi rispetto

⁴ Per le altre modifiche introdotte all'espropriazione presso terzi dal d.l. 2 marzo 2024 n.19, convertito con modificazioni in l. 29 aprile 2024, n.56, v. F. DE ANGELIS e M. TERESI, *Il Correttivo alla riforma Cartabia del processo civile, Commento operativo al d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164*, Napoli, 2024, p. 135 ss., dove si precisa che dal punto di vista del diritto intertemporale, il nuovo art. 551 *bis* si applica anche alle procedure esecutive pendenti alla data di entrata in vigore della nuova normativa, e il pignoramento presso terzi pendente da almeno otto anni alla detta data perde efficacia se il creditore procedente o quello intervenuto non procedono alla notifica della dichiarazione di interesse al mantenimento del vincolo pignoratizio entro due anni dall'entrata in vigore della novella.

ai quali non è notificato o depositato l'avviso, ed era specificato che "in ogni caso, ove la notifica di cui al presente comma non sia effettuata, gli obblighi del debitore e del terzo cessano alla data dell'udienza fissata nell'atto di pignoramento". La formulazione aveva suscitato una serie di perplessità in quanto la previsione della liberazione delle somme per il caso in cui non sia stata effettuata la notifica dell'avviso "di cui al presente comma" aveva indotto a ritenere che tale effetto si verificasse solo qualora il pignoramento fosse eseguito nei confronti di più terzi. Ciò ha spinto il legislatore del Correttivo a riscrivere i due commi, chiarendo che l'inefficacia si verifica in entrambi i casi (pignoramento effettuato verso un solo terzo o verso più terzi) e in particolare prevedendo al comma 6 che "se il creditore riceve il pagamento prima della scadenza del termine per il deposito della nota di iscrizione a ruolo, lo comunica immediatamente al debitore e al terzo. In tal caso l'obbligo del terzo cessa alla data di ricezione della comunicazione" così onerando il creditore di avvisare anche il terzo dell'intervenuta soddisfazione del proprio credito e liberandolo dagli oneri insorti con la notifica del pignoramento⁵ (obblighi del custode).

La disciplina sopra esposta, così come delineata dalla riforma Cartabia e meglio precisata dal recente Correttivo alla riforma, prevede dunque che il creditore, quando promuove un'espropriazione presso terzi, non può limitarsi ad iscrivere a ruolo il processo nei tempi stabiliti dalla legge, pena l'inefficacia del pignoramento secondo quanto disposto dall'art. 164 ter d.a. c.p.c., ma deve notificare al debitore e al terzo pignorato un avviso finalizzato ad informarli del fatto che il processo è stato ritualmente instaurato dinanzi al tribunale sicché sussistono le condizioni affinché il g.e. possa provvedere sull'istanza di assegnazione ovvero sulla richiesta di accertamento dell'obbligo del terzo nel corso dell'udienza fissata nell'atto di pignoramento ex art. 543 c.p.c.⁶. A ben vedere il disposto dell'art. 164 ter d.a. c.p.c. e quello dei commi 5 e 6 dell'art. 543, non sono incompatibili ma devono essere coordinati tra loro, nel senso che se l'iscrizione a ruolo è stata omessa o risulta effettuata fuori termine la fattispecie è regolata dall'art. 164 ter a mente del quale il pignoramento cessa *ex lege* di produrre i suoi effetti (e tanto vale per qualunque forma di pignoramento non iscritto a ruolo) e sorge in capo al creditore l'onere di notificare al debitore e all'eventuale terzo pignorato un atto ricognitivo in cui attesta di non aver tempestivamente compiuto le formalità prescritte dalla legge; se invece l'iscrizione è stata ritualmente effettuata e si tratta di una espropriazione presso terzi, in applicazione dei commi 5 e 6 dell'art. 543 il creditore deve notificare un avviso dell'avvenuta iscrizione e depositarlo nel fascicolo dell'esecuzione.

⁵ F. DE ANGELIS - M. TERESI, *op. cit.*, p. 135.

⁶ A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 8 a ed., Milano, 2022, p. 1223.

Resta poi da chiedersi per quale ragione il legislatore della recente novella abbia posto solo a carico del creditore che abbia eseguito un pignoramento presso terzi questi ulteriori oneri rispetto a quello generale dell'iscrizione a ruolo, innovazione introdotta nel 2014 all'evidente scopo di snellire il lavoro delle cancellerie che dovevano provvedere alla formazione dei fascicoli dell'esecuzione in seguito alla trasmissione da parte dell'ufficiale giudiziario dell'atto di pignoramento, talvolta anche quando il creditore non dava seguito al procedimento non depositando l'istanza di vendita.

Al riguardo si sono individuate molteplici ragioni⁷ che si ricollegano alla differenza tra pignoramento immobiliare e mobiliare presso il debitore e quello presso terzi. Innanzitutto, il creditore nell'espropriazione presso terzi non è tenuto a presentare l'istanza di vendita, per cui non può applicarsi l'art. 497 c.p.c. ai sensi del quale il pignoramento perde efficacia se trascorrono quarantacinque giorni dal suo compimento senza che sia stata chiesta l'assegnazione o la vendita. Pertanto, i commi 5 e 6 dell'art. 543 c.p.c. mirano ad accelerare lo svolgimento del processo, visto che non essendoci il termine di cui al suddetto 497 c.p.c. i tempi per l'iscrizione a ruolo del pignoramento presso terzi potrebbero dilatarsi.

Si potrebbe anche sostenere che il senso dell'onere dell'avviso dell'avvenuta iscrizione, sia quello di fare in modo che creditore procedente ribadisca di avere interesse alla prosecuzione del processo, così come nelle altre forme di pignoramento avviene con l'istanza di vendita⁸.

Da quanto finora esposto ne esce sicuramente rafforzata la tutela del debitore, il quale al più tardi nel corso della prima udienza di comparizione potrà prevedere se l'espropriazione avrà ulteriori sviluppi oppure si chiuderà anticipatamente con conseguente liberazione del suo patrimonio. Ma anche il terzo pignorato, pur non avendo un particolare interesse alla cessazione degli obblighi di custodia, può trarre vantaggio da un celere svolgimento del processo, la cui conclusione determina la cessazione del suo onere di collaborazione alla procedura.

Come detto all'inizio a me sembra che questo sia il significato anche dell'introduzione del nuovo art. 551 *bis*: da un lato liberare il terzo dagli obblighi sorti con la notifica dell'atto di pignoramento e dall'altro prevedere per il creditore un'attività ulteriore attraverso la quale debba ribadire il suo interesse al procedimento esecutivo.

Ed allora queste novità sembrano andare tutte nella stessa direzione, di liberare finalmente la figura del terzo pignorato da quel marchio di "infelice vittima della giustizia"⁹.

⁷ A. M. SOLDI, *op. cit.*, p. 1225.

⁸ A. M. SOLDI, *op. ult. cit.*

⁹ V. COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento dei crediti*, Milano, 1967, I, p. 15.

In quest'ottica anche la complessa vicenda processuale che si andrà qui di seguito a illustrare con le relative pronunce, conferma come la tutela di questo soggetto "dall'aspetto un po' enigmatico"¹⁰ che suo malgrado si trova coinvolto in un processo che non lo riguarda, risulta ormai consolidata sia dal punto di vista normativo che giurisprudenziale.

2. La vicenda

Nell'anno 2003 veniva sottoscritto un accordo di programma tra il Ministero A, i principali enti territoriali della regione Z e la società B, incaricata della realizzazione di un piano di completamento della bonifica e del recupero ambientale di un'area industriale. L'accordo prevedeva cospicui oneri a carico dello Stato e la previsione che le somme dovessero essere periodicamente erogate in favore della società appaltatrice sulla base delle dichiarazioni relative allo stato di avanzamento dei lavori, provenienti dalla società e verificate dal Nucleo di Valutazione del Ministero. I lavori procedettero fino al quarto stato di avanzamento, e il Ministero di volta in volta provvide a pagare il dovuto alla società B o alle sue società creditrici, a seguito di pignoramenti presso terzi.

Nel luglio del 2011, la società C (creditore procedente) in virtù di un decreto ingiuntivo pignorava le somme dovute dal Ministero (terzo *debitor debitoris*) alla società B (debitore esecutato).

