

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 Finocchiario (Università degli studi di Brescia)
Professoressa Maria Francesca Ghirga (Università degli studi dell’Insubria)
Professore Andrea Graziosi (Università degli studi di Ferrara)
Professore Albert Henke (Università degli studi di Milano)
Professore Luigi Iannicelli (Università degli studi di Salerno)
Professore Gianpaolo Impagnatiello (Università di Foggia)
Professoressa Rita Lombardi (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professoressa Concetta Marino (Università degli studi di Catania)
Professore Jordi Nieva-Fenoll (Universitat de Barcelona)
Professoressa Ilaria Pagni (Università degli studi di Firenze)
Professoressa Silvia Rusciano (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professore Raffaele Santoro (Università degli studi della Campania L. Vanvitelli)
Dottore Marcello Sinisi (Presidente di sezione presso il Tribunale di Napoli)
Professore Marcello Stella (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professore Michele Vanzetti (Università degli studi di Milano)
Professoressa (aggregata) Valeria Verde (Università degli studi della Campania L. Vanvitelli)
Professore Alberto Villa (Università degli studi di Milano Bicocca)
Professore Alberto Villata (Università degli studi di Milano – Bicocca)
Dottore Sergio Zeuli (Consigliere di Stato presso la VII sezione del Consiglio)

REDAZIONE:

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



GIUSEPPE DELLA PIETRA

L'avviso al cancelliere e la dimenticanza del difensore: l'omissione non invalida la notifica dell'impugnazione

Il saggio prende spunto da un rinvio della terza sezione della Cassazione alla pubblica udienza per mostrare che l'omissione dell'avviso al cancelliere non si rende sanzionabile sol perché la notificazione dell'impugnazione proviene dal difensore, anziché dall'ufficiale giudiziario.

The essay draws on a referral to the public hearing, made by the Third Chamber of the Court of Cassation, in order to show that failure to notify the registrar cannot be sanctioned simply because the notice of appeal was served by the defence counsel, rather than by the judicial officer.

Sommario: 1. L'omissione dell'avviso come adempimento senza sanzione. – 2. Il rinvio della questione alla pubblica udienza. – 3. La rimessione nel solco della deformalizzazione del processo telematico. – 4. Il difetto di tipicità dell'ipotetica sanzione. – 5. L'incapacità dell'omissione d'incidere sullo scopo. – 6.- La validità della notifica anche alla luce dell'art. 159 c.p.c. – 7. – Auspicio finale

1. L'omissione dell'avviso come adempimento senza sanzione

Figura nel codice di procedura civile una norma fra le più neglette fino a ieri da giudici e avvocati: l'art. 123 delle disposizioni di attuazione. Nel suo impianto attuale (ritoccato in funzione del processo telematico) prevede che "l'ufficiale giudiziario che ha notificato un atto d'impugnazione deposita immediatamente copia dell'atto nel fascicolo d'ufficio contenente il provvedimento impugnato. (1° co.). Il cancelliere annota nel fascicolo informatico la proposizione dell'impugnazione (2° co.)". Gli fa eco l'art. 645, 1° co., c.p.c., in tema di opposizione a decreto ingiuntivo (pur qui nella versione di recente rimodellata): "Contemporaneamente l'ufficiale giudiziario deposita copia dell'atto nel fascicolo d'ufficio contenente il decreto affinché il cancelliere ne prenda nota".

Trattandosi di prescrizioni rivolte a ufficiale giudiziario e cancelliere, avvocati e giudici erano autorizzati a disinteressarsene, confidando nell'abituale professionalità degli operatori giudiziari chiamati ad attuarla e nella consapevolezza che la disposizione non esigeva da loro alcuna attività.

Non che l'ufficiale giudiziario o, quando previsto, il messo comunale non dimenticassero talora di eseguire l'adempimento. Il mancato avviso al cancelliere, però, era pacificamente considerato senza sanzione, sia perché si trattava di compito che esulava dalla sfera di attività dell'autore del gravame, sia perché l'omissione postulava già eseguita la notificazione e, con

essa, la compiuta proposizione dell'impugnazione¹. E pur quando fu previsto che, nei casi in cui il ricorso non fosse notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, il deposito di copia dell'appello presso la segreteria della commissione tributaria dovesse avvenire a pena d'inammissibilità², la sanzione fu ristretta alle ipotesi di notificazione diretta a mezzo posta raccomandata, con esclusione delle ipotesi in cui la parte si fosse avvalsa di altro soggetto notificatore, compreso il difensore che avesse fatto ricorso ai poteri notificatori di cui alla l. n. 53/1994³.

Dal suo canto, proprio quest'ultima legge ha dovuto creare un ponte fra le antiche disposizioni e la nuova "facoltà di notificazioni di atti civili, amministrativi e stragiudiziali per gli avvocati e procuratori legali". All'art. 9, 1° co. (qui nell'ultima versione) dispone che "nei casi in cui il cancelliere deve prendere nota dell'avvenuta notificazione di un atto di opposizione o di impugnazione, ai sensi dell'articolo 645 del codice di procedura civile e dell'art. 123 disp. att. c.p.c., il notificante provvede, contestualmente alla notifica, a depositare copia dell'atto notificato nel fascicolo d'ufficio contenente il provvedimento impugnato, affinché il cancelliere effettui le annotazioni dovute".

La disposizione trasla sul difensore l'onere che nel processo civile – fino alle notifiche postali prima, telematiche poi, a cura dell'avvocato – era gravato unicamente sull'ufficiale giudiziario. Come già negli artt. 123, disp. att., e 645, 1° co., c.p.c., pur qui all'omissione non è associata alcuna sanzione. Poiché, però, l'organo che deve provvedere all'adempimento più non è pubblico, e per di più coincide con l'autore della notificazione, taluno ha avvertito l'esigenza di somministrare una comminatoria che funga da stimolo all'avvocato nel compimento di una segnalazione cui, per costume, non è abituato.

Il destro pareva offerto dall'art. 11, l. n. 52/1994: "le notificazioni di cui alla presente legge sono nulle e la nullità è rilevabile d'ufficio, se mancano i requisiti soggettivi ed oggettivi ivi previsti, se non sono osservate le disposizioni di cui agli articoli precedenti e, comunque, se vi è incertezza sulla persona cui è stata consegnata la copia dell'atto o sulla data della notifica". Escluso che il mancato avviso al cancelliere integri difetto dei requisiti per la notificazione o renda incerti destinatario o data dell'adempimento, si è provato a radicare la sanzione nell'inosservanza degli articoli precedenti, fra cui l'art. 9 sul deposito di copia dell'atto notificato.

¹ Cass., 13.1.2022, n. 871; Cass., 16.4.1994, n. 3617.

² Art. 53, 2° co., d.lgs. 31.12.1992, n. 546, nel testo modificato dall'art. 3-bis, d.l. 30.9.2005, n. 203, conv., con modificazioni, con l. 2.12.2005, n. 248.

³ Cass., 13.7.2016, n. 14273; Cass., 24.10.2014, n. 22639; Cass., 28.4.2014, n. 9319; Cass., 26.11.2013, n. 26487; Cass., 31.7.2013, n. 18385; Cass., 30.11.2011, n. 25502; Cass., 24.3.2011, n. 6811.

Il tentativo non ha avuto esito. Con motivazione stringata, ma efficace, il S.C. ha sancito che con “... tale ellittica espressione deve intendersi riferita a quegli scarti dal modello legale, verificatisi nel procedimento di notifica, che abbiano inciso sul suo regolare perfezionamento, non anche alla omissione di un adempimento che si colloca, teleologicamente e temporalmente, su un piano distinto ed ulteriore”⁴.

La soluzione è lapidaria. Non ogni scollamento dalle prescrizioni di cui alla l. n. 53/1994 innesca la nullità della notificazione *in proprio* a cura dell’avvocato. Onde non scadere in una lettura formalistica della disposizione, l’art. 11 deve alludere a quelle violazioni sostanziali che incidono sulla funzione della notifica, precludendole di raggiungere il bersaglio, e non a ogni e qualunque infrazione della legge n. 53/1994, men che meno a quelle che attengono a attività diverse e successive dal recapito dell’atto al destinatario.

Partita chiusa, pareva: gli artt. 123, disp. att., c.p.c., e 645, 1° co., c.p.c., si conservano senza sanzione pur quando l’omissione dell’*Avviso di impugnazione alla cancelleria* (come ancora recita la rubrica della prima disposizione) si ascrive all’avvocato notificatore, e non all’ufficiale giudiziario.

2. Il rinvio della questione alla pubblica udienza

Partita riaperta, invece, da un’ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione⁵. Chiamata a delibare l’eccezione di nullità dell’opposizione a decreto ingiuntivo per mancata trasmissione al cancelliere della relativa citazione a cura dell’avvocato notificatore, la terza sezione ha disposto la trattazione del ricorso in pubblica udienza.

Vanno chiariti, per i giudici della terza sezione, la portata *precettiva* dell’art. 9, l. n. 53/1994 e i profili *sanzionatori* conseguenti all’eventuale violazione. Per il primo profilo, rimarkano come all’avvocato notificatore sia concesso di compiere un’attività in tutto parificabile a quella dell’ufficiale giudiziario, sicché su di lui incombono gli oneri e gli adempimenti che nella notifica tradizionale gravano sull’organo pubblico. Per il secondo aspetto, va valutato se l’omissione o il ritardo del deposito della copia dell’atto generi la nullità della notificazione, e ciò alla luce dell’art. 11, l. n. 53/1994, nella parte in cui commina questa sanzione per le ipotesi in cui non sono osservate le disposizioni di cui agli articoli precedenti. Da questo versante, conclude la Corte, va calibrata la tassatività dell’art. 11 in relazione al precedente precetto in punto di nullità, chiarendo se la disposizione sanzionatoria eriga le formalità di cui all’art. 9 a requisito d’indispensabilità per il raggiungimento dello scopo e se la loro violazione generi la nullità, e non la mera irregolarità, della notificazione che sta a monte.

Di qui l’esigenza di rinvio alla pubblica udienza, con “... separata richiesta all’Ufficio del Massimario di una relazione descrittiva dello stato complessivo della giurisprudenza e della

⁴ Cass., 25.2.2011, n. 4704.

⁵ Cass., 16.5.2025, n. 13091.

riflessione dottrinale sulla questione illustrata in motivazione e sulla portata generale del principio di tassatività delle nullità processuali e i relativi limiti”.

3. La rimessione nel solco della deformalizzazione del processo telematico

Si scorgono, nella più recente giurisprudenza della Corte, evidenti tracce di un approccio meno formalistico alle regole processuali rispetto al passato. Complice (se non fonte unica) di questa larvata, ma percepibile tendenza è la crescente informatizzazione del processo. Dalla trasmigrazione in appello dei documenti di primo grado (cartacei o telematici)⁶ all’allentamento del legame fra ricorso per cassazione e procura⁷, dall’idoneità del duplicato informatico a supplire al deposito di copia autentica del provvedimento informatico⁸ alla prova in appello della notifica della sentenza impugnata⁹, il S.C. mostra larghezza di vedute ed elasticità di approccio con le forme del processo, le cui radici all’evidenza affondano nell’estrema maneggevolezza del mezzo informatico, che rende il materiale processuale attingibile da tutti, in qualunque tempo e senza sforzo. Più che le singole prescrizioni, sono mutate le regole d’ingaggio: variato l’ambiente operativo in cui *gira* il processo, il nuovo mezzo consente di sdrammatizzare precetti la cui severità era prima suggerita dalla distanza fisica che separava giudici e litiganti dal materiale di causa.

Da questa prospettiva, bene ha fatto la terza sezione a rimettere la causa alla pubblica udienza, se ha ritenuto che residui anche solo un dubbio sull’approdo precedentemente (ma succintamente) attinto, o anche solo se ha pensato di dotare quell’esito di un più corposo e convincente apparato di motivazione. A patto, però, di ascrivere la dialettica camera di consiglio-udienza pubblica alla fisiologia delle modalità di pronuncia, come parrebbe intendere l’art. 375 c.p.c. Poiché, però, la pratica quotidiana mostra che la dicotomia fra le due sedi è ormai ispirata alla relazione di regola a eccezione, il rinvio alla pubblica udienza potrebbe suonare anche eccessivo, atteso il nitore delle ragioni che militano in favore della perdurante validità della notifica non seguita dal deposito dell’atto nel fascicolo del provvedimento impugnato. Nella scia di quel *trend*, il Collegio avrebbe potuto anche decidere la questione in camera di consiglio, al più dotando l’ordinanza di un apparato giustificativo meglio dotato di quello del suo ormai remoto, ma insuperato precedente.

⁶ Divenuti ormai materiale processuale che la parte non può sottrarre e il giudice non può ignorare: Cass., SS.UU., 16.2.2023, n. 4835.

⁷ Valida, pur se di luogo e data diversi dal ricorso, purché chiaramente successiva alla sentenza impugnata: Cass., SS.UU., 19.1.2024, n. 2075.

⁸ Con onere del giudice di verificare nel fascicolo di merito, in caso di contestazione, la data di pubblicazione della sentenza impugnata: Cass., 13.5.2024, n. 12971; Cass., 3.2.2025, n. 2525.

⁹ Per cui basta il deposito della ricevuta analogica in formato .pdf.: Cass., 23.2.2025, n. 4725; ma, per l’opposta soluzione in tema di prova dell’introduzione dell’opposizione agli atti esecutivi, v. Cass., 8.6.2023, n. 16189.

In vista della pubblica udienza, non sarà esercizio inutile sciorinare taluno dei motivi che, a mio avviso, militano nel senso di escludere la nullità della notifica nel caso d'infrazione degli artt. 123, disp. att., e 645 c.p.c.

4. Il difetto di tipicità dell'ipotetica sanzione

Gioca in favore della validità anzitutto il principio di tipicità (o tassatività) delle nullità formali di cui all'art. 156, 1° co. Direi, meglio, di tipicità tassativa, nel senso che l'invalidità dell'atto dev'essere legata all'inosservanza non di una qualunque fra le forme prescritte, ma di uno specifico requisito formale, precisamente individuato ed esattamente perimetrato, cui la legge (e solo questa) associa testualmente e specificamente la nullità. Il principio di tipicità investe non solo (e, direi, neppure tanto) l'*an* del requisito, ma soprattutto il *quantum* nel vincolo con la sanzione. Non basta, cioè, che l'elemento formale sia previsto e alla sua mancanza sia associata l'invalidità. Occorre che i margini di quel requisito siano adeguatamente ritagliati e saldati all'invalidità, affinché l'autore sia reso consapevole in anticipo, oltre che della puntuale dotazione dell'atto, di quando il *deficit* di requisiti trasmoda in nullità.

In questa prospettiva, l'art. 156, 1° co., c.p.c. acquista diversa luce. Suggestisce che il principio di tassatività va osservato non tanto nella regola che governa l'atto, quanto in quella che somministra la sanzione. Il dettaglio degli elementi può anche mancare, o esser vago, nella prima norma. Giammai può difettare, o riuscire incerto, nella disposizione che sancisce la nullità. È da questa, più che da quella, che la parte trae la regola del suo agire, perché è proprio sul crinale validità/invalidità che l'autore più o meno consapevolmente si muove quando procede al compimento dell'atto.

Questa visione ha, a mio modo di vedere, il suo precipitato nella tecnica di comminatoria delle nullità. Non è dato al legislatore di disegnare anche analiticamente una serie di attività (una sequenza di atti, dunque, volti a un certo scopo) per poi concludere genericamente che l'infrazione di tutte le prescrizioni genera nullità. Se è dal versante della norma sanzionatrice che è dovuta analiticità, il principio di tipicità non può dirsi rispettato da una disposizione che, in virtù di un rinvio generico e omnicomprensivo, si nutre del novero di requisiti fornito *aliunde*, benché nello stesso *corpus* che governa l'attività.

Il modello è offerto dagli art. 163, 163-*bis* e 164 c.p.c. I primi recano l'elenco dei requisiti di contenuto-forma della citazione. L'art. 164 non si accontenta di comminare vagamente la nullità in caso d'infrazione alle disposizioni precedenti. Elenca puntualmente fonte e intensità di ciascun vizio e modalità e effetti della sanatoria. L'operazione non fu, a mio avviso, frutto di una pedante opera di redazione dei legislatori del '90. Costituì, piuttosto, scelta consapevole di chi percepiva che le prescrizioni di forma vanno circostanziate e calibrate anche, per non dir soprattutto, dal versante della sanzione.