Prima dell'udienza fissata per la dichiarazione del terzo, nel febbraio 2012, il Ministero inviava una raccomandata al creditore contenente una dichiarazione senza alcun dubbio positiva: "Con riferimento all'atto di pignoramento verso terzi in oggetto si dichiara ex art. 547 c.p.c. che presso questa Amministrazione è disponibile una somma di denaro di euro..., quale credito liquido ed esigibile della società B. Per effetto dell'art. 546 c.p.c. la scrivente Amministrazione si asterrà da qualsiasi atto di disposizione della predetta somma sino a provvedimento dell'autorità giudiziaria".

All'udienza del 15 maggio 2012, alla quale partecipava il debitore ma non il terzo, il g.e. non provvedeva all'assegnazione del credito, ma essendo stato spiegato intervento da talune società che assumevano anch'esse di vantare crediti verso la società B, veniva disposto un rinvio per consentire al debitore esecutato di verificare la legittimazione degli intervenuti e i conteggi relativi alle loro pretese.

Qualche giorno dopo, in data 25 maggio 2012, il Ministero che non era stato presente all'udienza fissata ex art. 547 c.p.c. per la dichiarazione del terzo, inviava al creditore

¹⁰ Anche questa espressione si trova in V. COLESANTI, *op. cit.*, p. 7, testo che ha guidato per anni lo studio e l'approccio al pignoramento presso terzi dall'angolo visuale del *debitor debitoris*, che appariva non adeguatamente tutelato dal legislatore e veniva definito come "la persona più di ogni altra degna di essere compianta nel nostro mondo giuridico".

precedente e a quelli intervenuti una comunicazione in cui rappresentava che la precedente dichiarazione positiva era erronea e che la somma pignorata non era disponibile non essendo il credito della società B verso il Ministero esigibile, in quanto non erano stati ancora presentati dalla società né verificati dall'amministrazione, gli stati di avanzamento del programma di bonifica successivi al quarto. In particolare, nel rettificare la precedente dichiarazione del 20 febbraio 2012 si precisava che la somma precedentemente indicata non fosse più "disponibile in bilancio in quanto oggetto di perenzione amministrativa". Infatti, non essendo stati presentati gli stati di avanzamento dei lavori del programma di bonifica, non erano maturati i presupposti per il pagamento, pertanto secondo le norme della contabilità pubblica l'impegno di spesa era divenuto residuo passivo, nel senso che la spesa era stata eliminata dal bilancio e iscritta nel Conto del patrimonio dello Sato tra i debiti.

All'udienza del 29 maggio 2012, fissata dal g.e. in prosecuzione dell'udienza ex art. 547 c.p.c., il Ministero ribadiva l'intenzione di rettificare la precedente erronea dichiarazione, inviata per raccomandata, affermando che il credito non era né liquido né esigibile.

Il g.e. riteneva inefficace tale modifica della dichiarazione del terzo poiché essa "concreta un accertamento costitutivo e non vi è perciò giuridica possibilità di sua revoca o modifica" e con ordinanza del 13 luglio 2012 provvedeva all'assegnazione ex art. 553 c.p.c., in favore del creditore precedente e di quelli intervenuti, delle somme in origine dichiarate disponibili dal terzo con la raccomandata del 20 febbraio 2012.

Il Ministero, terzo pignorato, con ricorso depositato il 2 agosto 2012 proponeva opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. avverso la predetta ordinanza di assegnazione, sostenendo che essa fosse stata illegittimamente emessa in mancanza di una dichiarazione positiva e che non fosse inammissibile la revoca della dichiarazione positiva precedentemente resa.

Con ordinanza del 25 settembre 2012, ai sensi dell'art. 618 c.p.c., il g.e. sospendeva la provvisoria esecutorietà dell'ordinanza opposta.

Con atto di citazione ex art. 618 comma 2 c.p.c. il creditore precedente riassumeva il giudizio di merito al fine di contestare l'ammissibilità e la fondatezza dell'opposizione proposta dal terzo pignorato, chiedendo di accertare la inefficacia e/o illegittimità della revoca della dichiarazione positiva espressa da quest'ultimo e la legittimità del provvedimento impugnato. Con sentenza 11 novembre 2014, il Tribunale rigettava l'opposizione agli atti: in via preliminare si precisava che l'oggetto del giudizio era la legittimità dell'ordinanza di assegnazione, pronunciata dal g.e. sulla base della prima dichiarazione positiva del terzo, pur successivamente revocata; si trattava allora di verificare l'ammissibilità e la legittimità della revoca della dichiarazione che, ove positivamente vagliata, avrebbe imposto la revoca dell'ordinanza di assegnazione con conseguente facoltà delle parti creditrici di riassumere la procedura ed eventualmente chiedere l'accertamento dell'obbligo del terzo. Orbene si legge

nella suddetta pronuncia che “secondo il preferibile orientamento dottrinale e giurisprudenziale, nell’esecuzione presso terzi, la dichiarazione del terzo va assimilata alla confessione - sebbene nei limiti consentiti dalla sua funzione strumentale nel processo esecutivo - avendo quale oggetto il riconoscimento dell’esistenza del debito del terzo verso il diretto debitore e come funzione quella di conseguire appunto la determinazione specifica del bene aggredito e operarne la destinazione all’espropriazione, con la duplice conseguenza che essa è inscindibile e revocabile solo per violenza e per errore di fatto *ex art. 2732 c.c.*”. Aver parificato la dichiarazione positiva alla confessione comportava, quindi, l’applicazione dell’art. 2732 c.c. ai sensi del quale la confessione può essere invalidata (e non “revocata”, perché gli effetti sostanziali e processuali di essa non sono rimessi alla volontà del dichiarante) soltanto se, oltre a dimostrare la non veridicità della dichiarazione, si provi che essa sia stata determinata da errore, cosicché è irrilevante che il confitente si limiti a provare, a tal fine, la non rispondenza al vero dei fatti confessati avendo egli l’onere di dimostrare anche l’errore di fatto o la violenza inficianti la dichiarazione confessoria. Nel caso di specie, il terzo opponente si era limitato a dedurre e produrre documentazione al solo fine di provare l’erroneità della prima dichiarazione senza dedurre nulla in merito alla ragione che aveva determinato l’errore sulla veridicità delle circostanze dichiarate. Di conseguenza, in difetto di prova in merito ai presupposti per la legittima invalidazione della prima dichiarazione positiva, doveva affermarsene la piena efficacia e rigettarsi l’opposizione.

Contro la sentenza di rigetto dell’opposizione agli atti esecutivi il Ministero terzo pignorato proponeva ricorso per cassazione articolato in ben nove motivi nei quali si riproponeva sotto diverse angolazioni la questione principale circa la legittimità della revoca della dichiarazione positiva effettuata prima della emanazione dell’ordinanza di assegnazione.

Con sentenza n. 5489 del 26 febbraio 2019, la Corte di cassazione accoglieva i primi due motivi, diretti a dimostrare la legittimità della revoca, rilevando che, nel regime post 2005 e pre 2012, qualora le attività di cui all’udienza *ex art. 547 c.p.c.* “non si concludono in un unico spazio di tempo”, come avvenuto nel caso di specie, fino a quando il giudice non chiuda l’udienza suddetta ed emetta l’ordinanza di assegnazione, la dichiarazione del terzo è revocabile. Con la precisazione, tuttavia, che mentre “non si può ritenere ammissibile una revoca *ad nutum*” è consentita la revoca per errore purché esso, a prescindere dal suo motivo, “possa essere considerato non imputabile al terzo” (o quanto meno scusabile e cioè meritevole di rimessione in termini *ex art. 153 comma 2 c.p.c.*). La Suprema Corte, quindi, enunciato il principio di diritto cassava la sentenza impugnata e rinviava al giudice di pari grado affinché verificasse sulla base delle circostanze allegate dall’opponente, se la revoca della dichiarazione positiva, tempestivamente resa prima dell’ordinanza di assegnazione del credito, fosse frutto di errore scusabile e in quanto tale efficace.