È lo stesso approdo cui pervenne la Cassazione nel già citato precedente del 2011 quando, a proposito della nullità comminata dall'art. 11, l. n. 353/94, descrisse l'inosservanza delle

disposizioni di cui agli articoli precedenti come “ellittica espressione”. «Ellittica» sta qui per «riassuntiva», «rieepilogativa», direi meglio, «evocativa» di nullità che discenderebbero comunque dagli artt. 156 ss., c.p.c., e, dunque, già *in nuce* nel sistema, senza crearne di nuove e diverse sol perché è violata qualsivoglia prescrizione delle disposizioni precedenti.

Il risultato, quanto al nostro tema, è lineare. Non essendo testualmente prevista la nullità della notifica in ragione del mancato avviso al cancelliere, l'interprete non può ricavarla dall'amplissima, omnicomprensiva, di fatto vacua formula dell'art. 11.

5. L'incapacità dell'omissione d'incidere sullo scopo

Tramontata l'idea di sancire la nullità ai sensi dell'art. 156, 1° co., si potrebbe esser tentati di ravvisarne il fondamento nel 2° comma della stessa disposizione.

Il tentativo, però, durerebbe lo spazio di un mattino, anzi, di un dilucolo. Pare evidente che lo scopo della notifica non è inciso in alcun modo dall'omissione dell'adempimento di cui agli artt. 123, disp. att., e 645, 1° co.; o, ribaltando la prospettiva, che lo scopo delle due disposizioni non incrocia in nessun punto quella della preventiva notificazione.

Il fine dell'avviso al cancelliere è nitido, benché via via svilito nel tempo. Un dì, quando le sentenze di primo grado non erano provvisoriamente esecutive, era quello di evitare che il cancelliere rilasciasse copia esecutiva sulla parola del creditore che la sentenza non era stata impugnata. Oggi, la comunicazione (meglio, il deposito dell'atto d'impugnazione nel fascicolo d'ufficio) vale unicamente a evitare che la parte possa indebitamente conseguire la certificazione di passaggio in giudicato della sentenza. Quanto al decreto ingiuntivo, l'avviso di opposizione impedisce che il giudice lo dichiari esecutivo per mancata opposizione ai sensi dell'art. 647 c.p.c.

All'evidenza, si tratta di funzione estranea alle notificazioni di impugnazione e opposizione, che hanno ormai attinto il loro effetto finale: il recapito dell'atto al convenuto. Opinare che il mancato avviso al cancelliere possa sottrarre alla notifica i “... requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo” (così l'art. 156, 2° co.) significa proiettare sulla prima attività in ordine di tempo lo scopo dell'altra, al solo fine di ricavare la sanzione che si auspicherebbe comminata per il mancato avviso (singolarmente, però, solo da quando la comunicazione è rimessa agli avvocati), ma che il legislatore non ha previsto.

È vero che il sistema concepisce ipotesi in cui l'inerzia successiva della parte rifluisce sull'atto già compiuto: si pensi al meccanismo allestito, fra i tanti, dagli artt. 164, 291, 331 c.p.c. La sequenza, però, è diversa, anzi inversa, rispetto a quella che stiamo esaminando.

In quei casi l'atto è sorto viziato e il sistema offre la possibilità di emendarlo successivamente. Ove ciò non accada, non è l'omissione successiva a generare la nullità, ma è proprio e solo il vizio originario, non sanato a dispetto della facoltà offerta dalle disposizioni salvifiche, a sancire l'invalidità.

Nell'ipotesi del mancato avviso al cancelliere lo schema è ribaltato. L'atto originario (la notifica dell'impugnazione/opposizione) è in ipotesi valido perché dotato dei crismi formali e, soprattutto, perché ha raggiunto il suo scopo. Su questa base, non può accadere che l'omissione dell'avviso elida requisiti e scopo che l'atto ha ormai consolidato, e sul quale il distinto adempimento non ha ragione d'incidere.

6. La validità della notifica anche alla luce dell'art. 159 c.p.c.

Il precipitato delle superiori riflessioni si rinviene nell'art. 159 c.p.c. La disposizione può essere qui utilmente evocata in tutti i suoi precetti.

Se la nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, del pari l'omissione successiva non può tradursi in vizio dell'atto che, ormai perfetto, è valido all'origine. È la medesima filosofia che presiede all'improcedibilità. Ogni vizio funzionale dell'impugnazione non genera inammissibilità, perché l'atto che l'ha introdotta, in ipotesi ineccepibile, non può risentire dell'omissione successiva che, se vale a impedire la prosecuzione del giudizio, non rifluisce a ritroso sull'impugnazione esente da difetti. Del pari, il mancato avviso al cancelliere, per forza di cose successivo alla notifica, non ne genera la nullità, perché la parte anteriore della catena non è toccata dal difetto dell'anello successivo.

Ed anche a voler considerare notifica e avviso un coacervo unitario (come in verità non sono, attesa la diversa natura e funzione delle due attività), si tratterebbe pur sempre di due parti distinte dello stesso atto, con struttura e scopi fra loro in sequenza, ma radicalmente separati. Con l'effetto d'innescare la regola per cui la nullità di una parte non colpisce l'altra che, pur combinata nello stesso atto, ne sia indipendente. L'autonomia fra recapito dell'atto e informazione al cancelliere è unilaterale, ma evidente: se la seconda non può stare senza la prima, la notifica può senz'altro vivere senza l'avviso, per cui per il principio dell'art. 159, 2° co., la nullità o l'omissione di questo non si riverbera sulla prima attività, che non è solo precedente, ma anche indipendente dalla successiva.

Soccorre in tal punto anche il terzo comma della stessa disposizione: "se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo". Se mai la sequenza notifica-avviso potesse considerarsi atto unico, formato da parti inscindibili e interdipendenti, la salvezza della notifica si apprezzerrebbe sul piano degli effetti. Quale sia l'invalidità che può scorgersi in un simile atto, l'effetto di notiziare l'avversario è ormai irreversibile, per cui l'ipotetico atto unitario, pur nullo, conserverebbe la capacità d'impedire la decadenza e d'innescare il relativo giudizio d'impugnazione/opposizione.

7. Auspicio finale

Quieta non movere, vien da dire, allora. Come in antico la dimenticanza dell'ufficiale notificatore non era assistita da sanzione, ma al più esposta al rischio che fosse rilasciato un indebito titolo esecutivo o certificato un inesistente passaggio in giudicato, così oggi, nel pari

silenzio del codice, non v'è ragione per mutare approdo sol perché varia veste e funzione di chi procede alla notificazione. Intangibile ieri, la notifica, pur non seguita da comunicazione al cancelliere, resta impeccabile tuttora, senza che la percezione dell'avvocato come soggetto privato possa incidere sulla sua validità, prima pacifica.

Come si accennava, però, non sarà vana la rimessione alla pubblica udienza se il Collegio profitterà dell'occasione per una riflessione più ampia, che modelli i principi classici in punto di nullità sulla nuova, eterea, sfuggente disciplina del processo telematico. Per questa via il rinvio potrebbe offrire l'occasione per condurre a sistema la congerie di pronunce che, non sempre nel solco della deformalizzazione di cui s'è detto, tendono a governare il profluvio di difetti che l'infrazione di regole più o meno tecniche può generare.

Ricadono in questo novero (a mo' di esempi, senza alcuna pretesa di completezza), con le decisioni salvifiche sopra evocate, quelle che ora concedono¹⁰, ora negano¹¹, la sanatoria per raggiungimento dello scopo alla notifica eseguita in forma cartacea, anziché telematica. Quella che nega pari sanatoria, ai fini della decorrenza del termine breve, alla notifica della sentenza presso un indirizzo PEC tratto dal non più impiegabile registro IndicePA¹². Quella che tende a salvare il deposito dell'atto pur quando i controlli della cancelleria hanno esitato un "errore fatale"¹³. Quella che associa la mera irregolarità al deposito dell'atto in un registro telematico diverso da quello dovuto¹⁴. Quella che ha ritenuto tempestivo il deposito dell'opposizione ex art. 5-ter, l. n. 89/2001, nel fascicolo della fase monocratica, anziché con iscrizione a ruolo di nuovo conio¹⁵.

L'informatizzazione ha imposto l'introduzione di precetti fino a ieri sconosciuti al mondo del processo. Comprensibile che la parte che teme di aver torto cerchi s'insinuarsi fra le pieghe di quelle disposizioni per lucrare la vittoria in rito o, quantomeno, la dilatazione dei tempi processuali. O che il giudice, semmai ancora poco avvezzo al mezzo telematico, dubiti della validità di un atto non in tutto conforme alle prescrizioni tecniche. Alla Cassazione spetta anche questo compito, nuovo, se si vuole, almeno dal punto di vista del contenuto: sceverare i casi in cui l'infrazione *informatica* ha pregiudicato lo scopo dell'atto da quelli in cui la difformità è senza sanzione perché innocua per la parte o per il processo.

Più che un'enucleazione di casi, si attende una declinazione di regole che, estratte dagli artt. 156 ss., innervino le direttrici principali del processo telematico, in modo da fornire categorie che ciascun giudice potrà poi impiegare nella soluzione degli infiniti (e inesauribili) dubbi che le mille sfaccettature del processo telematico faranno sorgere negli anni a venire.

¹⁰ Cass. 10.1.2025, n. 585.

¹¹ Cass. 24.2.2025, n. 4815.

¹² Cass., 16.9.2024, n. 24817.

¹³ Cass., 5.1.2023, n. 238.

¹⁴ Cass., 12.5.2022, n. 15243.

¹⁵ Cass., 11.6.2019, n. 15662.

Se alla non agevole opera si dedicherà il Collegio della terza sezione, la rimessione alla pubblica udienza non sarà stata vana. E chissà che non lo sarebbe anche un ulteriore passaggio alle Sezioni unite.

Giuseppe della Pietra
Ordinario dell'Università degli studi di Napoli Parthenope



GINEVRA AMMASSARI

La tutela coattiva dei diritti dei lavoratori

Il contributo analizza, nell'ottica del canone di effettività, le forme della realizzazione coattiva dei diritti dei lavoratori disciplinate dal Libro III del codice di rito, che presenta molteplici aspetti peculiari e derivanti dalla specificità della materia.

The contribution analyzes, from the perspective of the effectiveness canon, the forms of the coercive enforcement of workers' rights regulated by Book III of the Code of Civil Procedure, which presents multiple peculiar aspects arising from the specificity of the subject matter.

Sommario: 1. Premessa. Effettività e differenziazione della tutela esecutiva in materia di lavoro – 2. I titoli esecutivi in materia di lavoro – 3. I crediti di lavoro nell'espropriazione forzata – 4. L'esecuzione in forma specifica e le misure coercitive tipiche. Il *vulnus* di effettività della tutela reale del posto di lavoro

1. Premessa. Effettività e differenziazione della tutela esecutiva in materia di lavoro

È opinione condivisa¹ quella secondo cui, in materia di lavoro, la tutela esecutiva non conosca la differenziazione² propria di quella dichiarativa, ma risponda alla disciplina generale dettata dal capo II del titolo IV del libro VI del codice civile e dal Libro III del codice di rito.

A fronte di sparute disposizioni speciali dettate in materia esecutiva, infatti, può agevolmente constatarsi il disinteresse nutrito dal legislatore del 1973 per le tecniche di realizzazione coattiva dei diritti dei lavoratori cui, tuttavia, corrispose una particolare cura riservata al profilo di effettività della tutela giurisdizionale³.

Si pensi: alle ordinanze anticipatorie di condanna ex artt. 423, commi 1 e 2, e 437, comma 3, c.p.c.; alla rivalutazione monetaria del credito di lavoro prevista dall'art. 429, comma 3, c.p.c.

¹ Cfr. R. SICIUANO, *La tutela esecutiva dei diritti derivanti da rapporti di lavoro*, Napoli, 2024, p. 1; A. MAJORANO, *L'esecuzione forzata*, in *Il processo del lavoro*, diretto da P. CURZIO, L. DI PAOLA, R. ROMEO, 2017, p. 411 ss.

² Sul tema ci si limita a segnalare, tra i contributi più recenti, G. COSTANTINO, *Quadro storico-evolutivo del processo del lavoro dal 1973 a oggi*, in *Il processo del lavoro compie 50 anni*, in *Quaderni della Rivista giuridica del lavoro*, a cura di U. CARABELLI-D. DALFINO, Bari, 2023, p. 23 ss.; e, più in generale, A. PROTO PISANI, *Significati ed equivoci della "tutela giurisdizionale differenziata"*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1333 ss.

In passato cfr., per tutti, G. COSTANTINO, *Le espropriazioni forzate speciali. Lineamenti generali*, Milano, 1984, p. 10 ss.

³ Cfr. I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 209 ss.; A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 209, secondo cui «avendo l'art. 3, 2° comma, Cost. affermato il carattere sostanziale e non formale delle libertà garantite dalla Costituzione – la tutela giurisdizionale garantita dall'art. 24, 1° comma, o è *effettiva* (cioè idonea a tutelare il diritto bisognoso di tutela) o *non è*»; in generale, sul carattere strumentale del diritto processuale cfr., *in primis*, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923 (rist. 1965), p. 81 s.; e, più di recente, A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 1 ss.; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, *ivi.*, 2014, p. 828 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 907 ss.

e 150 disp. att. c.p.c.⁴; alla provvisoria esecutorietà della sentenza e, anche, del solo dispositivo pronunciati in favore del lavoratore⁵ a norma dell'art. 431, commi 1 e 2, c.p.c., che si accompagna all'istituto dell'appello con riserva dei motivi proponibile a norma dell'art. 433, comma 2, c.p.c.; al duplice regime dell'inibitoria disciplinato dall'art. 431, commi 3, 4 e 6, c.p.c.⁶; all'invalidità delle rinunce e delle transazioni del lavoratore aventi ad oggetto diritti previsti da «disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi»⁷, a meno che non siano incorporate nei titoli esecutivi stragiudiziali formati nelle sedi protette di cui all'art. 2113, comma 4, c.c.; e, infine, alle misure coercitive speciali introdotte agli artt. 18 e 28, St. lav.

Sono previsioni, queste, di notevole avanguardia per l'epoca che, in parte, hanno trovato applicazione generale a partire dalla riforma del processo civile del 1990.

Se, negli ultimi cinquanta anni, il processo del lavoro ha saputo dare buona prova della sua attualità⁸, resistendo alle molteplici riforme della giustizia civile, è il grado di effettività della tutela dei diritti dei lavoratori che, ad oggi e al contrario che in passato, sconta un *deficit*,

⁴ Per quanto di interesse, ci si limita a segnalare che la rivalutazione monetaria costituisce un credito accessorio rispetto al capitale e agli interessi liquidati in sentenza che, in quanto tale, è separatamente azionabile in via esecutiva, anche in ipotesi di estinzione del credito principale; in tal senso, v. Cass. 7 ottobre 2010, n. 16036; e, già, Cass. 28 agosto 1996, n. 5294, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 914 ss., con nota di P. PASCUCCI; al riguardo v., anche, Cass. 20 settembre 2007, n. 19467; 21 maggio 2004, n. 9748, le quali hanno escluso che il credito relativo a tali voci debba essere liquido; sull'evoluzione dei requisiti di liquidità del credito, v. *infra*, nel testo.

⁵ In epoca antecedente alla riforma del 1990 – che ha esteso la provvisoria esecutività a tutte le sentenze di condanna a norma dell'art. 282 c.p.c., ivi compresa a quella resa in favore del datore di lavoro a norma del (pure novellato) art. 431, ult. comma, c.p.c. – il differente regime previsto dalla norma era stato sottoposto al vaglio di Corte cost. 26 maggio 1981, n. 76; 14 gennaio 1977, n. 17, che hanno ritenuto inammissibile la relativa questione di illegittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 3 Cost.

⁶ In particolare, la norma consente la sospensione dell'esecuzione già iniziata – e non già della sola esecutorietà della sentenza; *contra*, v., però, R. SICIUANO, *op. ult. cit.*, 165 ss., il quale dà atto del dibattito ingeneratosi in dottrina dopo la riforma del 1990 – là dove da quest'ultima derivi per il datore di lavoro un gravissimo danno; viceversa, è sufficiente l'allegazione di gravi motivi ai fini della sospensione dell'esecutorietà della sentenza favorevole al datore di lavoro.

⁷ Che vanno distinte da quelle concernenti diritti indisponibili del lavoratore, la cui invalidità prescinde dalla sede, protetta oppure no, ove si è raggiunto l'accordo conciliativo e risponde alla regola generale di cui all'art. 1966, comma 2, c.c.; in senso parzialmente difforme v., però, Cass. 4 aprile 2024, n. 8898; 26 luglio 2002, n. 11107, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, p. 419 ss., con nota di S. FATONE.

Su tale distinzione, che non è possibile approfondire in questa sede, cfr. A. GIULIANI, *Effettività della tutela del lavoratore nelle risoluzioni alternative delle controversie tra inderogabilità e autonomia*, Torino, 2024, p. 145 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva, norma inderogabile e norma flessibile*, in, *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, a cura di G. PINO, Milano, 2015, p. 93 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 715 ss.; *Id.*, *La norma inderogabile del diritto del lavoro*, Napoli, 1976; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, p. 155 ss.; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 236 ss.

⁸ Cfr. B. SASSANI, *Il rito lavoro a cinquanta anni dal suo debutto: la resistenza all'effimero e le tentazioni dell'omologazione*, in, *Il Processo del Lavoro, cinquant'anni dopo*, a cura di I. PICCININI-A. PILEGGI-B. SASSANI-P. SORDI, Torino, 2023, p. 8 ss., il quale rileva che «[...] quel disegno si è comunque mostrato all'altezza del compito affidatogli, cosa invece clamorosamente mancata nel processo ordinario».

derivante dalla mancata previsione di una disciplina esecutiva *ad hoc* che tenga conto del contenuto infungibile dei corrispondenti obblighi del datore di lavoro, ulteriormente aggravato dall'espressa esclusione delle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. dall'ambito applicativo dell'*astreinte* introdotta nel 2009 all'art. 614 *bis* c.p.c. e recentemente novellata. Nell'illustrare le molteplici questioni comunque poste dalle peculiarità connotanti la materia, l'analisi che segue, unitamente alle soluzioni già raggiunte o solo proposte, sarà condotta, volta a volta, nell'ottica del canone di effettività della tutela giurisdizionale, sì da ridurre lo scarto accennato ed evitare che questa, in materia di lavoro, rimanga una «ragazza del secolo scorso».

2. I titoli esecutivi in materia di lavoro

Procedendo con ordine, i titoli esecutivi giudiziali resi nel corso, ovvero all'esito del processo del lavoro sono costituiti: *i.* dal verbale di conciliazione giudiziale⁹ intervenuta ai sensi degli artt. 185 e 420, comma 3, c.p.c.¹⁰ che, ferma l'esperibilità delle azioni di impugnativa negoziale¹¹, beneficia del regime di inoppugnabilità previsto dall'art. 2113, comma 4, c.c.; *ii.* dall'ordinanza di pagamento di somme non contestate *ex artt.* 423, comma 1, e art. 437, comma 3, c.p.c. e da quella contenente la condanna provvisoria pronunciata a norma degli artt. 423, comma 2, e 437, comma 3, c.p.c.¹²; *iii.* e, infine, dalla sentenza di condanna e dal dispositivo resi nelle forme previste dagli artt. 429, 430 e 437 c.p.c.

A questi si aggiungono, poi, i provvedimenti che concludono i procedimenti speciali, quali il decreto di repressione della condotta antisindacale disciplinato dall'art. 28, St. lav. e, sino al 28 febbraio 2023, l'ordinanza idonea al giudicato¹³ e resa, a norma dell'art. 1, comma 49, l. n.

⁹ Sulla natura giurisdizionale della funzione conciliativa del giudice v. A. DI STASI-A. GIULIANI, *La conciliazione nei rapporti di lavoro*, in *Trattato di Diritto dell'Arbitrato*, diretto da D. MANTUCCI, Napoli, 2020, p. 256 ss.; P. DELLA VEDOVA, *Il processo civile inclusivo. I procedimenti alternativi nel processo*, in *Procedimento e metodi per la composizione dei conflitti*, a cura di C. BULGHERONI-F. CUOMO ULLOA-P. DELLA VEDOVA-P. VENTURA, Bologna, 2018, p. 87 ss.; e, già, M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 210 ss.; A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, voce del *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., III, Milano, 1988, p. 218 ss.

¹⁰ Al riguardo, aggiunge l'art. 88 disp. att. c.p.c. che, quando tale verbale «è redatto con strumenti informatici, alla sottoscrizione delle parti, del cancelliere e dei difensori, tiene luogo apposita dichiarazione del giudice che tali soggetti, resi pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati».

¹¹ Cfr. Cass. 13 agosto 2020, n. 17109, in *Riv. giur. lav.*, 2021, II, p. 54 ss., con nota di C. LOMBARDI.

¹² Sul tema, che non è possibile approfondire in questa sede, v., da ultimo, V. TEDESCO, *Le ordinanze anticipatorie di condanna*, in *Trattato di diritto processuale del lavoro*, a cura di D. DALFINO-G. COSTANTINO-G. TRISORIO LIUZZI, in corso di pubblicazione.

¹³ Se non opposta nel termine decadenziale di trenta giorni previsto dall'art. 1, comma 51, l. n. 92/2012; al riguardo, v. Cass. 26 febbraio 2016, n. 3836, secondo la quale, in forza della struttura bifasica, ma monoprocessuale del rito, «non è possibile ipotizzare la formazione del giudicato su alcune statuizioni e non su altre della ordinanza, atteso che quest'ultima è destinata ad acquisire il carattere della definitività nella sola ipotesi in cui l'opposizione non venga promossa».

Sull'unicità di tale ricostruzione e sugli equivoci destati v. D. DALFINO, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: sul rapporto tra procedimento sommario, opposizione e mezzi di impugnazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 391 ss.

92/2012, a chiusura della fase sommaria dei giudizi di impugnativa dei licenziamenti assoggettati al regime di tutele previsto dall'art. 18, St. lav.¹⁴.

Tanto premesso, si è fatto cenno alle peculiarità connotanti la fase decisoria disciplinata dall'art. 429 c.p.c. che, a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. 112/2008¹⁵, dispone che il giudice, all'esito dell'udienza di discussione¹⁶, provveda all'immediata lettura del dispositivo e «delle ragioni di fatto e di diritto della decisione», i quali sono contestuali, ad eccezione dell'ipotesi di «particolare» complessità della controversia contemplata dall'ult. periodo, comma 1, dell'art. 429 c.p.c.; in tal caso, ferma la lettura del dispositivo, il giudice fissa un termine per il successivo deposito della sentenza, che va comunicata alle parti a norma dell'art. 430 c.p.c.

A norma del successivo art. 431, commi 1 e 2, c.p.c.¹⁷, sono immediatamente esecutivi la sentenza e, «in pendenza del termine» fissato dal giudice per il suo deposito, il solo dispositivo di condanna pronunciato «a favore del lavoratore per crediti» di lavoro.

La norma, sul piano ermeneutico, ha posto due diverse questioni: la prima – relativa alla caducazione della *vis executiva* del dispositivo e, quindi, della stessa esecuzione iniziata sulla scorta di quest'ultimo in ipotesi di mancato rispetto, ad opera del giudice, del termine di sessanta giorni previsto dall'ult. periodo, comma 1, dell'art. 429 c.p.c. per il successivo deposito della sentenza – è stata risolta dalla giurisprudenza in epoca risalente, la quale ha escluso il carattere provvisorio dell'efficacia esecutiva del dispositivo, che conserva la sua autonomia anche a seguito della pronuncia della sentenza¹⁸.

¹⁴ In entrambe le ipotesi, si riscontra un regime speciale dettato per l'inibitoria: ai sensi dell'art. 28, St. lav., infatti, «non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore in funzione di giudice del lavoro definisce il giudizio» di opposizione; nello stesso senso dispone l'art. 1, comma 50, l. n. 92/2012 con riguardo all'ordinanza conclusiva della fase sommaria, mentre, nel disciplinare il reclamo proponibile avverso alla sentenza di primo grado, il successivo comma 60 dispone, indistintamente e senza recepire il duplice regime dettato dall'art. 431 c.p.c., che «la corte può sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se ricorrono gravi motivi».

¹⁵ Sul quale v. D. DALFINO, *Processo del lavoro: note a prima lettura su alcuni recenti interventi di riforma del processo del lavoro*, in *Foro it.*, 2008, V, 305; in precedenza, la norma prevedeva la lettura immediata in udienza del solo dispositivo, mentre la sentenza, completa di motivazione, era depositata in cancelleria nel termine ordinatorio di quindici giorni previsto dall'art. 430 c.p.c. che, sino al correttivo apportato con il d.lgs. n. 149/2022, si poneva in antinomia con quello di sessanta giorni previsto dall'art. 429, comma 1, ult. periodo, c.p.c.

¹⁶ La necessaria contestualità della decisione resa in udienza – la quale è incompatibile con il termine computabile in giorni dettato per il deposito telematico delle note di trattazione scritta in sostituzione dell'udienza che, a norma dell'art. 196 *sexies* disp. att. c.p.c., potranno essere depositate entro le 23:59 del giorno di scadenza del termine assegnato dal giudice – rappresenta uno degli argomenti spesi in dottrina al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 127 *ter* c.p.c. al rito del lavoro; in tal senso v., *si vis*, G. AMMASSARI, *Contributo allo studio dell'udienza civile*, Bari, 2025, p. 170 ss. *Contra*, però, Cass. sez. un., 30 giugno 2025, n. 17603, *Foro it.*, 2025, I, 1952, con nota critica di EAD.

¹⁷ Sulla *ratio* ispiratrice della norma v. R. SICILIANO, *op. ult. cit.*, p. 101 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, p. 175 ss.

¹⁸ V., già, Cass. 4 novembre 1995, n. 11517.

La seconda attiene, invece, alla controversa nozione dei «crediti» menzionati dalla norma, i quali includono, altresì, prestazioni a contenuto non esclusivamente pecuniario¹⁹, di *dare* e *facere*: tale opzione interpretativa, oltre ad essere preferibile sotto il profilo dell'effettività della tutela, parrebbe essersi definitivamente imposta, già nel 1990, con l'estensione generalizzata della provvisoria esecutività a tutte le sentenze di condanna ad opera dell'art. 282 c.p.c.

Proseguendo nell'analisi dell'oggetto del titolo esecutivo, un tema ulteriore riguarda la liquidità stessa del credito di lavoro e, quindi, l'idoneità della sentenza di condanna ex art. 429 c.p.c. a fondare l'azione esecutiva a norma dell'art. 474 c.p.c.: a tali fini, la giurisprudenza è costante nel ritenere che non sia necessaria l'esatta quantificazione del credito, ma è sufficiente che il suo ammontare possa determinarsi con un mero calcolo matematico, da effettuarsi sulla scorta di parametri ricavabili dal titolo esecutivo stesso²⁰.

Quid iuris, però, se in sentenza non sia indicata, ad esempio, la retribuzione globale di fatto in base alla quale quantificare l'indennità risarcitoria spettante a norma dell'art. 18, St. lav.?

Nel rispondere a tale interrogativo – di notevole impatto applicativo soprattutto in materia di lavoro – le sezioni unite, con due pronunce del 2012, hanno ammesso l'integrazione extratestuale del titolo esecutivo, che consente di ritenere liquido il credito quantificabile attraverso elementi comunque acquisiti agli atti, ovvero contenuti nei documenti prodotti in giudizio, «a condizione che delle relative questioni si sia trattato nel corso del processo e che esse possano intendersi come univocamente definite»²¹; accertamento, questo, che andrà

¹⁹ In tal senso v., già, A. PROTO PISANI, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, voce del *Noviss. Dig. it.*, app., Torino, 1983, p. 605 ss., secondo il quale tale nozione ricomprende qualsiasi situazione di vantaggio cui corrisponda un obbligo datoriale al compimento di una prestazione. *Contra*, v., però, D. DALFINO-G. TRISORIO LIUZZI, *Manuale del processo del lavoro*, Bari, 2023, p. 266 ss., secondo i quali l'espressione adottata dalla norma è «idonea a comprendere quelli relativi al pagamento di somme di denaro e alla consegna di cose, ma non all'adempimento di obblighi di fare o non fare, salvi i provvedimenti in tema di reintegrazione nel posto di lavoro (art. 18 St. lav.) e di repressione della condotta antisindacale (art. 28 St. lav.)», che ricevono autonoma disciplina»; nonché, in giurisprudenza, Cass. 27 marzo 2018, n. 7576.

²⁰ Il principio ha valenza generale ed è stato accolto già in epoca risalente da Cass. 21 novembre 2006, n. 24649, secondo la quale «La sentenza di condanna del datore di lavoro al pagamento di un determinato numero di mensilità di retribuzione costituisce valido titolo esecutivo per la realizzazione del credito anche quando, nonostante l'omessa indicazione del preciso ammontare complessivo della somma oggetto dell'obbligo, la somma stessa sia quantificabile per mezzo di un mero calcolo matematico, sempreché, dovendo il titolo esecutivo essere determinato e delimitato, in relazione all'esigenza di certezza e liquidità del diritto che ne costituisce l'oggetto, i dati per acquisire la necessaria certezza possano essere tratti dal contenuto del titolo medesimo e non da elementi esterni, non desumibili da esso, ancorché presenti nel processo che ha condotto alla sentenza di condanna, in conformità con i principi che regolano il processo esecutivo»; in materia monitoria v. Cass. 6 giugno 2003, n. 9132, la quale ha ritenuto che, in mancanza, il creditore, ai fini della quantificazione del credito, può ricorrere al procedimento monitorio, avvalendosi della sentenza di condanna quale prova scritta dell'*an debeatur*; 13 aprile 1993, n. 4368; 16 giugno 1971, n. 1825.

²¹ Cass., sez. un., 2 luglio 2012, nn. 11066 e 11067, in *Foro it.*, 2012, I, 3019, con nota di S. GENTILE; *id.*, 2013, I, 1282, con nota di E. FABIANI; in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 73 ss., con commenti di B. SASSANI, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, C. DELLE DONNE, M. PILLONI, R. BELLÉ; in *Corriere giur.*, con nota critica di B. CAPPONI; in *judicium online*, con nota di G. DELLA PIETRA.

compiuto, anche d'ufficio, dal giudice dell'opposizione all'esecuzione, il quale dovrà «invitare le parti a discutere la questione e a integrare le difese, anche sul piano probatorio».

Passando alla giustizia complementare²² e, in particolare, a quella consensuale in materia di lavoro²³, i titoli esecutivi di natura stragiudiziale sono, in primo luogo, quelli menzionati dall'art. 2113, comma 4, c.p.c., il quale sottrae al regime di invalidità previsto dai commi precedenti la conciliazione svoltasi in una delle molteplici sedi protette e introdotte, nel 2010, quale contraltare dell'abrogazione del tentativo obbligatorio di conciliazione ad opera del c.d. Collegato lavoro²⁴.

Tra queste, vi rientrano:

a. la conciliazione amministrativa di cui all'art. 410 c.p.c.²⁵, la quale si svolge innanzi alle commissioni conciliative costituite in seno alle Direzioni territoriali del lavoro²⁶ e alle

A fronte delle aspre critiche mosse dalla dottrina e incentrate sul venir meno del requisito di autonomia e di astrattezza del titolo, Cass. 17 gennaio 2013, n. 1027, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 444 ss., con nota di R. VACCARELLA, ha mitigato il principio espresso dalle Sezioni Unite e ha precisato che l'integrazione del titolo esecutivo è ammissibile purché si risolva in un'operazione «sufficientemente univoca e possibile senza autentiche attività cognitive da espletarsi *ex novo*».

²² E non già «alternativa»; predilige la definizione accolta nel testo D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, fondato da S. CHIARLONI, Bologna, 2022.