Riassunto, dunque, il giudizio davanti al giudice del rinvio, esso rigettava nuovamente l'opposizione con sentenza 25 giugno 2022, perché l'errore invocato dal Ministero non poteva ritenersi scusabile. In primo luogo, si rilevava che le ragioni addotte a giustificazione della revoca della dichiarazione, attinenti alla perenzione amministrativa del credito, denotavano la ricorrenza di un errore di diritto, come tale inescusabile, fermo restando, inoltre che non corrispondendo la perenzione "all'istituto civilistico dell'estinzione per prescrizione ex art. 2935 c.c." siffatta evenienza non aveva reso inesigibile il credito. Del resto, neppure la temporanea inesigibilità del credito¹¹ sarebbe stata di ostacolo all'assegnazione, purché il credito risultasse riconducibile "ad un rapporto giuridico identificato e già esistente". In secondo luogo, quand'anche volesse configurarsi l'errore come di fatto, esso comunque non risultava scusabile atteso che "l'ammontare cospicuo delle somme di denaro di cui trattasi, la contabilità riferita ai pagamenti eseguiti fino al mese di aprile 2011 e la perenzione amministrativa, peraltro divenuta triennale con l'entrata in vigore della l. finanziaria del 2008, delle somme iscritte in bilancio a quel titolo" costituivano tutte "circostanze conosciute o quantomeno conoscibili usando la diligenza ordinaria" da parte del Ministero, già prima che lo stesso rendesse la dichiarazione in data 20 febbraio 2012.

Contro la seconda sentenza di rigetto dell'opposizione agli atti, che ancora una volta aveva confermato l'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c. a definizione della procedura esecutiva presso terzi intrapresa dalla società C (creditore pignorante) contro la società B (debitore esecutato) presso il Ministero (terzo pignorato) e nella quale erano intervenuti altri creditori del medesimo debitore, il terzo proponeva un altro ricorso per cassazione che veniva rigettato con ordinanza n. 23936 del 5 settembre 2024.

La Corte di Cassazione in quest'ultimo provvedimento affermava che una volta ricondotta l'ammissibilità di una revoca/rettifica della dichiarazione del terzo alla ricorrenza di un'ipotesi di rimessione in termini, da ciò derivano una serie di conseguenze: 1) qualificato come "di diritto" l'errore invocato come scusabile dal Ministero, per ciò solo deve escludersi la possibilità di applicare l'art. 153 comma 2 c.p.c., visto che l'istituto della rimessione in termini, previsto da tale norma "trova applicazione, alla luce dei principi costituzionali di tutela delle garanzie difensive e del giusto processo, in caso di decadenza dai poteri processuali interni al giudizio o a situazioni esterne al suo svolgimento", ma "non anche in caso di decadenza conseguente ad errore di diritto"; 2) la correttezza della conclusione della inescusabilità dell'errore non muta ove si ritenga che esso, nel caso di specie presenti natura di errore "di

¹¹ A tal proposito v. Cass., 15 marzo 2004, n. 5235, secondo la quale l'esigibilità del credito non è condizione della sua pignorabilità, poiché oggetto dell'espropriazione forzata non è tanto un bene suscettibile di esecuzione immediata quanto una posizione attiva dell'esecutato, cosicché può configurarsi anche con riguardo a crediti illiquidi o condizionati, ma suscettibili di una capacità satisfattiva futura, concretamente prospettabile al momento dell'assegnazione.

fatto". Invero, l'istituto della rimessione in termini "richiede pur sempre che vi sia una causa non imputabile, riferibile ad un evento che presenti il carattere dell'assolutezza, e non già una impossibilità relativa, né tantomeno una mera difficoltà, e che sia in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza in questione". Deve, dunque, trattarsi di "un fatto ostativo che risulti oggettivamente estraneo alla volontà della parte e che dalla stessa non risulti governabile neppure con difficoltà". Secondo la Corte a questi principi si era attenuta la sentenza impugnata per escludere la scusabilità dell'errore, perché tutte le circostanze dedotte dal terzo per giustificare la rettifica della precedente dichiarazione positiva, oltre ad essere conosciute o conoscibili usando l'ordinaria diligenza, al più integravano quella situazione di "difficoltà" (e non certo di "assoluta impossibilità"), inidonea a consentire l'applicazione dell'art. 153 comma 2 c.p.c.

Per mero dovere di completezza, ma non perché abbia un peso ai fini del presente lavoro, va anche detto che in pendenza del giudizio di opposizione agli esecutivi veniva dichiarato il fallimento della società B (debitore esecutato).

Volendo, allora, riepilogare la complessa vicenda sopra descritta possiamo così riassumere l'accaduto: a seguito di un'ordinanza di assegnazione del credito ex art. 553 c.p.c. emanata dal g.e. sulla base di una dichiarazione palesemente positiva resa dal terzo pignorato tramite raccomandata al creditore, il terzo medesimo proponeva opposizione agli atti esecutivi facendo valere la "revoca" della stessa avvenuta con nota scritta inviata al creditore e ribadita all'udienza ex art. 547 c.p.c., e comunque prima dell'emanazione dell'ordinanza. La suddetta opposizione ex art. 617 c.p.c. veniva rigettata, ritenendo il Tribunale che la dichiarazione positiva sia equiparabile ad una confessione e pertanto possa essere revocata soltanto se ricorrono i presupposti di cui all'art. 2732 c.c. (errore di fatto o violenza) che nel caso di specie non erano stati provati dal terzo pignorato opponente. Contro questa sentenza il terzo proponeva ricorso per cassazione che veniva accolto sulla base del principio che il terzo possa rettificare la propria dichiarazione prima della conclusione dell'udienza fissata per l'assegnazione del credito, laddove essa sia frutto di un errore scusabile.

Riassunto perciò il processo in sede di rinvio, in seguito alla cassazione della sentenza impugnata, il giudice del merito si pronunciava ancora nel senso del rigetto della opposizione agli atti questa volta perché non si riscontravano nella fattispecie in esame gli estremi dell'errore scusabile, cioè di un errore che giustificerebbe l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini ai sensi dell'art. 153 comma 2 c.p.c. Anche tale pronuncia veniva impugnata dal terzo con ricorso per cassazione, rigettato in quanto dice la Corte la revoca è legittima purché l'errore sia scusabile e non imputabile al terzo, e tale valutazione deve essere effettuata alla luce dell'art. 153 comma 2, il quale richiede che la causa dell'errore sia esterna e oggettivamente non governabile dalla parte coinvolta (e peraltro, un errore di diritto, come

sembra essere quello in questione, non è idoneo a consentire la revoca della dichiarazione né giustifica la rimessione in termini).

Orbene, per quello che qui interessa, nel 2019 la Corte di cassazione si è espressa nel senso della possibilità di una revoca o meglio di una rettifica della dichiarazione positiva del terzo, chiarendo soprattutto i modi e i tempi in cui ciò possa avvenire. Il tema è tra quelli più interessanti nell'ottica della tutela del terzo *debitor debitoris* e della sua connotazione come "infelice vittima" della giustizia, a cui si era fatto riferimento in premessa. Occorre perciò analizzare più nel dettaglio la pronuncia della Suprema Corte.

3. La sentenza della Corte di cassazione n. 5489 del 26 febbraio 2019 e le sue molteplici statuizioni

La sentenza¹² in oggetto è particolarmente interessante sotto diversi aspetti.

In via preliminare chiarisce che, pur essendo vero che sopravvenuto il fallimento del debitore esecutato i creditori, in rispetto della *par condicio creditorum*, non possono più pretendere il pagamento dell'ordinanza di assegnazione e il pagamento eventualmente effettuato in loro favore è inefficace, non per questo però viene meno l'interesse del terzo all'accertamento della illegittimità della suddetta ordinanza. Infatti, si osserva, i creditori potranno sempre insinuarsi al passivo del fallimento affinché si tenga conto, nel riparto, della ordinanza di assegnazione emessa in loro favore e sarà la curatela fallimentare che potrà chiedere al terzo di pagare l'importo indicato¹³.

Rigettando poi il motivo di ricorso incidentale proposto dal debitore fallito, afferma che l'ordinanza di assegnazione del credito, costituendo l'atto conclusivo del procedimento di esecuzione forzata per espropriazione di crediti, ha natura di atto esecutivo e, pertanto, va impugnata con il rimedio dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* Andrebbe impugnata con l'appello, come sostenuto dal ricorrente incidentale, soltanto nei casi in cui "il contenuto di tale ordinanza, esulando da quello ad essa proprio, decida questioni che integrano l'oggetto tipico di un procedimento di cognizione"¹⁴, cosa che nel caso di specie non era avvenuta perché il g.e. non aveva svolto alcun accertamento sulla esistenza del credito, ma ritenendo inefficace la revoca della dichiarazione positiva aveva assegnato il credito sulla base di essa.