²³ Diffusamente sul tema v., da ultima, B. POLISENO, *La giustizia consensuale nelle controversie di lavoro*, Bari, 2025.

²⁴ Con le sole eccezioni costituite da: i. quello introdotto nel 2012 e previsto dall'art. 7, l. n. 604/1966, il quale deve essere attivato dal datore di lavoro prima di irrogare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dei lavoratori assoggettati al regime di tutele di cui all'art. 18, St. lav. e si svolge innanzi alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera; ii. e quello previsto dall'art. 80, d.lgs. n. 276/2003, il quale dispone che «Chiunque presenti ricorso giurisdizionale contro la certificazione ai sensi dei precedenti commi 1 e 3, deve previamente rivolgersi obbligatoriamente alla commissione di certificazione che ha adottato l'atto di certificazione per espletare un tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile»; sul tema v. G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. CURZIO, Bari, 2004, p. 439 ss., nonché *infra*, nel testo.

Diversamente, in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie, la composizione in sede amministrativa della controversia continua ad essere condizione di procedibilità della domanda giudiziale: a norma dell'art. 443 c.p.c., i «relativi procedimenti» sono «prescritti dalle leggi speciali» e si svolgono obbligatoriamente innanzi alla commissione di conciliazione istituita *ad hoc* presso l'istituto di previdenza e assistenza che ha adottato il provvedimento impugnando.

²⁵ Il quale, a norma dell'art. 36, d.lgs. n. 198/2006 e degli artt. 4, comma 2, d.lgs. 215/2003 e 4, comma 3, d.lgs. n. 216/2003, è applicabile non soltanto alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c., ma anche alle controversie sulla parità di trattamento dell'individuo, nonché a quelle vertenti sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro di cui ai d.lgs. nn. 21563/2003, 21664/2003 e 19865/2006, regolate dal rito semplificato di cognizione in forza dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011; critico in ragione della natura indisponibile dei diritti coinvolti D. BORGHESI, *Tutele processuali e diritto del lavoro*, in *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, a cura di O. MAZZOTTA, Torino, 2016, p. 207 ss.

²⁶ A norma dell'art. 11, d.lgs. n. 124/2004, le parti, prima, ovvero nel corso dell'accertamento ispettivo, ovvero ancora successivamente alla diffida accertativa, possono avviare un tentativo di conciliazione c.d. «monocratica» che, affidata ad un singolo funzionario dell'Ispettorato nazionale del lavoro, consente di transigere le sole controversie aventi ad oggetto crediti retributivi e contributivi.

Commissioni di certificazione istituite presso gli organi di cui all'art. 76, d.lgs. n. 276/2003²⁷ e segue la disciplina dettata dal successivo art. 411 c.p.c.;

b. la conciliazione sindacale c.d. "libera", che prescinde da una regolamentazione in sede di contrattazione collettiva²⁸ e la cui autonomia è tradizionalmente rinvenuta nel comma 3 dell'art. 411 c.p.c., il quale esclude, altresì, l'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 410 c.p.c.;

c. la conciliazione e l'arbitrato che, a norma dell'art. 412 *ter* c.p.c., si svolgono «altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative» e, sotto tale profilo, si distinguono, rispettivamente, da quella "libera" e dagli arbitrati codicistici;

d. la conciliazione di cui all'art. 412 *quater*, comma 8, c.p.c. che si innesta, obbligatoriamente, nel relativo procedimento arbitrale²⁹, si svolge innanzi al collegio di conciliazione e arbitrato e, del pari, segue la disciplina dettata dall'art. 411, commi 1 e 3, c.p.c.

In tutte queste ipotesi, quando riesce, la conciliazione, si conclude con un accordo che confluisce in separato processo verbale cui, su istanza di parte, l'autorità giudiziaria attribuisce efficacia esecutiva³⁰.

Infine, gli ulteriori titoli esecutivi stragiudiziali in materia di lavoro sono, ferma la necessità di chiedere e ottenere l'*exequatur*: i. il lodo di cui all'art. 412 c.p.c. – che, unitamente a quello di cui all'art. 412 *quater* c.p.c., costituiscono un *unicum* nel sistema dell'arbitrato, in quanto

²⁷ Tra cui figurano: gli enti bilaterali; gli Ispettorati territoriali del Lavoro e le Province, le Università pubbliche e private, comprese le fondazioni universitarie, nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo; il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali; la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro; e i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

²⁸ *Contra* v., però, l'isolata pronuncia di Trib. Roma 8 maggio 2019, n. 4354, in *Giur. it.*, 2019, p. 1064 ss., con nota critica di M. PERSIANI; in *Dir. lav. mercati*, 2019, p. 626 ss., con nota di R. VOZA; in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 619 ss., con nota di M. NOVELLA; in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 1320 ss., con nota di A. MOSTARDA. Nel solco di tale decisione v., anche, Cass., 5 settembre 2023, n. 25796, in *Lav. giur.*, 2024, 3, p. 289 ss., con nota di F. CAPACCIO.

Sul tema v. B. POLISENO, *La giustizia consensuale nelle controversie di lavoro*, cit., p. 78 ss., secondo la quale l'autosufficienza della conciliazione in sede sindacale prescinde da una fonte di natura negoziale; R. VOZA, *La conciliazione sindacale e la negoziazione assistita in materia di lavoro: false amiche o false nemiche?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – n. 469/2023, p. 5 ss.; S. IZZO, *I tentativi di conciliazione*, in *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di D. DALFINO, Bari, 2011, p. 376 ss.

²⁹ Che, a sua volta, si innesta nelle procedure conciliative amministrativa e sindacale a norma dell'art. 412, comma 1, c.p.c., il quale dispone che, là dove il tentativo di conciliazione si sia rivelato infruttuoso, le parti possano conferire mandato alla medesima commissione conciliativa, assegnandole la funzione di risolvere la lite nelle forme eteronome dell'arbitrato irrituale; sul tema, che non è possibile affrontare in questa sede, v. D. DALFINO, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *L'arbitrato*, a cura di L. SALVANESCHI-A. GRAZIOSI, Milano, 2020, p. 896 ss.; V. BERTOLDI, *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, Napoli, 2018, p. 589 ss.; critico su tale raccordo, che ingenera una confusione tra conciliazione e arbitrato, A. BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato. Conciliazione nell'arbitrato. Appunti sparsi fra diritto, psicologia e prassi*, in *Studi in onore di B. Sassani*, a cura di R. TISCINI-F.P. LUISO, Pisa, 2022, p. 1435 ss.

³⁰ Sul tema v. P. LICCI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale alla luce del c.d. decreto del fare*, in *Riv. esec. forz.*, 2014, p. 108 ss.; R. TISCINI, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo per le prestazioni derivanti dal contratto di lavoro: il verbale di conciliazione stragiudiziale dopo il restyling della l. 183/2010 (c.d. collegato lavoro)*, in *judicium online*.

irrituali, ma suscettibili di acquisire efficacia esecutiva per espressa previsione del codice di rito; *ii.* e, a seguito della novella introdotta dal d.lgs. n. 149/2022, l'accordo di negoziazione assistita dagli avvocati di cui all'art. 2 *ter*, d.l. n. 132/2014³¹, i quali godono, entrambi, del regime di inoppugnabilità di cui all'art. 2113, comma 4, c.p.c.

All'esito della ricognizione di un così ampio ventaglio di titoli esecutivi stragiudiziali, in dottrina, si è dubitato – a ragione – dell'effettività dell'assistenza e, quindi, della tutela offerta al lavoratore in qualità di parte debole del rapporto di lavoro che, ad oggi, rischia di essere minata dalla sovrabbondanza di sedi protette e tra loro concorrenti³².

3. I crediti di lavoro nell'espropriazione forzata

Tra le (seppur limitate) previsioni dettate con specifico riguardo all'espropriazione forzata in materia di lavoro, figura, *ex latere creditoris*, il regime privilegiato previsto dagli art. 2751 *bis*, 2776 e 2777 c.c. per i crediti di lavoro³³, il quale fu introdotto dalla l. n. 426/1975 e, nel derogare il principio di *par condicio creditorum* conformemente al disposto dell'art. 2741 c.c., rispondeva alla funzione non solo economica, ma sociale riconosciuta al lavoro nell'assetto costituzionale incentrato sulla tutela della persona³⁴.

Senonché, con la modifica della disciplina dell'intervento previsto dall'art. 499 c.p.c. a seguito delle riforme del 2005 – che hanno introdotto il c.d. concorso “a porte chiuse”³⁵ – la funzione

³¹ Sul tema, che sarebbe meritevole di autonoma trattazione, v. A. GIULIANI, *op. ult. cit.*, p. 145 ss.; R. VOZA, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *La nuova “giustizia complementare”*, a cura di D. DALFINO, in *Gli Speciali del Foro it.*, Potenza, 2023, p. 380 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La negoziazione assistita e le controversie di lavoro. Verso un nuovo ruolo dell'avvocato nel riequilibrio delle situazioni di asimmetria negoziale?*, in *Giust. cons.*, 2023, p. 153 ss.; F. SCARPELLI, *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro: i dubbi dei sindacati e il tema della serietà delle transazioni sui diritti dei lavoratori*, in *wikilabour.it*.

³² Per una critica alla «sovrabbondante proliferazione» delle sedi protette v. B. POLISENO, *op. ult. cit.*, p. 78 ss.; R. VOZA, *La conciliazione sindacale e la negoziazione assistita in materia di lavoro: false amiche o false nemiche?*, cit., p. 9 ss., secondo il quale, ad oggi, «quello delle conciliazioni si presenta sempre più come un mercato animato da sedi tra loro concorrenti, chiamate ad offrire un servizio al lavoratore»; F. SCARPELLI, *op. ult. cit.*

³³ Al riguardo, è intervenuta a più riprese la Consulta: dapprima, Corte cost. 28 novembre 1983, n. 326, in *Foro it.*, 1984, I, 647, con nota di G. TUCCI, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non ha esteso il privilegio anche al risarcimento del danno subito dal lavoratore a seguito di infortunio, stante la natura sostanzialmente retributiva dello stesso in ragione del collegamento con la diminuzione della capacità lavorativa; successivamente, Corte cost. 29 gennaio 1998, n. 1, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 910, con nota di C. LOMBARDI, ha censurato la mancata previsione del privilegio in favore dei prestatori d'opera intellettuale per le retribuzioni maturate negli ultimi due anni di prestazione; da ultima, Corte cost. 6 aprile 2004, n. 113, in *Riv. esec. forz.*, 2004, p. 439 ss., con nota di A. VALLEBONA, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 2751 *bis* c.p.c. là dove non trovava applicazione per il risarcimento del danno alla professionalità patito in conseguenza dell'illegittimo demansionamento subito.

³⁴ Cfr. A. PATTI, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, XLIX, Milano, 2003, p. 133 ss.

³⁵ Cfr., B. CAPPONI, *Diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2025, p. 306, che così descrive l'intervento riservato ai soli creditori muniti di titolo esecutivo e agli altri menzionati dall'art. 499 c.p.c.

Nel commentare Corte cost. 6 luglio 2011, n. 202 – che ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sottoposta – nota R. ORIANI, *Su un'ordinanza della Corte costituzionale in tema di intervento dei creditori nel*

del privilegio di cui all'art. 2751 *bis* c.c. e, con questa, l'effettività stessa della tutela coattiva dei diritti dei lavoratori si è stemperata notevolmente: al contrario dei creditori assistiti da una prelazione risultante da pubblici registri e di quelli «titolari di un credito di somma di denaro risultante dalle scritture contabili di cui all'articolo 2214» c.c.³⁶, infatti, il lavoratore non può intervenire nel processo esecutivo, a meno che non si sia già munito del relativo titolo; il che determina un'irragionevole e duplice disparità di trattamento riservato ai crediti di lavoro nell'esecuzione individuale rispetto a quello previsto nelle procedure concorsuali³⁷ che, a fronte dell'insolvenza datoriale, è mitigata solo in parte dall'intervento del fondo di garanzia dell'Inps³⁸.

La funzione economica e sociale propria del credito retributivo, previdenziale e assistenziale emerge, altresì e *a contrario*, nella disciplina dettata, *ex latere debitoris*, in ordine ai limiti imposti alla pignorabilità degli stessi³⁹, quali oggetto dell'espropriazione forzata⁴⁰.

In primo luogo, il comma 2 dell'art. 545 dispone l'impignorabilità assoluta dei sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, nonché dei sussidi dovuti per maternità, malattie e funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza; il medesimo regime è dettato, rispettivamente, dall'art. 2117 c.c. e dall'art. 22, comma 4, d.P.R. n. 542/1953, per i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza costituiti dall'imprenditore e per i crediti dovuti dall'Istituto postelegrafonici a titolo assistenziale o assicurativo.

Diversamente, i commi 3 e 4 dell'art. 545 c.p.c. dettano un regime di impignorabilità relativa per gli stipendi e per le altre indennità dei dipendenti pubblici⁴¹ e privati, i quali possono

processo esecutivo, in, *Il processo esecutivo*. Liber amicorum Romano Vaccarella, a cura di B. CAPPONI-B. SASSANI-L. STORTO-R. TISCINI, Milano, 2014, p. 614 ss., che, in tal modo, la norma ha subordinato l'accesso all'espropriazione alla medesima condizione prevista per il suo avvio.

³⁶ In dottrina, rileva la disparità di trattamento con il lavoratore privilegiato a norma dell'art. 2751 *bis* c.c., quando dispone di un progetto di busta paga, M. PILLONI, *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011, p. 171 ss.; nello stesso senso, A. SALETTI, *Le (ultime?) novità in tema di esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 202 ss.

³⁷ In tal senso v., da ultimo, R. SICIUANO, *op. ult. cit.*, p. 273 ss.

³⁸ Il quale, *ex lege* n. 297/1982, è limitato al trattamento di fine rapporto e alle ultime tre retribuzioni spettanti al lavoratore; sul tema, che non è possibile approfondire in questa sede, v. P. CAPURSO, *La protezione sociale del lavoratore per l'insolvenza del datore di lavoro*, in *Lavoro e crisi di impresa*, a cura di A.D. DE SANTIS-A. PATTI, Bari, 2023, p. 91 ss.

³⁹ I quali non sono suscettibili di applicazione analogica; sul tema cfr. Cass., sez. un., 7 luglio 2022, n. 26252, in *Riv. esec. forz.*, 2023, p. 110 ss., con nota di D. LONGO, secondo la quale il regime di impignorabilità previsto dall'art. 545 c.p.c. si applica anche alla confisca per equivalente e al sequestro ad essa finalizzato.

⁴⁰ Secondo S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1966, p. 252 ss., l'impignorabilità, prevista in deroga all'art. 2740 c.c., corrisponde ad una «limitazione legale determinata dal riconoscimento e dalla tutela di determinati interessi come prevalenti su quello del creditore».

⁴¹ In passato, i crediti retributivi dei dipendenti pubblici erano assoggettati ad un regime di impignorabilità assoluta a norma dell'art. 2, d.P.R. n. 180/1950, il quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, dapprima, da Corte cost. 31 marzo 1987, n. 89, e, successivamente, da Corte cost. 26 luglio 1988, n. 878, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1178 ss., con nota di A. SALETTI; a tali pronunce hanno fatto seguito Corte cost. 9 marzo 1990, n. 115; 19 marzo 1993, n. 99; 6-10 giugno 1994, n. 231.

costituire oggetto dell'esecuzione forzata per soddisfare crediti di natura alimentare e, nella misura stabilita dal giudice, ogni altro credito, nonché per assolvere ai tributi⁴² dovuti allo Stato, alle province e ai comuni, nei limiti di un quinto; il successivo comma 5 aggiunge che, in caso di simultaneo concorso di tali cause, il pignoramento può estendersi sino alla metà del credito retributivo spettante al lavoratore.

Una disposizione analoga è stata introdotta dal d.l. n. 83/2015 al comma 7 dell'art. 545 c.p.c. che, su impulso della Corte costituzionale⁴³, ha posto fine alla disparità di trattamento riservata ai trattamenti pensionistici dei dipendenti privati – i quali godevano di un regime di impignorabilità (quasi) assoluta ex art. 69, l. n. 153/1969 – e quelli dei dipendenti pubblici, i quali erano relativamente impignorabili secondo i limiti dettati dall'art. 2, l. n. 180/1950.