Con tale assunto la sentenza in esame ripropone un orientamento da anni consolidato secondo cui l'ordinanza di assegnazione del credito, in quanto atto del processo esecutivo, costituisce possibile oggetto di opposizione agli atti; quante volte l'ordinanza non abbia quale

¹² Pubblicata in *Riv. esec. forz.*, 2019, p. 461 e in *Corr. giur.*, 2019, p. 951, con nota di G. TOTA, *Questioni in tema di revoca della dichiarazione resa dal debitor debitoris nell'espropriazione forzata presso terzi*.

¹³ Sul tema specifico la Corte ricorda due precedenti: Cass., 22 gennaio 2016, n. 1227 e Cass., 6 settembre 2007, n. 18714.

¹⁴ Tra le tante v. Cass., 9 marzo 2011, n. 559.

suo esclusivo presupposto la dichiarazione positiva o quella non contestatamente negativa del terzo, ma comporti da parte del g.e. la soluzione o l'implicito superamento di una contestazione insorta circa l'esistenza o pignorabilità del credito, nel provvedimento è implicita una pronuncia avente natura di sentenza, che dovrà essere impugnata nei modi resi necessari dalla controversia risolta.

3.1 Brevi considerazioni sul regime dell'ordinanza di assegnazione dei crediti

Premessa la suesposta posizione della Corte di Cassazione, ribadita ancora una volta nel 2019 con la pronuncia in esame, è opportuno fare una serie di distinzioni.

a) Può capitare che il g.e., in funzione del provvedimento di assegnazione che gli è stato richiesto dal creditore procedente, debba verificare se, per come è stata resa, la dichiarazione è negativa o positiva. In tal caso l'eventuale ordinanza di assegnazione non contiene una pronuncia di accertamento dell'esistenza dell'obbligo del terzo, ma semplicemente della circostanza che è stata resa una dichiarazione positiva. Da ciò segue che l'ordinanza medesima non è suscettibile di appello come se fosse una sentenza e va, invece, attaccata con l'opposizione agli atti, con la quale si potrà dedurre il vizio rappresentato dalla mancanza di quel necessario presupposto del provvedimento di assegnazione, costituito dall'essersi il terzo dichiarato debitore;

b) Diverso è il caso in cui il g.e. – sollecitato dalle contestazioni del creditore, che non propone formale istanza per l'instaurazione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, circa il contenuto della dichiarazione resa dal terzo – per emettere l'ordinanza debba stabilire, anche solo implicitamente, se le affermazioni del terzo siano in fatto corrispondenti al reale e in diritto fondate, e quindi tali da comportare l'inesistenza del credito del debitore esecutato nei suoi confronti. In tale evenienza, in passato (cioè nel vigore del vecchio art. 548 c.p.c.) si riteneva che l'ordinanza andasse considerata alla stregua di una sentenza che affermava l'esistenza del credito, appellabile in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma¹⁵. Oggi che l'accertamento è riservato al g.e. che, compiuti i necessari accertamenti nel contraddittorio tra le parti e il terzo, pronuncia ordinanza (art. 549 c.p.c.) impugnabile nelle forme e nei termini dell'art. 617 c.p.c., probabilmente è una tesi difficile da sostenere.

Resta, tuttavia, che l'attività puramente esecutiva (i.e.: interpretazione della dichiarazione del terzo) svolta dal giudice nella prima ipotesi, è intrinsecamente diversa da quella

¹⁵ P. GRIPPO, *Ancora sulla natura e sul regime dell'ordinanza di assegnazione dei crediti. Nota a Cass. 4 gennaio 2000, n.14*, in *Riv. esec. forz.*, 2001, p. 639, si trattava all'epoca di un accertamento riservato, ai sensi dell'art. 548 c.p.c., al giudice della cognizione e destinato a concludersi con sentenza. Più in generale sul tema della prevalenza della sostanza sulla forma v. R. ORIANI, *Essere e dover essere nell'impugnazione dei provvedimenti del giudice civile*, Napoli, 2023.

sostanzialmente cognitiva (i.e.: accertamento dell'esistenza o meno del credito dell'esecutato) che sta alla base dell'ordinanza di assegnazione nella seconda. Si tratta di una differenza "millimetrica" ma pur sempre individuabile.

c) Ancora diversa dalle due ipotesi sopra prospettate, è la fattispecie da cui è scaturita la sentenza di cui si discute. Qui si tratta di un caso in cui la dichiarazione del terzo era senza alcun dubbio positiva, intorno alla quale non era sorta contestazione alcuna, pertanto l'ordinanza basata su quella dichiarazione era senz'altro legittima se non fosse che il terzo debitore opponente affermava di averla efficacemente revocata prima dell'emanazione del provvedimento di assegnazione, il quale quindi era privo del suo presupposto.

Essendo, allora, pacifico con riferimento a questa ipotesi il rimedio dell'opposizione agli atti, il problema affrontato e risolto dalla Corte di Cassazione diventa quello della possibilità di revocare o meglio avere un ripensamento sulla dichiarazione positiva originariamente resa. E questo rappresenta il tema principale su cui soffermarci nelle pagine che seguono.

4. La revocabilità della dichiarazione positiva

Una precisazione terminologica a questo punto si impone: la parola revoca non è usata in senso tecnico "perché la revoca della dichiarazione postula l'esistenza di un negozio giuridico e si concreta in un atto di volontà contrario al primo e ispirato ad una nuova valutazione degli effetti giuridici scaturiti dal primo"¹⁶. Ciò detto si parlerà di revoca solo per comodità espositiva, senza per questo alludere al suo significato giuridico (da qui la ragione per cui talvolta viene messa tra virgolette).

Nella sentenza si legge che, come già affermato dalla precedente Cass. 25 maggio 2017, n. 13143¹⁷, a prescindere dalla "querelle" sulla natura della dichiarazione, se cioè si tratti di vera e propria confessione giudiziale, di ricognizione di debito o di mera dichiarazione di scienza, è unanime l'orientamento favorevole alla sua revocabilità, benché in genere ancorata ai presupposti dell'esistenza dell'errore di fatto o della violenza. Non altrettanto univoche appaiono, invece, le posizioni in relazione ai modi e ai tempi per esercitare la revoca. E cioè: secondo alcuni, poiché la dichiarazione ha natura di atto esecutivo, essa deve essere autonomamente impugnata dal terzo con opposizione agli atti entro il termine di venti giorni pena l'inoppugnabilità e la definitiva stabilità degli effetti; secondo altri la dichiarazione del terzo può essere impugnata solo con l'opposizione avverso l'ordinanza di assegnazione che la recepisce; secondo altri ancora, il terzo resosi conto dell'errore avrebbe l'onere di revocare

¹⁶ A. ALBAMONTE, *La natura giuridica della dichiarazione nel pignoramento presso terzi*, in *Nuovo dir.*, 1973, p. 330.

¹⁷ In senso conforme Cass., 5 maggio 2017, n. 10912.

immediatamente la propria dichiarazione positiva, proponendo eventualmente opposizione ex art. 617 c.p.c. avverso l'ordinanza emessa nonostante l'avvenuta revoca.

Orbene, quest'ultima impostazione secondo il Supremo Collegio è quella preferibile perché in primo luogo è da escludere che la dichiarazione sia direttamente impugnabile con l'opposizione del 617 c.p.c. in quanto proviene da un soggetto che non è parte in senso tecnico del procedimento esecutivo (essendo estraneo ai vincoli derivanti dal titolo azionato). Neppure si può ritenere che la dichiarazione sia revocabile soltanto a mezzo della opposizione contro l'ordinanza di assegnazione: "sostenere che il terzo che si avveda della erroneità della propria dichiarazione debba attendere l'emissione della ordinanza di assegnazione comporterebbe in primo luogo una inutile dilatazione, a pregiudizio degli stessi creditori, dei tempi per ottenere la soddisfazione del credito azionato e una moltiplicazione ingiustificata degli strumenti processuali. Inoltre sotto un profilo teorico, consentirebbe l'impugnazione ex art. 617 c.p.c. di un provvedimento del giudice dell'esecuzione per una ipotesi in cui l'errore del giudice manca e ci sia invece, esclusivamente, un errore del terzo sulla dichiarazione". Per cui "è di gran lunga più ragionevole" ammettere che il terzo, il quale abbia reso la sua dichiarazione tramite raccomandata, come nel caso di specie, o all'udienza, se si accorge di essere incorso in un errore, si attivi immediatamente rettificando o revocando la dichiarazione positiva. Solo nel caso in cui il g.e. non ne tenga conto, ritenendo la revoca inammissibile o non giustificata, e perciò emani ugualmente l'ordinanza di assegnazione, il terzo sarà legittimato e "al contempo onerato" della proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi.

Arrivati a questo punto rimangono da chiarire due aspetti: 1) quale sia il termine entro il quale la seconda dichiarazione correttiva o di revoca della precedente possa essere resa; 2) quale sia il possibile contenuto di tale dichiarazione, se cioè la prima dichiarazione positiva possa essere liberamente modificata e revocata dal terzo o soltanto al verificarsi di taluni presupposti.

Per quanto riguarda il punto sub 1) come chiarito espressamente in sentenza la soluzione prospettata si riferisce al regime intertemporale applicabile dopo le riforme del 2005-2006 e prima delle modifiche del 2012, quando esisteva ancora l'udienza fissata per la dichiarazione del terzo. Si sostiene, allora, che l'udienza suddetta in base alla versione dell'art. 547 c.p.c. precedente a quanto introdotto nel 2012, va intesa come "un'unità concettuale più che uno spazio temporale individuato". Se le attività previste per tale udienza non si concludono in un unico spazio di tempo, l'udienza può essere rinviata ad altra data (come si è verificato nel caso di specie, in cui il giudice in seguito all'intervento di terzi creditori, ha rinviato per verificare titoli e conteggi) in cui l'attività prosegue. Finché il giudice non dichiara chiusa l'udienza per la dichiarazione del terzo e l'assegnazione del credito, finché quindi non c'è l'emanazione dell'ordinanza, la dichiarazione è revocabile: "a partire da quel momento si consolida una

legittima posizione processuale di vantaggio o quanto meno di ragionevole affidamento nella situazione acquisita dal creditore, che non è consentito porre nel nulla dal complessivo bilanciamento degli interessi in gioco con una revoca della dichiarazione positiva, tanto più in un procedimento in cui non c'è un vero contraddittorio".

In buona sostanza, la revoca è ammessa fino a quando l'aspettativa del creditore non sia consolidata, ossia fino all'udienza al cui esito il g.e. emette l'ordinanza di assegnazione, contestualmente o previa riserva di decisione¹⁸.

Nel quadro normativo a cui fa riferimento la sentenza di cui si discute, non sembrano esserci particolari problemi nell'ammettere un ripensamento del terzo volto a rimettere in discussione l'esistenza del credito riconosciuto, e ciò a prescindere dalla natura attribuita alla dichiarazione. Dopo l'introduzione della dichiarazione a mezzo raccomandata, il dubbio che non ci fosse più una udienza, nella quale il terzo comparendo potesse fornire la prova dell'inesistenza del debito precedentemente riconosciuto, era stato agevolmente superato visto che l'art. 543 c.p.c. continuava a prevedere la citazione del terzo a comparire lasciando inalterata la centralità dell'udienza, in una ricostruzione complessiva che dopo la riforma del 2005-2006 introduceva una facoltà e non un obbligo per il terzo di rendere la dichiarazione per iscritto. In altre parole, non parevano esserci ostacoli per ritenere che il terzo potesse comparire all'udienza per rendere la dichiarazione (non usufruendo dell'agevolazione rappresentata dall'invio della comunicazione scritta), per modificare in conseguenza di fatti sopravvenuti quanto dichiarato per iscritto o ancora per correggere eventuali errori in cui era incorso nella precedente comunicazione e persino per dar conto della sopravvenuta insorgenza di un credito¹⁹.

Tuttavia, com'è noto, dopo il 2012 le cose sono cambiate: oggi l'unica forma di dichiarazione contemplata dal codice è quella scritta da inviare al creditore tramite raccomandata o pec; la citazione del terzo pignorato è definitivamente scomparsa dall'art. 543 c.p.c. Il mancato invio della comunicazione scritta, seguito dall'assenza all'udienza appositamente fissata per rimediare alla mancata collaborazione del *debitor debitoris* all'accertamento del credito da pignorare è sanzionata con gli effetti che scaturiscono dall'applicazione del principio della non contestazione.

Ebbene mutato il quadro normativo di riferimento, pare legittimo domandarsi se la ricostruzione fornita nel 2019 dalla Suprema Corte sia ancora percorribile oppure se i tempi e i modi della "revoca" della dichiarazione debbano essere rimeditati.

¹⁸ In questo senso già Cass., 25 maggio 2017, n. 13143, ricordata da Cass., 26 febbraio 2019, n. 5489.

¹⁹ A. BRIGUGLIO, *Note brevissime sull' "onere di contestazione" per il terzo pignorato (nuovo art. 548 c.p.c.)*, in www.judicium.it.

Ed allora potrebbe forse essere ripresa in considerazione una tesi a cui la Corte non fa alcun accenno. Secondo un certo orientamento dottrinale, partendo dal dato letterale del vecchio art. 548 c.p.c. e oggi dell'art. 549 c.p.c. "se sulla dichiarazione sorgono contestazioni", espressione che sembra consentire le contestazioni dello stesso dichiarante oltre che quelle degli altri interessati (creditore e debitore), bisognerebbe non solo riconoscere anche al terzo la facoltà di contestare la propria dichiarazione, salvo vedere in che limiti e a quali condizioni, ma soprattutto inquadrare la sua iniziativa nell'ambito dell'art. 548 c.p.c.²⁰ oggi 549 c.p.c., ossia riconoscere anche al *debitor debitoris* la possibilità di instaurare il giudizio di accertamento dell'esistenza dell'obbligo. Tale soluzione trova un ostacolo nella diffusa opinione secondo cui il terzo non potrebbe instaurare il giudizio di accertamento perché non essendo parte del processo esecutivo non rientra nella previsione dell'art. 548 (attuale 549 c.p.c.) che richiede espressamente l'istanza "di parte"²¹. Ostacolo, tuttavia, superabile pensando che sarà sempre il creditore, intervenuta la contestazione del terzo, ad instaurare il relativo giudizio di accertamento.

In ultima analisi le soluzioni sarebbero tre:

- a) La contestazione fatta dal terzo pignorato della propria dichiarazione positiva si deve inquadrare nell'ambito dell'art. 548 c.p.c. (attuale 549 c.p.c.), quindi revocare significa instaurare il giudizio di accertamento previsto da tale norma;
- b) La dichiarazione, in quanto atto del processo esecutivo può essere impugnata con l'opposizione ex art. 617 c.p.c., cioè con lo strumento attraverso il quale è consentito dedurre qualsiasi vizio degli atti esecutivi;
- c) La revoca consiste in una contro dichiarazione di contenuto negativo, che inibisce al g.e. di procedere all'assegnazione. Rimane, peraltro fermo il potere del creditore di promuovere il giudizio di accertamento, nell'ambito del quale il terzo dovrà dimostrare l'errore o la violenza, per chi ritiene applicabile l'art. 2732 o comunque l'errore scusabile come sostenuto dalla sentenza in oggetto.

Tutte e tre le tesi presentano dei limiti: la prima fa sorgere il dubbio, di cui si è detto, circa la possibilità per il terzo di presentare l'istanza per l'instaurazione del giudizio di accertamento; la seconda, il dubbio che a ben vedere l'atto che reca pregiudizio al terzo non è tanto, o non è ancora, la dichiarazione positiva da lui stesso resa, ma senz'altro l'ordinanza che dispone l'assegnazione sulla base del presupposto dell'esistenza di un credito del debitore esecutato nei suoi confronti; la terza, fa emergere il problema concernente il termine della proposizione

²⁰ F. BUCOLO, *Il pignoramento e il sequestro presso il terzo*, Padova, 1986, p. 272 ss.

²¹ Sul tema v. P. GRIPPO, *La dichiarazione positiva del terzo debitor debitoris nell'espropriazione dei crediti*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Raimondo Annetchino*, Napoli, 2005, p. 351 ss.

dell'istanza, su cui la legge tace²², nonché la perplessità legata al fatto che oggetto di tale giudizio è soltanto l'accertamento del credito e non la natura positiva o negativa della dichiarazione, come si chiarirà meglio *infra* nel testo e nella nota 23.