Ad oggi, infatti, è prevista un'unica ipotesi di impignorabilità assoluta e parziale, che limita l'importo dei trattamenti pensionistici aggredibili in sede esecutiva nella misura massima mensile pari all'assegno sociale, aumentato della metà, cui, nel 2022, si è aggiunto il «minimo di 1.000 euro»⁴⁴: sotto tale profilo, continua a sussistere una disparità di trattamento con i limiti di impignorabilità relativa prevista per i crediti retributivi, i quali non conoscono l'intangibilità del c.d. "minimo vitale" (i.e., della porzione di retribuzione indispensabile a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, in quanto tale assolutamente impignorabile⁴⁵).

Un ulteriore intervento volto a preservare la funzione costituzionale del credito di lavoro è quello che, per mano della l. n. 132/2015, ha introdotto il comma 8 dell'art. 545 c.p.c.⁴⁶, il quale detta ulteriori limiti alla pignorabilità di stipendi e pensioni depositati sul conto corrente bancario intestato al lavoratore.

Nel valorizzare la conservazione del titolo originario del credito di lavoro, la norma dispone, in particolare, che tali somme, se già accreditate sul conto corrente, possono essere pignorate «per l'importo eccedente il triplo dell'assegno sociale»; viceversa, se vengono depositate alla

In dottrina, sul tema, v. A. TATANGELO, *Impressioni a prima lettura sulle modifiche apportate, con la legge finanziaria per il 2005, al regime dei limiti alle cessioni e alle azioni esecutive aventi ad oggetto i crediti per trattamenti economici spettanti ai lavoratori dipendenti*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, p. 199 ss.

⁴² In tal caso, un limite ulteriore, previsto dall'art. 72 *ter*, d.P.R. n. 602/1973, è individuato nella misura di un decimo per gli stipendi di importo pari a € 2.500,00, che sale sino ad un settimo per quello sino ad € 5.000,00.

⁴³ E, in particolare, di Corte cost. 20 novembre-4 dicembre 2002, n. 506.

⁴⁴ La norma è stata modificata, in particolare, dal d.l. n. 115/2022, il quale ha aggiunto l'inciso indicato nel testo prima del periodo successivo, che già recitava: «La parte eccedente tale ammontare è pignorabile nei limiti previsti dal terzo, dal quarto e dal quinto comma nonché dalle speciali disposizioni di legge».

⁴⁵ La questione, pur sottoposta al vaglio della Consulta, è stata dichiarata manifestamente inammissibile, da ultima da Corte cost. 15 novembre 2018, n. 202; sul tema v. A. MAJORANO, *op. ult. cit.*, p. 420 s., il quale, in ossequio ad una interpretazione costituzionalmente orientata, propone di estendere la soglia di impignorabilità assoluta delle pensioni anche ai trattamenti retributivi.

⁴⁶ La norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost. 31 gennaio 2019, n. 12, in *Rass. esec. forz.*, 2019, p. 823, con nota di R. SICILIANO; in *Giur. it.*, 2019, 1341 ss., con nota di A. SALETTI, nella parte in cui non trovava applicazione ai procedimenti esecutivi in corso.

data del pignoramento o successivamente a quest'ultimo, «nei limiti previsti dal terzo, quarto, quinto e settimo comma, nonché delle speciali disposizioni di legge».

Al fine di evitare la confusione tra tali importi e quelli versati sul conto corrente ad altro e diverso titolo⁴⁷, l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 546 c.p.c. aggiunge che sul terzo debitore (*i.e.* l'istituto bancario o Poste italiane) non gravano gli obblighi del custode previsti, per le altre somme, dal primo periodo della norma⁴⁸, limitatamente ad un importo pari al triplo dell'assegno sociale, sulle somme accreditate a titolo retributivo o previdenziale in data anteriore al pignoramento e, nei limiti previsti dall'art. 545 c.p.c. e dalle speciali disposizioni di legge, sulle somme accreditate per il medesimo titolo alla data del pignoramento o successivamente a quest'ultimo⁴⁹.

A chiusura dell'assetto descritto, il comma 9 dispone l'inefficacia – e non già la nullità⁵⁰ – del pignoramento effettuato in violazione dei divieti, ovvero della parte eccedente i limiti dettati dall'art. 545 c.p.c., la quale è rilevabile d'ufficio dal giudice dell'esecuzione e non necessita dell'opposizione del debitore esecutato che, se promossa anteriormente all'inizio dell'esecuzione forzata, segue, al pari dell'opposizione agli atti esecutivi, il rito di cui agli artt. 409 e ss., con applicazione dei criteri di competenza territoriale previsti, in deroga a quello stabilito dagli artt. 27, 480, comma 3, 615, comma 1, e 617, comma 1, c.p.c., dal combinato disposto dell'artt. 413 e 618 *bis*, comma 1, c.p.c.⁵¹.

⁴⁷ Ancora una volta, su sollecitazione di Corte cost. 15 maggio 2015, n. 85; in precedenza, sulla scorta della natura fungibile del denaro, la giurisprudenza era orientata nel ritenere che, una volta accreditate sul conto corrente, tali somme non conoscessero i limiti al pignoramento dettati dai precedenti commi dell'art. 545 c.p.c.; in tal senso v. Cass. 17 ottobre 2024, n. 10540; e, già, Cass. 9 ottobre 2012, n. 17178, in *Giur. it.*, 2013, p. 2324 ss., con nota di R. CONTE, secondo la quale il credito pignorato è quello alla restituzione delle somme depositate, che trova il proprio titolo nel rapporto di conto corrente, mentre rimane irrilevante il motivo per cui le somme vengono versate.

⁴⁸ Al riguardo, v. D. BORGHESI, *La l. n. 132/2015 interviene ancora sul pignoramento di crediti (con particolare riferimento a quelli di lavoro e previdenziali)*, in *judicium online*, particolarmente critico in ragione delle responsabilità cui viene esposto il terzo debitore che, secondo Cass. 18 maggio 2021, n. 13533, è litisconsorte necessario nell'eventuale giudizio di opposizione proposto dal debitore esecutato.

⁴⁹ Sulle diverse soglie previste dalla norma, v. A. MAJORANO, *op. ult. cit.*, p. 423 s., secondo il quale «Si può discutere se la quota di impignorabilità fissata in relazione alle somme accreditate prima del pignoramento sia adeguata o se essa vada innalzata in ragione della funzione sociale che va riconosciuta al risparmio quando è frutto di anni di attività lavorativa, ma si tratta di una scelta nella piena discrezionalità del legislatore e, ad ogni modo, la disposizione in parola rappresenta in questo senso già un notevole passo in avanti rispetto al passato».

⁵⁰ Critico, al riguardo, R. SICIILIANO, *La tutela esecutiva dei diritti derivanti da rapporti di lavoro*, cit., p. 354 ss., che ricollega l'inefficacia a violazioni strettamente procedurali.

⁵¹ Cfr. Cass., sez. un., 18 gennaio 2005, n. 841, in *Riv. dir. lav.*, 2005, II, p. 4 ss.; diversamente, il comma 2 dell'art. 618 *bis* c.p.c. limita la competenza del giudice dell'esecuzione alla sola fase camerale dell'opposizione all'esecuzione già iniziata, con conseguente competenza funzionale del giudice del lavoro per il giudizio di merito.

Tale interpretazione si è estesa, altresì, all'opposizione agli atti esecutivi, che rimarrebbe sottratta, del pari, alla competenza del giudice dell'esecuzione; così, in giurisprudenza, Cass. 30 luglio 2012, n. 13601; *contra*, in dottrina, D. LONGO, *Le opposizioni dell'esecutato e dei terzi nel processo esecutivo*, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. MICCOLIS-C. PERAGO, Torino, 2009, p. 605 s.

Ancora una volta, però, il sistema delineato dagli artt. 545 e 546 c.p.c. a tutela della funzione alimentare del credito di lavoro rischia di essere neutralizzato dalla duplicazione, tutt'altro che sconosciuta nella prassi, del pignoramento dello stipendio o della pensione, a monte, presso il datore di lavoro o l'istituto previdenziale e, a valle, presso l'istituto bancario⁵².

4. L'esecuzione in forma specifica e le misure coercitive tipiche. Il *vulnus* di effettività della tutela reale del posto di lavoro

Come anticipato, l'inadeguatezza della tutela coattiva dei diritti dei lavoratori deriva, sotto il profilo dell'effettività, dalla mancata previsione di una disciplina esecutiva *ad hoc* che tenga conto del contenuto, spesso infungibile⁵³, degli obblighi di *facere* del datore di lavoro: si pensi, in ipotesi di dequalificazione professionale, all'assegnazione a mansioni confacenti al livello inquadramentale posseduto ex art. 2103, comma 1, c.c.; alla riassegnazione alla sede di lavoro di appartenenza a seguito della declaratoria di invalidità del provvedimento datoriale di trasferimento disposto in violazione dell'art. 2103, comma 8, c.c.; alla riammissione in servizio pronunciata, ad esempio, in conseguenza della declaratoria di nullità del termine apposto al contratto di lavoro subordinato in violazione degli artt. 19 e ss., d.lgs. n. 81/2015; e, non da ultima, alla reintegrazione nel posto di lavoro prevista, in ipotesi di invalidità del licenziamento, dal composito assetto di tutele dettato dall'art. 18, commi 1, 4 e 7, St. lav.⁵⁴ e dagli artt. 2 e 3, d.lgs. n. 23/2015⁵⁵.

⁵² Che, invero, non dovrebbe ammettersi, con conseguente inefficacia del pignoramento a norma del comma 9 dell'art. 545 c.p.c.: infatti, quando la legge processuale ha voluto regolare la possibilità di un simultaneo pignoramento di crediti, lo ha espressamente previsto al comma 5 del medesimo art. 545 c.p.c. riservato al pignoramento dello stipendio.

⁵³ Sulla nozione di infungibilità v. A. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 305, il quale nota che si possono distinguere «diversi livelli di fungibilità e/o infungibilità, a seconda che si privilegi l'aspetto materiale o quello giuridico: saranno materialmente infungibili prestazioni che non consentono la surroga ad opera di terzi (e restando fondamentalmente identico l'interesse creditorio realizzato) mentre saranno giuridicamente infungibili prestazioni che, pur consentendo materialmente tale surroga, in considerazione o dell'autonomia di cui gode il soggetto passivo o della necessaria partecipazione di terzi, tale surroga non consentono»; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XX, Torino, 1998, p. 328 ss., che, nel rilevare l'enigmaticità di tale concetto, ritiene che «l'infungibilità deve essere valutata in relazione all'interesse creditorio oggettivo nella disciplina del singolo rapporto e del suo bilanciamento con il contrapposto interesse debitorio».

⁵⁴ Il quale prevede la reintegrazione nel posto di lavoro nelle seguenti ipotesi: al comma 1, in ipotesi di licenziamento nullo, discriminatorio e inefficace giacché intimato in forma orale; *ii.* a norma del successivo comma 4, in ipotesi di insussistenza del fatto materiale contestato e di alternativa applicazione di una sanzione conservativa prevista dalla contrattazione collettiva per quanto attiene al licenziamento disciplinare, nonché di manifesta insussistenza del fatto addotto a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo disciplinato dal successivo comma 7.

⁵⁵ Per i lavoratori assunti a far data dal 7 marzo 2015, invece, la reintegra, oltre che nelle ipotesi indicate, sub *i.*, alla nota che precede e confluisce nell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, è prevista dal successivo art. 3, comma 2, nel caso in cui sia «direttamente» dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto contestato al lavoratore; a tutte le altre ipotesi di licenziamento illegittimo, invece, si applica la sola tutela indennitaria, sulla quale è, da ultimo, intervenuto il d.l. n. 87/2018, che ha innalzato l'importo minimo e massimo liquidabile a titolo di indennità risarcitoria, ora ricompresa nel *range* di sei e trentasei mensilità.

In tali ipotesi, gli obblighi gravanti in capo al datore di lavoro necessitano della sua cooperazione nell'esercizio del potere direttivo e organizzativo riservatogli, in via esclusiva dall'art. 41 Cost., il quale si scompone in una pluralità di sotto-prestazioni e, in particolare: nell'assegnazione delle mansioni, nella definizione delle modalità esecutive della prestazione lavorativa e nel successivo controllo esercitato su quest'ultima; stante la sua complessità oggettiva, tali obblighi sono emblematicamente condensati nell'ordine di reintegra e, a differenza degli obblighi di *pati* pure sottesi a quest'ultima – quali il reinserimento coattivo sui luoghi di lavoro, la riapertura della posizione previdenziale e il pagamento delle retribuzioni e dei contributi – non sono altrimenti coercibili attraverso il meccanismo surrogatorio disciplinato dagli artt. 612 c.p.c. e 2931 e 2933 c.c.⁵⁶.

Di fronte a tale *impasse*, dottrina e giurisprudenza hanno, nel tempo, proposto diverse soluzioni, volte a restituire effettività al diritto del lavoratore a riottenere il proprio posto di lavoro:

- a. una prima lettura muove dalla natura restitutoria della sentenza di reintegra, la quale sarebbe eseguibile a norma dell'art. 612 c.p.c. nella misura in cui è volta a ripristinare il funzionamento del sinallagma oggetto del contratto di lavoro, invero mai risoltosi⁵⁷;
- b. un'altra posizione è quella di chi ha ritenuto l'eseguitività delle molteplici sotto-prestazioni di *facere* sottese all'ordine di reintegra in forza della modulabilità, rispetto al caso concreto, dei poteri attribuiti al giudice dall'art. 612 c.p.c.⁵⁸;
- c. nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, si è sostenuta la possibilità di nominare, a norma dell'art. 612 c.p.c., un *commissario ad acta* che si sostituisca al datore di lavoro nell'ottemperanza degli obblighi sottesi all'ordine di reintegra⁵⁹;

⁵⁶ Per tale ragione, secondo F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1993, p. 18 ss., l'art. 18, St. lav. applicabile *ratione temporis*, «quando il lavoratore non viene riammesso, attribuisce allo stesso il diritto alla retribuzione, non quello a riottenere coattivamente il posto»; R. SCOGNAMIGLIO, in *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro. Atti della tavola rotonda di Sassari, 13 giugno 1981*, Milano, 1983, p. 14 ss., secondo il quale il legislatore ha inteso contemperare la tutela reale approntata al lavoratore illegittimamente licenziato con la libertà di iniziativa economica privata.

⁵⁷ I. PAGNI, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nella dinamica dell'impresa, del rapporto di lavoro, del mercato e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005, p. 103 ss., secondo la quale si tratterebbe «di nulla di più che far tornare indietro l'orologio al momento dell'estromissione». La posizione dell'Autrice è, evidentemente, condizionata dalla ritenuta natura negoziale dell'azione di impugnativa del licenziamento, assimilata all'azione contrattuale di risoluzione e fondata, ex art. 1456 c.c., sull'inadempimento datoriale costituito dal recesso illegittimo; sul dibattito relativo alla natura dell'azione di impugnativa del licenziamento v., *si vis*, G. AMMASSARI, *Il licenziamento nelle imprese soggette a procedure di crisi*, in *Lavoro e crisi di impresa*, cit., p. 235 ss.

⁵⁸ M. TARUFFO, in *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 28 ss.

⁵⁹ B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e potere esecutivo*, Milano, 1997, p. 210 ss.; ad oggi, tale possibilità è espressamente prevista, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, dall'art. 114, lett. d), c.p.c.

d. si è, poi, valorizzata l'applicabilità della pena prevista, in ipotesi di «Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice», dall'art. 388 c.p. in funzione coercitiva della sentenza di reintegra⁶⁰;

e. infine, per impugnare il licenziamento, si è sostenuto il controverso⁶¹ ricorso alla tutela cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c., la quale apre la strada ai (più ampi) poteri previsti dall'art. 669 *duodecies* c.p.c. in sede di attuazione dell'ordinanza di reintegra.