Riepilogando, il tema che stiamo esaminando esula, almeno in prima battuta – e del resto questa è la posizione espressa anche dalla Corte di Cassazione – dalle conclusioni circa la natura della dichiarazione perché sia che la si ritenga revocabile solo nei limiti dell'art. 2732 c.c. (come confessione o mera dichiarazione di scienza) o invece se ne affermi l'efficacia fino a prova contraria (in quanto ricognizione di debito), ci si deve chiedere in che modo la revocabilità possa esplicarsi nel processo esecutivo. E' evidente, infatti, che non basta affermare che la dichiarazione può essere revocata per mettere a tacere tutti i dubbi in ordine alla tutela del terzo, se poi non si vede concretamente di quali mezzi egli può disporre. Sicuramente, come dimostrato anche dalla sentenza che qui si sta commentando, è ormai pacifico che il terzo possa proporre opposizione avverso l'ordinanza di assegnazione emanata sulla base della precedente dichiarazione positiva che lui intenda rettificare. Tuttavia, questa soluzione finisce per accomunare le diverse ipotesi (della dichiarazione positiva e di quella negativa) in cui il terzo voglia far valere l'illegittimità del provvedimento che chiude il processo esecutivo in cui suo malgrado si è trovato invischiato. Per ridare consistenza alla "revoca" della dichiarazione positiva prima dell'assegnazione che, nella ricostruzione di cui sopra, invece, rimane assorbita dalla possibilità di proporre opposizione contro il provvedimento finale dell'espropriazione, occorre ammettere la possibilità di una sorta di contestazione tardiva del credito, che sostanziosamente in una dichiarazione di segno opposto rispetto alla prima, fa sorgere la necessità di un accertamento circa l'esistenza del diritto del debitore esecutato nei confronti del terzo e giustifica da parte del creditore l'instaurazione del relativo giudizio²³. Tutto ciò nel rispetto di quanto sostenuto dalla Corte di cassazione²⁴, secondo cui "laddove il

²² Anche riguardo a quest'ultimo problema v. P. GRIPPO, *op. ult. cit.*, p. 357 ss.

²³ Sul punto va segnalata Cass. 14 maggio 2021, n. 13144. Nel caso di specie, sorte contestazioni sulla dichiarazione resa dal terzo, il creditore aveva promosso il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo ai sensi dell'art. 549 c.p.c., nella formulazione vigente anteriormente al 2012, pertanto conclusosi tale giudizio con sentenza, in seguito all'appello contro la medesima veniva proposto ricorso per cassazione. Orbene, la Suprema Corte, accogliendo i motivi di ricorso, affermava innanzitutto che "con riguardo alla questione relativa alla rettifica della dichiarazione di quantità, va data continuità ai principi di diritto affermati da questa Corte, secondo i quali la dichiarazione di quantità resa in senso positivo dal terzo pignorato per errore di fatto può essere oggetto di rettifica o revoca fino al momento in cui venga resa l'ordinanza di assegnazione". E fin qui nulla di nuovo. Con specifico riferimento alla controversia esaminata, tuttavia riteneva che "la questione relativa alla possibilità di revoca o rettifica, prima dell'assegnazione dei crediti pignorati, della dichiarazione di quantità resa erroneamente in senso positivo, è una questione attinente al regolare svolgimento del processo esecutivo, del tutto estranea all'oggetto del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, la cui instaurazione presuppone che essa sia stata già risolta in un determinato senso dal giudice dell'esecuzione".

²⁴ Cass., 14 maggio 2021, n. 13144, cit.

giudice dell'esecuzione ritenga inammissibile la rettifica o la revoca della dichiarazione positiva originariamente resa dal terzo, egli provvederà all'assegnazione dei crediti pignorati, nei limiti di detta dichiarazione positiva, senza far luogo al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo; al contrario, nel caso in cui la ritenga ammissibile, ritenuta la dichiarazione negativa, su richiesta del creditore procedente, disporrà tale giudizio". In altre parole, la valutazione del carattere negativo o positivo della dichiarazione (e della conseguente esistenza o meno dei presupposti per disporre il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo) spetta al g.e., nell'ambito dell'esercizio dei suoi poteri di direzione del processo esecutivo, la cui legittimità può essere contestata esclusivamente attraverso lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. La correttezza di tale valutazione non rientra nell'oggetto del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, che è esclusivamente diretto ad accertare, sul piano sostanziale, la sussistenza o meno del credito oggetto di espropriazione al momento del pignoramento e non la legittimità o regolarità degli atti esecutivi, neanche quindi la corretta qualificazione del carattere negativo o positivo della dichiarazione da parte del g.e. Il problema, allora, nella vicenda affrontata dalla sentenza del 2021 che ora si considera, era stato che avendo ritenuto il g.e. la dichiarazione negativa (sul presupposto della legittimità della rettifica) era stato instaurato il giudizio di accertamento e non (anche) l'opposizione avverso il provvedimento che qualificava tale dichiarazione come negativa. Non potendo costituire oggetto di tale giudizio l'accertamento del carattere positivo o negativo della dichiarazione, la natura della dichiarazione doveva considerarsi ormai incontestabilmente negativa e pertanto compito del giudice, era solo quello di accertare l'esistenza del credito dell'esecutato verso il terzo. Nella diversa fattispecie considerata dalla sentenza del 2019, il terzo accortosi dell'errore, aveva prima corretto la sua precedente dichiarazione e poi comunque proposto l'opposizione agli atti contro il provvedimento che non avendo recepito la correzione aveva provveduto ad assegnare i crediti.

In conclusione, a me pare che nel mutato quadro normativo di riferimento, tale revoca andrebbe fatta nella stessa forma scritta oggi prevista per la dichiarazione ai sensi dell'art. 547 c.p.c., e purché pervenga prima dell'ordinanza priverebbe la stessa del suo necessario presupposto. In altri termini, non mi sembra necessario ancorare la revoca ad una udienza a cui il terzo non è più chiamato a partecipare, ma si può ben ammetterla nelle stesse modalità oggi contemplate dalla legge. Del resto questo è quello che è accaduto nella vicenda da cui siamo partiti. Considerato poi, che la dichiarazione del terzo si colloca nell'ambito di un accertamento preliminare all'assegnazione - accertamento dell'esistenza del credito che si pretende di pignorare e di destinare alla soddisfazione del creditore procedente, avente

efficacia limitata all'esecuzione e tuttavia indispensabile per essa²⁵ - se viene meno per effetto della "revoca" della precedente dichiarazione, questo giustifica da un lato l'instaurazione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo e dall'altro l'opposizione avverso il provvedimento di assegnazione illegittimo perché non fondato su alcun accertamento.

Rimane da chiedersi se il ripensamento del terzo possa avvenire senza alcun limite e questo è quanto occorre affrontare sub 2). Sostiene la Corte di cassazione che, prendendo le mosse dal rilievo endoprocessuale che assume la dichiarazione del terzo, come fase necessaria del procedimento che porta all'assegnazione del credito, ne consegue che si ritiene più appropriato "predicare alla dichiarazione del terzo", per valutarne la revocabilità, le categorie processuali piuttosto che quelle sostanziali, lasciando sullo sfondo la problematica della natura giuridica dell'atto²⁶. Così inquadrata la problematica, la dichiarazione del terzo è pur sempre un atto cosciente e volontario, dal quale scaturiscono, per lo stesso terzo e per tutti i soggetti coinvolti nella procedura espropriativa, effetti significativi. Per questo motivo, e per il principio di buona fede e di autoreponsabilità che regola anche il comportamento processuale delle parti, non si può ritenere ammissibile una revoca *ad nutum* purché

²⁵ Si è osservato che la cognizione del g.e., che nelle altre forme di esecuzione è programmaticamente bandita dal legislatore, appare presentarsi nell'espropriazione presso terzi come evento del tutto fisiologico e naturale: poiché l'invito al terzo a rendere la dichiarazione è un momento necessario della procedura, è fisiologico che il g.e. che ne è il destinatario, attraverso la dichiarazione del terzo conosca l'esistenza del credito e se positiva accerti tale esistenza (R. VACCARELLA, *Espropriazione presso terzi*, in *Dig. It.*, VIII, Torino, 1992, p. 103).