Nonostante gli sforzi ermeneutici descritti, non può non constatarsi che la tutela di condanna era e rimane «*de iure* e non solo di fatto impotente ad attuare la legge con riferimento proprio a quelle situazioni soggettive cui la Costituzione riserva rango superiore»⁶², con le uniche eccezioni assistite dalla previsione di una misura coercitiva, ad oggi costituite da: *i.* il decreto di repressione della condotta antisindacale ex art. 28, comma 4, St. lav., il quale punisce il datore di lavoro che non ottempera ai sensi dell'art. 650 c.p.; *ii.* la sentenza che, nell'ordinare la cessazione della condotta discriminatoria ex art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011, può adottare «ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti», anche al fine di impedirne la reiterazione; *iii.* l'ordinanza, ovvero la sentenza di condanna alla reintegra del sindacalista interno ex art. 18, ultimo comma, St. lav., il quale prevede che, per ogni giorno di ritardo, il datore di lavoro sia condannato al versamento di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore in favore del Fondo adeguamento pensioni⁶³.

Diversamente, il *vulnus* di effettività conosciuto dalla tutela reale del posto di lavoro si è via via aggravato, dapprima, con le modifiche apportate con la l. n. 108/1990, la quale ha eliminato la misura coercitiva speciale originariamente prevista dal comma 2 dell'art. 18 St. lav.⁶⁴ in ipotesi di inottemperanza all'ordine di reintegra e ha lasciato il passo ad una tutela di natura risarcitoria e non già retributiva⁶⁵; e, successivamente, con le riforme intervenute nel

⁶⁰ V. Trib. Milano 13 novembre 1979, in *Riv. giur. lav.*, 1980, p. 514 ss.

⁶¹ Sul tema v. A.D. DE SANTIS, *I provvedimenti cautelari nelle controversie in materia di lavoro*, in *I procedimenti cautelari*, a cura di A. CARRATTA, Bologna, 2013, p. 1345 ss.

⁶² Così, M. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 1020 ss.

⁶³ Su tali misure v., rispettivamente, A.D. DE SANTIS, *Il procedimento per la repressione della condotta antisindacale*, in *Il processo del lavoro*, cit., p. 517 ss.; *Id.*, *La tutela giurisdizionale della parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro*, *id.*, p. 487 ss.; *Id.*, *La tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi dei c.d. sindacalisti interni*, *id.*, p. 453 ss.

⁶⁴ Il quale disponeva espressamente che «Il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al comma precedente è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza stessa fino a quella della reintegrazione»; secondo C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1342 ss., il credito *de quo*, formando oggetto della sentenza di condanna, diveniva liquido ed esigibile a seguito dell'infruttuosa decorrenza del termine concesso dal lavoratore con l'offerta delle proprie energie lavorative.

⁶⁵ Con conseguente ripetibilità delle somme corrisposte, a tale titolo, al lavoratore in ipotesi di riforma della sentenza di condanna alla reintegrazione; sul tema cfr. E. GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, p. 1087 ss.; A. PROTO PISANI, *Aspetti processuali della*

2012 e nel 2015, le quali hanno sancito l'onnicomprendività dell'indennità liquidata dal giudice in ipotesi di licenziamento illegittimo⁶⁶, che è dovuta «dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione» e, inoltre, è limitata nel *quantum* a norma di quanto previsto dagli artt. 18, commi 4 e 7, St. lav., e 3, d.lgs. n. 23/2015⁶⁷.

Si è persa, così, l'attitudine compulsoria della tutela economica che, in passato, accompagnava la reintegrazione nel posto di lavoro, la quale ha mantenuto una funzione esclusivamente sanzionatoria⁶⁸ della «condotta *contra ius* del datore di lavoro»⁶⁹ e costituita non già dalla

reintegrazione nel posto di lavoro, in *Foro it.*, 1982, V, 9, i cui contributi si inseriscono nel dibattito sviluppatosi in ordine alla portata applicativa dell'art. 336, 2° comma, c.p.c., secondo cui la sentenza d'appello che riforma la sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva non travolge, prima del suo passaggio in giudicato, gli atti esecutivi compiuti (in via spontanea o coatta) anteriormente all'accoglimento del gravame, con la conseguenza che il lavoratore, già spontaneamente reintegrato nel posto di lavoro ed estromesso a seguito della sentenza di riforma, può agire ex art. 18, St. lav. per essere nuovamente reintegrato a seguito della nuova e distinta estromissione.

⁶⁶ Corte cost. 23 aprile 2018, n. 86; in *Giur. it.*, 2018, 4, p. 1951, con nota di I. ALVINO, la quale ha disatteso l'illegittimità costituzionale del 4° comma, art. 18 St. lav. paventata da Trib. Trento nell'ordinanza di rimessione del 26 luglio 2016, *id.*, 2017, p. 718, con nota di F. D'ADDIO.

Al riguardo v., anche, Cass. 7 febbraio 2018, n. 2990, *id.*, 2018, p. 2185 ss., con nota di G. LUCCHETTI; in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 219 ss., con nota di A. VALLEBONA, in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, p. 330 ss., con nota di S. BOLOGNA, secondo la quale, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, in relazione agli artt. 3, 36 e 41 Cost., in caso di accertata illegittimità dell'interposizione di manodopera, i compensi spettanti al lavoratore, a seguito dell'inottemperanza del datore di lavoro interponente all'ordine giudiziale di ripristino del rapporto di lavoro alle sue dipendenze, hanno natura retributiva anziché risarcitoria, con conseguente non deducibilità dell'*aliunde perceptum* alle dipendenze del datore di lavoro interposto con cui il rapporto di lavoro sia nel frattempo proseguito; a tale pronuncia è seguita Corte cost. 28 febbraio 2019, n. 29, che, tuttavia, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata da App. Roma 2 ottobre 2017, stante il mutamento dell'orientamento della Cassazione intervenuto nelle more sulla natura retributiva e non già risarcitoria di tali somme.

⁶⁷ Sul tema v., però, la soluzione offerta da D. BUONCRISTIANI, *Il licenziamento disciplinare. Tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna e Portogallo)*, Padova, 2012, p. 146 ss., che, nel proporre una lettura costituzionalmente orientata, è ricorso all'istituto della *mora accipiendi ex re*: a fronte dell'offerta delle energie lavorative da parte del lavoratore, non troverebbe applicazione l'indennità risarcitoria prevista in ipotesi di licenziamento illegittimo, ma si consoliderebbe in ogni caso l'obbligo retributivo gravante sul datore di lavoro inadempiente, al pari di quanto è ancora previsto dall'art. 18, comma 2, e dall'art. 2, d.lgs. n. 23/2015 per il licenziamento nullo o inefficace giacché intimato verbalmente.

⁶⁸ In tal senso, v., diffusamente, A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, p. 158 ss., secondo il quale l'esclusione della reintegra nel posto di lavoro dalle misure di tutela di natura ripristinatoria deriva dal fatto che, «rispetto al recesso illegittimo del datore di lavoro, il legislatore non reagisce mettendo a disposizione del danneggiato gli strumenti migliori (intesi come quelli in grado di far conseguire il più alto margine di ristoro del pregiudizio e di chances di eliminazione delle conseguenze dell'illecito), volti cioè ad impedire il perpetrarsi della situazione *contra ius*, a reintegrare le perdite subite e a ripristinare lo *status quo ante*, ma, di regola, consente ad una condotta, ancorché illecita (il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo), di modificare vuoi lo stato di fatto, vuoi quello di diritto»; l'A. aggiunge che la natura prevalentemente sanzionatoria, seppur di tipo punitivo-compensativo, assunta dalla reintegra assolve, altresì, una funzione deterrente diretta vuoi nei confronti del datore di lavoro, dissuasione dall'intimare licenziamenti affetti da vizi avvertiti come particolarmente gravi, vuoi nei confronti del lavoratore, dissuasione a sua volta dall'agire in giudizio al fine di ottenere il reinserimento in azienda.

⁶⁹ Così, Corte cost. 23 aprile 2018, n. 86, cit.

(futura) inottemperanza dell'ordine di reintegra, bensì dall'esercizio, illegittimo, del recesso datoriale.

Con quelle stesse riforme del 2012 e del 2015, la tutela reale ha conosciuto una progressiva erosione a monte, la quale ha contribuito a stemperare il dibattito relativo alla sua effettività a valle e, con questa, al rapporto tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente presidiato, in termini di regola-eccezione⁷⁰, dall'art. 24 Cost.

Tale rapporto, però, è stato faticosamente ristabilito, negli ultimi anni, dalle molteplici pronunce della Corte costituzionale intervenute a riscrivere l'assetto di tutele previsto sia dall'art. 18, comma 7, St. lav., che dagli artt. 2, 3 e 9, d.lgs. n. 23/2015⁷¹, le quali hanno

⁷⁰ In questi termini si è espressa, seppur sotto la vigenza del precedente assetto normativo, Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, I, 704, con note di D. DALFINO e A. PROTO PISANI; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 440, con nota di A. VALLEBONA; in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1437, con nota di G. GUARNIERI; in *Mass. giur. lav.*, 2006, 494, con nota di E. BOGHETICH, là dove ha affermato che «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»; nonché, successivamente, Cass. 18 giugno 2012, n. 9966, in *Giur. it.*, 2013, p. 116, con nota di A.D. DE SANTIS, che, tuttavia, riguarda la fattispecie speciale prevista dall'ultimo comma dell'art. 18, St. lav. e relativa alla reintegrazione dei sindacalisti interni.

⁷¹ Nell'ordine:

- Corte cost. 26 settembre, 2018, n. 194, in *Foro it.*, 2019, I, 70, con nota di S. GIUBBONI; in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 1031 ss., con nota di P. ICHINO e F. CARINCI; in *Lav. giur.*, 2019, 2, p. 15 ss., con nota di D. DALFINO, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, p. 23 ss., con nota V. SPEZIALE, che, nel ritenere fondati, seppur parzialmente, i dubbi sollevati da Trib. Roma, 26 luglio 2017 nell'ordinanza di rimessione (in *Lav. giur.*, 2017, 10, p. 897 ss., con nota di M.T. CARINCI), in ordine alla compatibilità degli artt. 1, 2, 3 e 4, d.leg. n. 23/2015 con gli artt. 3, 4 e 35 Cost., ha dichiarato l'illegittimità del solo art. 3, comma 1, cit., là dove, nel contemplare un rigido meccanismo di predeterminazione dell'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, parametrata alla sola anzianità di servizio, inibisce l'esercizio del potere discrezionale del giudice in sede di liquidazione del risarcimento;

- Corte cost. 16 luglio 2020, n. 150, in *Foro it.*, 2020, I, 2982, con nota di richiami di R. ROMBOLI e commento di S. GIUBBONI, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli art. 3, 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost., l'art. 4, d.lgs. n. 23/2015, limitatamente alle parole «di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», in quanto, livellando la tutela indennitaria sulla sola anzianità di servizio, lede irragionevolmente la regola di adeguatezza dei rimedi previsti avverso i licenziamenti illegittimamente disposto in violazione del requisito di motivazione o della procedura prevista dall'art. 7, St. lav. e preclude il vaglio giudiziale di altre variabili connesse alla fattispecie dedotta in giudizio;

- Corte cost. 1° aprile 2021, n. 59, in *Foro it.*, I, 1509, con nota di A.M. PERRINO, che, nel dichiarare incostituzionale l'art. 18, comma 7, St. lav., nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, «può altresì applicare» – invece che «applica altresì» – la disciplina di cui all'art. 18, comma 4, St. lav., ha eliso quel margine di discrezionalità precedentemente riconosciuto in capo al giudice sulla scorta dell'interpretazione offerta da Cass. 2 maggio 2018, n. 10435 (in *Dir. merc. lav.*, 2019, I, p. 909 ss., con nota di G. AMMASSARI), espressamente disattesa dalla Consulta;

- Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125, in *Foro it.*, 2022, I, 2612, con commento di G. AMMASSARI, secondo la quale è incostituzionale l'art. 18, comma 7, secondo periodo, St. lav., limitatamente alla parola «manifesta», riferibile all'insussistenza del fatto necessaria ai fini dell'applicazione della tutela reale;

- Corte cost. 16 luglio 2024, n. 128, in *Foro it.*, 2025, I, 952, con nota di P. ANASTASIA la quale ha dichiarato incostituzionale l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui non prevede che la reintegra si applichi anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore;

- Corte cost. 16 luglio 2024, n. 129, in *ADL online*, 6/2024, con nota di C. CESTER, secondo la quale sono costituzionalmente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui non prevede

restituito alla reintegra un ambito d'applicazione d'elezione e, viceversa, ricondotto la tutela indennitaria alle sole ipotesi che «esulano dal fatto giuridicamente rilevante, inteso in senso stretto, [quali] il mancato rispetto della buona fede e della correttezza che presiedono alla scelta dei lavoratori da licenziare, quando questi appartengono a personale omogeneo e fungibile»⁷².

A fronte di tale dibattito – che, sul piano dogmatico, ha contribuito al superamento della correlazione necessaria tra tutela di condanna ed esecuzione forzata⁷³ – stride oltremodo la

l'applicazione della tutela reintegratoria anche nell'ipotesi del licenziamento comminato per un fatto per cui il contratto collettivo prevede solo una sanzione conservativa; tuttavia, la disposizione in parola deve essere interpretata, affinché sia conforme a Costituzione, nel senso che deve considerarsi assimilato all'insussistenza del fatto materiale anche il caso di licenziamento disciplinare in cui il fatto sussista ma esso sia stato ricondotto dal contratto collettivo ad ipotesi specifica e tipizzata di inadempienza per la quale sia prevista la sola sanzione conservativa, con conseguente applicazione della reintegrazione.

- Corte cost. 21 luglio 2025, n. 118, la quale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale – in riferimento agli artt. 3, 4, 35, 41 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 24 CSE – dell'art. 9, comma 1, del D.Lgs. n. 23/2015, limitatamente alla previsione in base alla quale l'ammontare delle indennità risarcitorie di cui agli artt. 3, comma 1, 4, comma 1 e 6, comma 1, non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, poiché l'imposizione di un tetto, stabilito in sei mensilità di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto e insuperabile anche in presenza di licenziamenti viziati dalle più gravi forme di illegittimità, comprime eccessivamente l'ammontare dell'indennità».

Per completezza, si segnalano, anche:

- Corte cost. 26 novembre 2020, n. 254, in *Riv. giur. lav.*, 2021, II, p. 205 ss., con nota di F. AIELLO, che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine alle conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 10 d.lgs. n. 23/2015 in caso di declaratoria di illegittimità dei licenziamenti collettivi per violazione dei criteri di scelta;

- Corte cost. 22 luglio 2022, n. 183 (*in Foro it.*, 2022, I, 2877), che, nel dichiarare «inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), sollevate, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 4, 35, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30, dal Tribunale ordinario di Roma» con ordinanza del 26 febbraio 2021, ha rivolto un monito al legislatore, ritenendo indifferibile la riforma della disciplina dell'indennità prevista dal *Jobs Act* per i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese.

⁷² Così, Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit.

⁷³ Imperniato, come noto, sul brocardo *nemo praecise ad factum cogi potest*, sul quale v., per tutti, S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.

Sul dibattito allora ingeneratosi in dottrina v., tra i fautori dell'impostazione tradizionale, C. MANDRIOLI, *op. ult cit.*, p. 1342 ss.; *contra*, v., invece, A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 620 ss.

Per l'assodata ammissibilità della condanna del datore di lavoro ad un *facere* infungibile v. Cass. 5 settembre 2014, n. 18779; 23 settembre 2011, n. 19454; nonché, con specifico riguardo alla condanna alla reintegra Cass. 17 luglio 1992, n. 8721, ove si afferma che «ciò che rileva è l'operatività della pronuncia nell'ambito del possibile giuridico e non già in quello diverso del possibile materiale». *Contra* v., tuttavia, Cass. 20 aprile 2021, n. 10378; 4 dicembre 2015, n. 24378, le quali hanno affermato che «la violazione dei criteri, stabiliti in sede di contrattazione collettiva, per la scelta dei lavoratori da porre in cassa integrazione comporta, per il lavoratore ingiustificatamente sospeso non il diritto alla riammissione in servizio, versandosi in tema di *facere* infungibile fuori della sfera di operatività della L. n. 300 del 1970, art. 18, ma solo il diritto al risarcimento del danno, nella misura corrispondente alla differenza tra le retribuzioni spettanti nel periodo di ingiustificata sospensione del rapporto ed il trattamento di cassa integrazione corrisposto nello stesso periodo».

perdurante esclusione⁷⁴ delle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. dall'ambito applicativo della misura coercitiva generale prevista dall'art. 614 *bis* c.p.c., della cui legittimità costituzionale si è dubitato sin dalla sua introduzione⁷⁵.