²⁶ A tal riguardo in P. GRIPPO, *La dichiarazione positiva*, cit., p. 360 ss. scrivevo che di fronte ad un ampio dibattito intorno alla natura della dichiarazione, non si è potuto fare a meno di sottolineare l'incongruenza che si scopre nel constatare che tutti gli sforzi compiuti per negare la natura confessoria, svaniscono nel nulla allorché si tratta di trarre le conseguenze in merito al regime della suddetta dichiarazione del terzo. Si è visto, infatti, come l'opinione dominante è nel senso di ritenere la dichiarazione revocabile per errore di fatto o per violenza, alla stregua di una confessione vera e propria. Nel tentativo di superare una conclusione poco coerente, suggerivo di attribuire alla dichiarazione natura di riconoscimento del debito ai sensi dell'art. 1988 c.c., giacché quello che si chiede al terzo è di specificare di quali somme è debitore (art. 547 c.p.c.). A sostegno di tale ricostruzione richiamavo le parole di F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, p. 235 -236: la formula "tu mi hai prestato cento lire", in quanto ha per oggetto il fatto del prestito è confessione e fa piena prova; l'altra "io ti debbo cento lire" è ricognizione e ammette la prova contraria, prova s'intende dell'inesistenza del fatto costitutivo o dell'esistenza di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo. Facevo anche un parallelo con la cessione del credito perché, come era stato notato da R. VACCARELLA, *op. cit.*, p. 104, se è certamente vero che il legislatore può organizzare in vario modo la disciplina procedimentale, sembra indiscutibile che la disciplina processuale della cessione forzata del credito non può sovvertire i principi fondamentali di quella sostanziale della cessione volontaria, che mira a tutelare la posizione del terzo ceduto. Orbene, dalla disciplina dell'istituto della cessione così come dettata dagli artt. 1260 e 1264 c.c., si ricava che il trasferimento del credito si attua a prescindere dal consenso del debitore, il quale ultimo deve averne conoscenza affinché gli sia opponibile, attraverso un contratto bilaterale tra cedente e cessionario. L'eventuale accettazione del debitore ceduto non occorre alla formazione dell'accordo, non rende cioè il negozio plurilaterale, ma è un atto unilaterale che integra un riconoscimento del debito verso il nuovo creditore. E concludevo in quella sede affermando che le similitudini tra l'accettazione del debitore ceduto e la dichiarazione positiva del terzo pignorato sembravano così evidenti che non occorreva aggiungere altro.

intervenga in un qualsiasi momento precedente all'assegnazione del credito. "Dal momento in cui la dichiarazione attinge la sfera giuridica del terzo, provocando un affidamento tutelabile, non può essere liberamente modificata (una libera modifica, incondizionata sarebbe quella che si limita a riferire l'esistenza di un errore)". Non rileva però neppure in sé il motivo che ha prodotto l'errore, ovvero la ragione che ha portato il terzo a formulare la dichiarazione erronea e quindi la allegazione e la prova della circostanza e dell'accadimento che abbia comportato il verificarsi di un errore di fatto sulla dichiarazione.

Ciò che rileva è che l'errore²⁷ di cui è frutto la dichiarazione possa essere considerato non imputabile al terzo o che quanto meno possa essere considerato scusabile ovvero meritevole di remissione in termini. "Si tratta di un principio generale, espresso dall'art. 153 comma 2 c.p.c., che consente di raggiungere un punto di equilibrio, espressione del dovere di leale cooperazione che grava non solo sul terzo, ma su tutti i soggetti coinvolti nella procedura esecutiva, e quindi anche sui creditori, e che può consentire di non privilegiare il creditore, per l'affidamento ingeneratosi su una dichiarazione positiva, ma erronea, qualora l'errore in cui è incorso il terzo dichiarante sia scusabile".

5. Conclusioni

La questione della natura della dichiarazione²⁸ passa in secondo piano di fronte al problema fondamentale di stabilire in che modo il terzo possa disconoscere la propria dichiarazione positiva, anche se soltanto perché dovuta ad errore di fatto o violenza. Il discorso non è semplice, perché c'è il rischio di preoccuparsi soltanto di salvaguardare le garanzie di difesa del debitore esecutato e dei terzi coinvolti, cioè di chi subisce le misure di esecuzione e da esse si difende, a scapito delle esigenze di chi nel processo agisce per ottenere tutela. Ragon

²⁷ Occorre a questo punto della trattazione evidenziare che altro e diverso problema è quello di precisare il contenuto della dichiarazione del terzo, sotto il profilo dell'onere del dichiarante di enunciare le cause estintive del credito verificatesi in epoca anteriore al pignoramento. Si parla al tal proposito di "efficacia purgativa" della dichiarazione, nel senso che essa se positiva e non contestata precluderebbe al terzo debitore di far valere quelle eccezioni che non siano state dedotte in sede di dichiarazione e che, invece, sarebbe stato nel suo interesse dedurre, in virtù dell'efficacia dei fatti estintivi o impeditivi in pregiudizio dell'espropriazione in corso. Insomma, mentre l'enunciazione dei sequestri e delle cessioni sarebbe imposta al terzo per la tutela del sequestrante e del cessionario, per cui si ritiene che egli se omette la menzione ne risponde in proprio verso il sequestrante, la menzione del fatto estintivo o impeditivo del credito rappresenterebbe un onere per il dichiarante, in quanto l'omissione ne precluderebbe definitivamente la rilevanza processuale con effetti sfavorevoli per lo stesso terzo debitore. Risale a V. ANDRIOLI, *Il diritto di credito come oggetto dell'esecuzione forzata*, in *Foro. It.*, 1941, c. 11, l'affermazione secondo cui il terzo "è tenuto a dichiarare tutte le cause di estinzione del credito anteriori al pignoramento", altrimenti "non può più opporle al creditore procedente se non provi l'errore di fatto quale motivo di revoca della confessione". Sul tema qui in oggetto e in particolare sull'estensione o meno dell'onere della dichiarazione anche alle vicende estintive operanti *ipso iure*, si rinvia a P. GRIPPO, sub *art.547*, cit., p. 2297 ss.

²⁸ V. quanto detto sub nota 26.

per cui, di fronte alla propensione a lasciare al terzo la più ampia possibilità di ripensamento, si pone la perplessità di immaginare che sia sufficiente che il *debitor debitoris* cambi idea per arrestare un meccanismo che egli stesso aveva contribuito a innestare con la propria dichiarazione positiva. Tuttavia, un problema di disconoscimento esiste, perché nel momento in cui il terzo mette in dubbio l'esistenza del diritto del debitore esecutato nei suoi confronti, viene meno quella "qual certezza" su cui si fonda tutto l'impianto dell'espropriazione presso terzi. Infatti, la dichiarazione si giustifica e si colloca nel quadro di un accertamento preliminare all'assegnazione, che costituisce un requisito essenziale per la perfezione del pignoramento stesso, giacché in definitiva essa è l'equivalente dell'attività di ricerca e descrizione del bene aggredito compiuta dall'ufficiale giudiziario in caso di pignoramento mobiliare diretto²⁹. In sostanza, la dichiarazione consente di accertare ai fini esecutivi l'esistenza del credito meramente affermata dal creditore procedente e di determinarlo puntualmente, laddove il creditore può limitarsi ad una generica individuazione. La dichiarazione si caratterizza, quindi, per una duplice funzione di specificazione e di accertamento, il quale ultimo, in particolare, si impone a causa del particolare oggetto del pignoramento, rispetto a cui la semplice affermazione non è suffragata da alcuna certezza di esistenza obiettiva ed effettiva³⁰. Ciò per un verso rende il pignoramento presso terzi più complicato, per l'altro da al creditore una maggiore garanzia del proseguimento del processo esecutivo. Se, infatti, nell'espropriazione mobiliare e immobiliare, assumendo di solito l'atto espropriativo la forma della vendita, alla fine dell'esecuzione il creditore tendenzialmente otterrà lo stesso oggetto del suo diritto, cioè il danaro, nell'espropriazione di crediti, invece, procedendosi solitamente all'assegnazione, avrà non danaro, ma quel diritto di credito che ha pignorato. Ed allora, da questo punto di vista si vorrebbe che, a parte la garanzia della solvibilità del *debitor debitoris*, il creditore assegnatario fosse almeno sicuro di avere acquisito un diritto non solo esistente, ma anche certamente appartenente all'esecutato.

In conclusione a me sembra che, se il terzo dichiara di aver preso una svista, indipendentemente dal se possa farlo o meno, insinua un dubbio che il giudice non può ignorare, perché ciò significherebbe assegnare un credito non più accertato ma soltanto asserito dal creditore e che, nello stesso tempo, non può risolvere, essendo il processo esecutivo refrattario alle prove³¹. Quale che sia la natura della dichiarazione resa, i poteri del g.e. sono limitati a prenderne atto, restando escluso ogni potere di accertamento. Pertanto, venuto meno l'unico strumento cognitivo consentito in sede esecutiva, la via obbligata per

²⁹ V. COLESANTI, *Il terzo debitore*, cit., p. 380.