Fors'anche in ragione della difficoltà di motivare, a fronte (dell'inapplicabilità) di una condanna in futuro, sulla rilevanza della relativa questione di legittimità costituzionale, l'irragionevole disparità di trattamento foraggiata dalla norma non è mai approdata al vaglio della Consulta⁷⁶.

Ad oggi, però, i tempi sembrerebbero maturi per la rimessione di tale esclusione al giudice delle leggi, se non dal giudice del lavoro, da quello dell'esecuzione che, a seguito della novella del 2022⁷⁷, può concedere la misura coercitiva di cui all'art. 614 *bis*, comma 2, c.p.c. *ex post*⁷⁸ e, quindi, a fronte dell'attuale inottemperanza datoriale all'ordine di reintegra, ma non solo.

Ginevra Ammassari
Dottore di ricerca

⁷⁴ La quale sembrava essere stata espunta in sede di lavori preparatori e, invece, è stata mantenuta dalla legge delega n. 206/2021, sulla quale v. G. COSTANTINO, *L'esecuzione forzata*, in *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di G. COSTANTINO, Bari, 2022, p. 121 ss.

⁷⁵ V. ID., *Tutela di condanna e misure coercitive*, in *Giur. it.*, 2014, p. 738 ss.; S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, *id.*, 2014, p. 735 ss.; più di recente, per un confronto con gli strumenti a disposizione del dipendente pubblico, che può azionare il giudizio di ottemperanza disciplinato dall'art. 112, comma 2, lett. c), c.p.a. e, in quella sede, chiedere la nomina di un *commissario ad acta*, ma anche l'applicazione della misura coercitiva previste dal successivo art. 114, comma 4, lett. d) e e), c.p.a., v. A.D. DE SANTIS, *La realizzazione coattiva dei diritti dei lavoratori*, in *Il processo del lavoro compie 50 anni*, cit., p. 163 ss.

⁷⁶ Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano 19 dicembre 2018, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 683 ss., il quale non ha dato seguito all'eccezione di legittimità costituzionale proposta dal ricorrente e ha affermato che questo, a fronte della mancata ottemperanza da parte del datore di lavoro all'ordine giudiziale di reintegra, ha diritto al risarcimento del danno alla professionalità.

Al riguardo, v., però, le considerazioni di R. TISCINI, *Efficacia e stabilità dei provvedimenti decisori resi nel corso del procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti assoggettati al regime di tutela reale*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 531 ss., la quale rileva il carattere eminentemente politico della scelta *de qua*, la quale risponde alla discrezionalità riconosciuta al legislatore processuale, che non è censurabile in sede di legittimità costituzionale.

⁷⁷ Sul tema v., da ultima, V. CARNEVALE, *L'esecuzione indiretta*, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, in *Gli Speciali del Foro it.*, Rimini, 2025, p. 795 ss.

⁷⁸ Al riguardo, Trib. Brindisi 29 luglio 2025, ha disposto «l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, perché: "voglia dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 614 *bis* c.p.c. – nella formulazione applicabile, *pro tempore*, alla fattispecie concreta – nella parte in cui – legittimando un vincolo *sine die* e, quindi, perpetuo – non prevede, da parte del Giudice dell'opposizione a precetto, l'esercizio, su istanza di parte o d'ufficio, del potere di determinare un tetto quantitativo massimo (o anche solo temporale) all'operare delle misure *ex art. 614 bis* c.p.c. Ciò, nell'ipotesi in cui tale fissazione non sia già avvenuta, *ex ante*, da parte del giudice della cautela, oppure da parte dal giudice del merito (e sempre che non esista un giudicato sul punto)».



ROBERTA TISCINI

Sul regime delle preclusioni nel procedimento semplificato di cognizione*

Il saggio esamina il regime delle preclusioni nel procedimento semplificato di cognizione così come introdotto agli artt. 281 *decies* c.p.c. ss. dalla riforma Cartabia e dal suo correttivo. Nell’ sviluppo dell’indagine, l’Autrice si sofferma, in un primo momento sulla disciplina del rito semplificato quando esso nasce e si conclude con tali modalità; successivamente, indaga il corrispondente regime in caso di conversione da rito ordinario in semplificato, alla luce del novellato art. 171 *bis* c.p.c.

This essay examines the procedural preclusions in the simplified cognition procedure as introduced in art. 281 *decies* c.p.c. by the Cartabia reform and its amendment. The author first focuses on the regulation of the simplified procedure when it originates and concludes with these modalities; subsequently, she investigates the corresponding regime in the case of conversion from an ordinary procedure to a simplified one, according to art. 171 *bis* c.p.c.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le barriere preclusive degli atti introduttivi. – 3. Preclusioni istruttorie implicite? – 4. Segue: ulteriori considerazioni intorno alle preclusioni istruttorie. – 5. L’esercizio dello *ius poenitendi*. – 6. Segue: ulteriori considerazioni sullo *ius poenitendi*. – 7. Le preclusioni derivanti dalla conversione del rito da ordinario in semplificato. – 8. L’auspicio di chiarimenti interpretativi.

1. Considerazioni introduttive

Il tema delle preclusioni nel procedimento semplificato di cognizione si presta ad essere indagato da diverse angolazioni, tenuto conto sia dei caratteri propri del rito (modello che si affianca e talora sovrappone agli altri riti a cognizione piena¹), sia di variabili dipendenti dalle diverse opzioni interpretative che ne contraddistinguono le dinamiche. Per avvicinarsi alle questioni problematiche, alcune premesse di metodo si impongono.

Cominciamo col dire che il fatto stesso che in un ambito della disciplina processuale che per definizione dovrebbe essere corredato da regole certe - quello delle preclusioni - sussistano tuttora diverse e talora contraddittorie ricostruzioni (in punto teorico e al cospetto di una giurisprudenza al momento piuttosto esigua) è il sintomo della cattiva fattura delle disposizioni di riferimento, la quale lascia aperto più di un dubbio. Alla ricerca dell’opzione che meglio renda funzionale il procedimento semplificato, è bene allora inclinare verso letture dell’incerto

*Testo della Relazione tenutasi al Corso di Formazione presso la Scuola Superiore della Magistratura “*Il procedimento semplificato di cognizione*”, Napoli, 28 ottobre 2025.

¹ È indubbia, allo stato, la qualificazione del procedimento semplificato di cognizione quale rito a cognizione piena, non a caso collocato nel libro II del codice e rinominato rito “semplificato” (in luogo del previgente “sommario” degli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.).

testo normativo che rendano appetibile un istituto che la riforma Cartabia non ha esitato a promuovere quale modello addirittura da privilegiare rispetto all'ordinario². Il che, proprio intorno al regime delle preclusioni, impone di smussare gli angoli (fin dove la disciplina positiva lo consenta). D'altra parte, è nella prospettiva di lenire le asperità del dato normativo che si colloca la successione tra il primo decreto Cartabia n.149/2022 e il correttivo n.164/2024, il quale – da ultimo - ha prospettato soluzioni (apparentemente) più accomodanti proprio intorno al maturare delle barriere preclusive. Occorre d'altra parte considerare anche l'esigenza, nel dubbio tra più alternative, di optare per l'esegesi che renda il procedimento snello e celere, in quella prospettiva di semplificazione del rito che ne dovrebbe rappresentare il connotato principale.

Infine, va considerato che è questo un modello che non sempre vive di vita autonoma, appoggiandosi significativamente sul rito ordinario non solo perché da esso mutua le regole di fondo che lo governano, ma anche perché è in esso che può confluire (o da esso può derivare) in caso di conversione; sicché, è inevitabile guardare al rito ordinario, *mutatis mutandis*, ogni qualvolta si tratti di colmare le lacune che (inopinatamente) contraddistinguono introduzione e trattazione della causa.

In un quadro di estrema sintesi, le riflessioni vanno condotte sotto un duplice profilo:

- a) Con riferimento alle preclusioni che maturano all'interno del rito semplificato in sé;
- b) Quando le preclusioni emergono in conseguenza della conversione del rito, ove cioè al semplificato si giunga dopo una prima fase di rito ordinario³ (*rectius*, quando la domanda è proposta nelle forme ordinarie – con citazione – e il giudice dispone la conversione al momento delle verifiche preliminari)⁴.

2. Le barriere preclusive degli atti introduttivi

Iniziando dal punto *sub a)* – domanda introdotta nelle forme semplificate - le questioni da esaminare sono diverse: da un lato, in relazione alle preclusioni che maturano negli atti introduttivi, da un altro, con riferimento a quelle legate al potere di proporre *nova* in corso di

² Si è evidenziato da subito come il *favor* per il rito semplificato esprima l'esigenza di fuggire dalle insidie della fase anteriore all'udienza - cadenzata dalla successione tra verifiche preliminari (art. 171 *bis* c.p.c.) e memorie integrative (art. 171 *ter* c.p.c.). Si tratta evidentemente di un atteggiamento contraddittorio del novello legislatore che, da un lato, stravolge la fase introduttiva del rito ordinario e dall'altro, promuove il modello semplificato proprio perché capace di bypassare tale fase. Per queste considerazioni sia consentito rinviare a R. TISCINI, *Commento all'art. 281 decies*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Seconda edizione. Commento ai d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, 31 ottobre 2024, n. 164, 27 dicembre 2024, n. 216*, a cura di R. TISCINI e con il coordinamento di C. BRIGUGLIO, M. FARINA, B. LIMONGI, Pisa, 2025, p. 5535 ss.

³ Per una riassuntiva elencazione delle modifiche apportate dal correttivo (d.lgs. n. 164/2024 all'ipotesi *sub b)*, vd. la relazione di I. PAGNI, *Il procedimento semplificato di cognizione e le preclusioni*, §§ 1 e 2)

⁴ Non prenderò in considerazione la situazione opposta – di conversione dal semplificato all'ordinario – perché in quest'ultimo caso, semmai, il regime delle preclusioni andrebbe indagato intorno al rito di destinazione (l'ordinario), né esaminerò il caso in cui il semplificato funge da modello (così nel procedimento davanti al giudice di pace o nel d.lgs. n. 150/2011) sussistendo qui specifiche varianti procedurali, la cui indagine richiederebbe una autonoma e puntuale trattazione.

causa; questioni all'interno della quali vanno a loro volta distinte le preclusioni relative all'attività assertiva da quelle che riguardano l'attività asseverativa.

Quanto al primo aspetto – e limitando per il momento l'indagine intorno alla delimitazione dell'oggetto del processo - le preclusioni (esplicite) destinate a maturare sin dagli introduttivi sono analoghe a quelle già disciplinate nel previgente procedimento sommario di cognizione degli artt. 702 *bis* ss c.p.c. L'art. 281 *undecies* comma 3 c.p.c. stabilisce infatti che il convenuto *“a pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non sono rilevabili d'ufficio”* (comma 3 art. 281 *undecies* c.p.c.)⁵. Aggiunge poi il comma 4 art. 281 *undecies* c.p.c. che *“se il convenuto intende chiamare un terzo deve, a pena di decadenza, farne dichiarazione nella comparsa di costituzione e chiedere lo spostamento dell'udienza”*. Con la conseguenza che *“il giudice, con decreto comunicato dal cancelliere alle parti costituite, fissa la data della nuova udienza assegnando un termine perentorio per la citazione del terzo. La costituzione del terzo in giudizio avviene a norma del terzo comma”* (comma 4 art. 281 *undecies* c.p.c.)⁶.

Si conferma così il sistema rigido di preclusioni che richiama (quantomeno con riferimento alla prima barriera) quello operante nel rito ordinario (sotto questo profilo, rimasto immutato dopo l'incisiva modifica segnata dall'introduzione della fase pre-udienza nella successione tra verifiche preliminari e memorie integrative: artt. 171 *bis* e 171 *ter* c.p.c.). È quindi inequivoca la norma nell'agganciare alla prima barriera preclusiva – da collegare al deposito tempestivo della comparsa di costituzione e risposta – la consumazione del potere di proporre tanto le domande riconvenzionali, quanto le eccezioni in senso stretto, quanto ancora la chiamata in causa del terzo, oltre all'eccezione di incompetenza, anche essa destinata a precludersi per il convenuto con il deposito tempestivo della comparsa di risposta (art. 38 c.p.c.)⁷.

Le dinamiche del rito semplificato non escludono poi – non diversamente da quello ordinario – la possibilità di ampliare l'oggetto del processo in corso di causa. In proposito, il decreto

⁵ Lo stesso comma 3 art. 281 *undecies* c.p.c. onera il convenuto di *“proporre le sue difese e prendere posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall'attore a fondamento della sua domanda”*. Ne deriva l'operatività anche nel contesto del semplificato – non diversamente da come accade nel rito ordinario delle conseguenze negative da ricollegare alla mancata contestazione dei fatti. Il che induce a ritenere estendibile anche qui il principio di non contestazione (per tutti, G.P. CALIFANO, *Il procedimento semplificato di cognizione dopo il correttivo Cartabia*, Bologna, 2025, p. 45; D. NOVIELLO, *Operatività della non contestazione nel processo semplificato di cognizione*, in *Giur. it.*, 2025, p. 1551. Anche secondo I. PAGNI, *Il procedimento semplificato*, cit., § 4, l'onere per le parti di prendere posizione matura *in limine litis*, allo scopo di assicurare un ordinato sviluppo del processo.

⁶ Sul contenuto della comparsa di risposta ed il maturare delle relative preclusioni, vd. da ultimo l'approfondita ricostruzione di A. MERONE, *Il modello semplificato di cognizione tra principi e regole del processo*, Napoli, 2025, p. 259 ss.; Id, *Il rito semplificato di cognizione*, in *Il processo ordinario e semplificato di cognizione di primo grado*, Milano, 2024, p. 237 ss., spec. 337.

⁷ Quanto al potere ufficioso, resta fermo come nel regime vigente ai tempi del procedimento sommario, il rilievo all'udienza, così come chiarito dopo le modifiche apportate all'art. 38 c.p.c. dal decreto correttivo n. 164/2024. Sul tema, vd. G.P. CALIFANO, *Il procedimento semplificato di cognizione dopo il correttivo Cartabia*, cit., p. 39.

correttivo n. 164/2024 ha fatto chiarezza su un profilo che si prestava a dubbi nella previgente versione testuale, ma che, a dire il vero, aveva già trovato agevole risposta nella prassi applicativa: la novità riguarda l'attività che si può svolgere in udienza quale espressione del contraddittorio. L'art. 281 *duodecies* comma 3 c.p.c. stabilisce oggi che alla prima udienza “a pena di decadenza, le parti possono proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni proposte dalle altre parti”. Si aggiunge il potere di proporre non solo eccezioni nuove, che sono conseguenza delle difese di controparte (in particolare, del convenuto), ma anche le “domande” parimenti nuove e parimenti espressione del contraddittorio⁸ (la cd. *reconventio reconventionis*). La novella chiarisce così l'ambito dei *nova* deducibili, non diversamente da quanto avviene nel modificato art. 171 *ter* c.p.c., relativamente alla seconda memoria integrativa, in una prospettiva di *favor* per il modello semplificato, ampliando il più possibile le attività destinate all'udienza nel rispetto del contraddittorio⁹.

3. Preclusioni istruttorie implicite?

I primi veri dubbi si affacciano in relazione alle richieste istruttorie. Nel descrivere il contenuto degli atti introduttivi, le disposizioni di riferimento tacciono sul maturare di preclusioni esplicite; sicché, il silenzio dovrebbe leggersi quale assenza di barriere, con conseguente possibilità di formulare istanze istruttorie anche all'udienza (e oltre, nelle memorie dell'art. 281 *duodecies* comma 4 c.p.c., come meglio evidenzierò a breve¹⁰).