³⁰ S. SATTA, *Sull'assegnazione del credito nell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1931. II, p. 210.

³¹ Sul tema G. VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano, 1968, p. 126 ss.

accertare l'esistenza del credito è costituita dal giudizio, previsto oggi dall'art. 549 c.p.c. che si svolge nelle forme della cognizione sommaria e si conclude con ordinanza impugnabile con l'opposizione agli atti, da instaurarsi nei confronti del terzo.

In ultima analisi, alla luce delle considerazioni svolte e tenuto conto di quanto affermato dalla Suprema Corte nel provvedimento da cui abbiamo preso le mosse, il quadro di massima della tutela del terzo pignorato si può così delineare: prima dell'ordinanza di assegnazione egli può "revocare" la propria dichiarazione positiva deducendo non qualsiasi vizio ma l'errore scusabile (i.e. quello che giustifica la rimessione in termine ex art. 153 comma 2 c.p.c.); tale disconoscimento, in linea con quanto attualmente previsto dall'art. 547 c.p.c. potrebbe essere fatto tramite comunicazione scritta dal terzo che, dopo l'invio della raccomandata contenente la sua dichiarazione positiva si avveda di essere incorso in errore; il suddetto disconoscimento, facendo venir meno quel presupposto di certezza a fini esecutivi dell'esistenza del credito su cui si fonda l'assegnazione, comporta la necessità di instaurare il giudizio ex art. 549 c.p.c. su istanza del creditore³². Dopo l'ordinanza il terzo può senz'altro impugnare la stessa valendosi dell'opposizione agli atti, o per revocare la dichiarazione o perché il giudice ha qualificato la dichiarazione medesima positiva, laddove era negativa. Rispetto poi alla possibilità di fare appello, pure prospettata dalla Corte, per l'ipotesi in cui il provvedimento di assegnazione abbia implicitamente deciso, in senso favorevole al creditore, la contestazione della dichiarazione, a me sembra che oggi possano esserci delle perplessità visto che ai sensi dell'art. 549 c.p.c. il giudizio in cui si risolvono di regola le contestazioni insorte si chiude al termine di una cognizione sommaria con la pronuncia di una ordinanza opponibile ex art. 617 c.p.c. Tuttavia il punto andrebbe ulteriormente meditato.

Come pure in questa sede non è possibile approfondire un ultimo aspetto, se cioè la pronuncia dell'ordinanza rappresenti l'estremo limite posto all'esercizio del potere di impugnare la dichiarazione resa, per il riguardo dovuto agli effetti spiegati dal provvedimento. Occorrerebbe, in altri termini, interrogarsi sugli effetti di diritto sostanziale prodotti

³² Vista la sentenza del 2021, di cui sopra, mi preme precisare che con tale ricostruzione si intende sostenere soltanto che, venuta meno la dichiarazione positiva, non c'è più certezza sull'esistenza del credito e perciò occorre instaurare il giudizio di accertamento, nella piena consapevolezza che tale giudizio non è la sede per verificare il segno positivo o negativo della dichiarazione. Questo è compito del g.e. che emanerà un provvedimento di rigetto dell'istanza di assegnazione del credito, se ritiene la dichiarazione negativa *ab origine* oppure tale in seguito ad una efficace revoca (e per esserlo deve essere giustificata da un errore scusabile) della originaria dichiarazione positiva o di accoglimento in presenza di una dichiarazione positiva, e tanto anche perché non ha ritenuto efficace la revoca. In entrambi i casi il provvedimento potrà essere impugnato con l'opposizione agli atti esecutivi.

dall'ordinanza di assegnazione e quando se ne determini la stabilità. Ma si tratta di profili che esulano dai limiti del presente lavoro e che richiedono ulteriori indagini³³.

Invece, in relazione alla nuova disciplina della dichiarazione - in base alla quale se il creditore all'udienza di comparizione fissata nell'atto di pignoramento dichiara di non aver ricevuto la comunicazione scritta, il giudice fissa un'udienza successiva per la dichiarazione del terzo e se questi non compare o comparendo si rifiuta di fare la dichiarazione il credito pignorato nei termini indicati dal creditore si considera non contestato ai fini del procedimento in corso - si può affermare che il terzo possa rendere una dichiarazione espressa che revochi la dichiarazione presunta, ossia quella ottenuta attraverso l'applicazione dell'istituto della non contestazione (art. 548 c.p.c.), sempreché il g.e. non abbia provveduto sull'assegnazione nella medesima udienza e ovviamente fino all'adozione del provvedimento di assegnazione³⁴. Questa conclusione sembra essere confermata dalla circostanza che la disciplina prevista dall'art. 548 comma 3 c.p.c., nella sua nuova formulazione, attribuisce al terzo la facoltà di impugnare l'ordinanza di assegnazione in relazione ai vizi del riconoscimento presunto³⁵.

Paola Grippo

Ricercatrice nell'Università di Napoli Federico II

³³ Nel senso che l'ordinanza di assegnazione rappresenta l'estremo limite entro il quale l'eventuale vizio che infirma la dichiarazione (così come l'interpretazione datane dal g.e.) può essere fatto valere, non essendo consentito al terzo - una volta decorso il termine di cui all'art. 617 c.p.c. - di rimettere in discussione, in una sede dichiarativa esterna, l'esistenza del proprio obbligo di prestazione nei confronti del creditore assegnatario, si è espressa G. TOTA, *op. cit.*, p. 960.

³⁴ A. M. SOLDI, *op. cit.*, p. 1295, secondo cui una lettura costituzionalmente orientata della disciplina, deve evitare un ulteriore aggravamento della posizione del terzo inerte al quale, sembra, perciò, opportuno riconoscere lo stesso potere di revoca attribuito al terzo che ha reso la dichiarazione. In ogni caso deve consentirsi al creditore di impugnare gli atti di revoca della dichiarazione espressa o presunta con opposizione agli atti esecutivi.

³⁵ Su cui pure v. A. M. SOLDI, *op. ult. cit.*, soprattutto in ordine all'interpretazione del comma 3 dell'art. 548 c.p.c. secondo cui il terzo può impugnare l'ordinanza di assegnazione dei crediti adottata a norma del presente articolo con l'opposizione agli atti esecutivi "se prova di non averne avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o per forza maggiore", espressione letterale che ha creato molteplici problemi.

INDICE

Saggi

CARMINE GUERRA

RIFLESSIONI SU PRODUZIONE DOCUMENTALE E PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO 847

FRANCESCO CAPASSO

IL PATTO DI GESTIONE DELLA LITE: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI.....864

GIUSEPPE DELLA PIETRA

IL PROCESSO CIVILE È MORTO, VIVA IL PROCESSO CIVILE! 887

MIR GRAZIOLI

*LA GIUSTIZIA NELLA COMUNITÀ CATTOLICA DI NOMADELFIA: IL COLLEGIO DEI GIUDICI, ARBITRO
CONFESSIONALE* 893

FERRUCCIO AULETTA

ACCERTAMENTO DEL FATTO E INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL PROCESSO CIVILE 922

MARCELLO GABOARDI

LA «DOMANDA» DI ADESIONE ALL'AZIONE DI CLASSE: UN PRIMO INQUADRAMENTO DOGMATICO 1024

PAOLA GRIPPO

SULLA POSSIBILITÀ PER IL TERZO PIGNORATO DI “REVOCARE” LA DICHIARAZIONE POSITIVA.....1082

MASSIMO CIRULLI

L'ART. 380 BIS C.P.C. DOPO IL DECRETO CORRETTIVO 931

ELENA D'ALESSANDRO

UNA RICERCA EMPIRICA SUL FUNZIONAMENTO DELL'ISTITUTO DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO, A VENT'ANNI DALLA SUA ENTRATA IN VIGORE, E SULL'IMPATTO PRATICO CHE, IN PUNTO DI PROTEZIONE DEGLI ADULTI VULNERABILI, STA AVENDO LA RECENTE DEGIURISDIZIONALIZZAZIONE OPZIONALE OPERATA DALLA RIFORMA CARTABIA (ART. 21 DLGS. 149/2022).....974

ANTONELLA RAGANATI

L'UDIENZA CARTOLARE E IL RITO DEL LAVORO TRA VECCHIA E NUOVA FORMULAZIONE DELL'ART. 127-TER C.P.C. 1050

VALENTINA CAPASSO

SULL'AMBITO APPLICATIVO DELL'ART. 614-BIS C.P.C. NOVELLATO 1066

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.