Nella vigenza del rito sommario di cognizione, si era ipotizzato il maturare di una preclusione implicita¹¹, dovuta al fatto che le parti che non volevano (o volevano, a seconda dei punti di vista) la conversione del rito erano tenute a dimostrare che la causa era (o non era) complessa; questione sulla quale incideva una più o meno articolata attività istruttoria¹². Sicché, seppure non espressamente previsto, le parti finivano per essere onerate della formulazione delle istanze istruttorie sin dagli atti introduttivi. La giurisprudenza in realtà non aveva aderito al

⁸ G.P. CALIFANO, *Il procedimento semplificato*, cit., p. 47.

⁹ O anche con lo scambio delle memorie nell'opzione su cui tornerò *infra* §§ 4 e 5.

¹⁰ *Infra* §§ 4 e 5.

¹¹ Evoca anche nel regime vigente la possibilità di preclusioni implicite, A.A. ROMANO, *Le disposizioni integrative e correttive della riforma del processo civile. Decreto legislativo 31 ottobre 2024, n. 164*, Pisa, 2025, p. 38.

¹² Per queste considerazioni, A.M. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Torino, 2013, p. 357 ss.; P. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 259; In generale, sulla preclusione cd. funzionale o implicita in materia di prove, B. CIACCIA CAVALLARI, *Le preclusioni e l'istruzione probatoria del nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 904. Sul maturare delle preclusioni istruttorie ove la parte non articoli le relative richieste negli atti introduttivi, Cass., 22 marzo 2022, n. 9212 (nel senso di non poter poi formulare le relative richieste nel giudizio di appello). Analogamente, con riferimento al vigente rito semplificato di cognizione, A.R. MINGOLLA, *Le preclusioni nel processo di cognizione dopo la riforma. Rito ordinario e semplificato*, Pisa, 2025, p. 137.

riconoscimento ufficiale di una preclusione in questi termini, consentendo anche in udienza lo svolgimento dell'attività asseverativa¹³.

Volendo trasporre analoghe considerazioni sul vigente regime, si dirà che, ove si voglia immaginare il maturare di preclusioni istruttorie sin dagli atti introduttivi, queste sarebbero comunque implicite, e, in quanto tali, non certo espressione di una vera e propria barriera preclusiva (la quale – alla stregua dei termini perentori – è tale solo se espressamente prevista). In altre parole, delle due l'una: o la preclusione è contemplata per legge – e allora essa opera in via generale ed astratta – ovvero la legge tace sul compimento di una certa attività a pena di decadenza, nel qual caso non di vera preclusione si tratta, bensì di una regola di buon senso che consegue al rischio del prodursi di effetti pregiudizievoli nelle dinamiche del giudizio (a seguito di una condotta processuale, in ogni caso non inibita).

Piuttosto, a favore dell'esistenza di preclusioni implicite (in direzione opposta, quando la causa è introdotta nelle forme ordinarie e si pone il dubbio di mutare il rito) milita la nuova tempistica per la conversione da ordinario in semplificato, ora (alla luce del decreto correttivo n. 164/2024) collocata al momento delle verifiche preliminari (art. 171 *bis* comma 4 c.p.c.), e quindi in una fase anteriore al maturare delle preclusioni per l'articolazione delle richieste istruttorie (nel rito ordinario, agganciata alle memorie integrative dell'art. 171 *ter* c.p.c.). Sul tema tornerò a breve; per il momento mi limito ad osservare come la parte che voglia condizionare la scelta del giudice intorno alla convertibilità del rito, non potendolo fare nel contraddittorio attraverso un confronto immediato e diretto con il giudice stesso (confronto che al momento delle verifiche preliminari non si realizza), dovrà operare esponendo sin dal primo atto costitutivo le proprie difese (in punto, tanto di allegazione dei fatti, quanto di formulazione delle richieste istruttorie). Siamo anche qui in presenza dell'implicito, ma con una prevedibilità del comportamento delle parti – nella prospettiva della conversione – da non trascurare nell'economia generale del modello semplificato.

4. Segue: ulteriori considerazioni intorno alle preclusioni istruttorie

Abbandonando l'implicito – e fermando ancora l'attenzione sulle preclusioni istruttorie – le uniche disposizioni che evocano l'onere per le parti di chiedere l'ammissione dei mezzi di prova sono l'art. 281 *undecies* comma 3 c.p.c. laddove stabilisce che il convenuto nella comparsa di risposta deve indicare *“i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione”*, nonché l'art. 281 *duodecies* comma 4 c.p.c. secondo cui all'udienza *“quando l'esigenza sorge dalle difese della controparte, il giudice, se richiesto, concede alle parti un termine perentorio non superiore a venti giorni per precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni, per indicare i mezzi di prova e produrre documenti, e un ulteriore termine non superiore a dieci giorni per replicare e dedurre prova contraria”*. Quest'ultima

¹³ Cass. 31 agosto 2021, n. 23677; Cass. 7 luglio 2021, n. 46; Cass. 18 dicembre 2015, n. 25547.

disposizione va esaminata sotto un duplice profilo: in un primo momento, in relazione al potere (all'eventuale maturare di preclusioni) nel formulare le istanze istruttorie, successivamente con riferimento al potere di precisazione e modificazione di domande ed eccezioni già proposte.

In punto di preclusioni istruttorie, la dottrina allo stato è divisa tra chi le riconduce (nella maniera più rigida) allo scadere del termine per il deposito degli atti introduttivi¹⁴, chi ne impone il deposito all'udienza¹⁵, e chi invece (più elasticamente) ammette che tale attività possa compiersi anche con lo scambio delle memorie¹⁶ il cui termine (20+10) sia stato concesso dal giudice su richiesta di parte nonché “*quando l'esigenza sorge dalle difese del convenuto*” (art. 281 *duodecies* comma 4 c.p.c.). Va premesso che in proposito la fattura della norma è tutt'altro che chiara, sicché la creatività interpretativa si impone in un contesto in cui – al contrario - proprio in quanto riferibile al regime delle preclusioni, avrebbe dovuta assicurarsi la massima trasparenza nell'esplicitare il termine ultimo per formulare la richiesta di ammissione di mezzi di prova.

Il tema va affrontato, quindi, non solo in base all'esegesi dell'art. 281 *duodecies* comma 4 c.p.c. (unitamente all'art. 281 *undecies* comma 3 c.p.c.), ma anche secondo opportunità guardando al profilo teleologico del modello semplificato. Sul piano dell'opportunità, si potrebbe in effetti muovere verso la soluzione più rigida (barriere preclusive collocate al momento degli atti introduttivi anche in relazione alle richieste istruttorie), sia nella prospettiva della massima celerità a cui mira il rito, sia anche in relazione alla già menzionata configurabilità di preclusioni implicite. Tuttavia, va pure considerato il dato normativo, laddove lo stesso art. 281 *undecies* comma 3 c.p.c., nel ricostruire talune preclusioni inserendole in comparsa di risposta (domanda riconvenzionale, eccezioni in senso stretto, chiamata in causa di terzo)¹⁷, tace sulle

¹⁴ A. MOTTO, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in www.judicium.it, § 3. Nel medesimo senso, nella versione anteriore al correttivo n. 164/2024, la relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione, 1° dicembre 2022, 82. Sostanzialmente nel medesimo senso, E. DALMOTTO, *Il procedimento semplificato*, in *Lezioni sul nuovo processo civile*, a cura di E. DALMOTTO, 2023, p. 93 ss. spec. 102.

¹⁵ A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile (D.lgs., 10 ottobre 2022, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206)*, Torino, 2023, p. 82; G. BALENA, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *Foro it. Gli speciali*, n. 4/2022, *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, Piacenza, 2023, p. 162; M. STELLA, *I nuovi riti di cognizione e il ruolo dell'avvocato, in particolare nel rito semplificato*, in *questa Rivista*, 2023, p. 815 ss.; G. FABBRIZZI, *Considerazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1579; P. WIDMANN, *Procedimento semplificato di cognizione e barriere preclusive*, in *Giur. it.*, 2015, p. 569; A. MERONE, *Il modello semplificato di cognizione*, cit., 297. In questo senso, dopo le modifiche apportate dal correttivo n. 164/2024, Trib. Verona, 3 dicembre 2024, in *Giur. it.* 2025, p. 568, con nota di P. WIDMANN e ivi, 2025, p. 794, con nota di N. DEL VECCHIO.

¹⁶ G.P. CALIFANO, *Il procedimento semplificato*, cit., p. 48; C. TARASCHI, *Riforma processo civile: il nuovo rito semplificato di cognizione*, in www.ilprocessocivile.it, 8 novembre 2022; A.R. MINGOLLA, *Il processo semplificato*, in *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di CECCHIELLA, Bologna, 2023, p. 184, 192. Pone in risalto il ruolo delle memorie per tutto ciò che non trova spazio in udienza, B. GAMBINERI, *Il procedimento semplificato di cognizione (o meglio, il “nuovo” processo di cognizione di primo grado)*, in *Quest. Giust.*, 31 maggio 2023, p. 1 ss., spec. 23.

¹⁷ Su cui *retro* § precedente.

altre relative all'attività asseverativa; sicché *ubi lex voluit dixit ubi noluit taquit*¹⁸. Quanto all'ipotesi che la preclusione maturi all'udienza, è questa una soluzione senz'altro condivisibile, ma anche qui non supportata dal dato testuale, salvo che le parti rinuncino allo scambio delle memorie; nel qual caso, non essendoci in concreto l'appendice scritta (rigorosamente ammessa su istanza di parte), è evidente che la barriera preclusiva possa maturare solo in udienza.

Peraltro – forti anche dell'interpretazione tradizionalmente riconosciuta intorno all'(abrogato) comma 6 art. 183 c.p.c. – lo scambio delle memorie non deve necessariamente seguire la trattazione in udienza, potendo essere sostitutivo di quest'ultima, quando si decida di non trattare la causa all'udienza stessa, bensì di bypassarla svolgendo le medesime attività proprio nell'appendice scritta. In quest'ultimo caso – come avveniva nel previgente art. 183 comma 6 c.p.c. – sono le memorie a individuare il termine ultimo per l'articolazione delle richieste istruttorie.

Seguendo analoghe direttrici, occorre dunque rileggere (in modalità costituzionalmente orientata) il comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c. nella parte in cui subordina la concessione del termine per lo scambio delle memorie all'osservanza del contraddittorio ("*quando l'esigenza sorge dalle difese della controparte*"). In altra sede¹⁹ ho avuto modo di notare come, seppure la disposizione non brilli per chiarezza, va escluso che la richiesta di ammissione delle prove sia subordinata ad una dettagliata dimostrazione di consequenzialità rispetto alle difese avversarie, essendo *in re ipsa* la dipendenza dell'attività istruttoria alle difese di controparte (o più in generale, al *thema decidendum*²⁰).

Si può quindi concludere, con riferimento alle preclusioni relative all'attività asseverativa, che se la dinamica procedimentale prevede il solo svolgimento dell'udienza – senza appendice scritta – è questo il termine ultimo per articolare le richieste istruttorie; ove invece in concreto siano stati concessi i termini per lo scambio delle memorie (magari sostitutive della trattazione in udienza), è ben possibile formulare le relative richieste anche in quest'ultima fase.

5. L'esercizio dello *ius poenitendi*

Il tema trattato nel § precedente si intreccia con il potere di precisazione e modificazione delle domande. Anche in proposito, la lacuna normativa impone uno sforzo interpretativo notevole. L'unica disposizione che si occupa dello *ius poenitendi* è il comma 4 dell'art. 281 *duodecies* c.p.c. in cui l'esercizio di tale potere si confonde e sovrappone a quello di chiedere la

¹⁸ Nel medesimo senso, P. WIDMANN, *Procedimento semplificato*, cit., p. 572; A. MERONE, *Il modello semplificato di cognizione*, cit., p. 300; Trib. Milano, 22 maggio 2025, in onelegale.it.

¹⁹ R. TISCINI, *Commento all'art. 281 duodecies*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Seconda edizione*, cit., p. 559 ss., spec. 572; ID, *Le novità del decreto correttivo alla riforma Cartabia sul procedimento semplificato di cognizione*, in www.judicium.it, 11 giugno 2024.

²⁰ Di cui la delimitazione del *thema probandum* è un riflesso.

concessione di termine per lo scambio di memorie dopo l'udienza: poteri, entrambi, che confusamente la disposizione subordina non solo all'istanza di parte, ma anche alla dimostrazione che l'esigenza sorga dalle difese della controparte.

Si è a lungo dibattuto intorno alla nuova formulazione della disposizione, all'esito del correttivo n. 164/2024. In estrema sintesi. La versione originaria dell'art. 281 *duodecies* comma 4 c.p.c. prevedeva la possibilità per il giudice di concedere "alle parti un termine perentorio non superiore a venti giorni per precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni, per indicare i mezzi di prova e produrre documenti, e un ulteriore termine non superiore a dieci giorni per replicare e dedurre prova contraria", subordinando tale potere non solo alla richiesta di parte, ma anche alla valutazione da parte del giudice di sussistenza di un "giustificato motivo"²¹.

Era evidente, dunque, l'esigenza di limitare le attività consentite, in linea con l'esigenza di comprimere la dilazione nei tempi del processo, subordinando il compimento di certi atti alla sussistenza di un'effettiva necessità (di un giustificato motivo). Ciò tuttavia non aveva mancato di generare perplessità²², sia per l'evidente disparità rispetto ai corrispondenti poteri esercitati nel giudizio ordinario, sia perché, stando al dato testuale, il medesimo trattamento sembrava riservato non solo all'attività assertiva, ma anche a quella asseverativa (il condizionamento alla richiesta di parte e al giustificato motivo sembravano infatti estendersi anche alla concessione dei termini per l'indicazione dei mezzi di prova e alla produzione documentale, nonché alla replica e alla deduzione di prova contraria²³). Era inevitabile d'altra parte, in quel contesto, richiamare l'assai prossimo dato testuale dell'art. 420 c.p.c. il quale con riferimento al processo del lavoro (e nella prospettiva di massima riduzione dei tempi) davvero limitava l'esercizio dello *ius variandi* subordinandolo alla presenza di "giusti motivi" (e differenziandolo perciò da quello - libero da strettoie - contemplato nel rito ordinario). *Rebus sic stantibus*, il limite imposto al potere di precisazione e modificazione di domande ed eccezioni finiva per rivelarsi un significativo deterrente contro l'uso del modello semplificato²⁴,

²¹ Per un quadro riassuntivo delle diverse letture offerte intorno al "giustificato motivo", A. MERONE, *Il modello semplificato di cognizione*, cit., p. 302; A.R. MINGOLLA, *Le preclusioni nel processo di cognizione dopo la riforma*, cit., p. 123 ss.

²² Sia consentito rinviare a R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, p. 117; ID, *Commento all'art. 281 duodecies*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di TISCINI, con il coordinamento di M. FARINA, Pisa, 2023, p. 425 ss., spec. 434.

²³ Il che però, come ho già esposto nel § precedente, era soluzione senz'altro inappagante.

²⁴ Sia la modifica in esame intorno allo *ius poenitendi*, sia quella del comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c. vengono infatti ricondotte, dalla Relazione illustrativa al decreto correttivo, all'esigenza di favorire la scelta per il modello semplificato. Osserva la Relazione: "Entrambe le modifiche sono finalizzate a rimuovere possibili remore ad introdurre la causa con rito semplificato, nei casi in cui questo è facoltativo. In particolare, il primo intervento ha lo scopo di consentire all'attore di proporre nuove domande in conseguenza della domanda riconvenzionale del convenuto (la c.d. *reconventio reconventionis*). La seconda modifica soddisfa l'esigenza, manifestata da più parti e in particolare dall'avvocatura, di individuare in modo più specifico e circostanziato i presupposti per la concessione dei termini per memorie integrative, superando il generico rinvio alla sussistenza di un «giustificato motivo», che rimanda ad una valutazione ampiamente discrezionale. In questo modo, da

oltre che contro la convertibilità del rito (da ordinario in semplificato), così contraddicendo l'intento promozionale palesato dalla stessa riforma Cartabia a favore del semplificato.

Il decreto correttivo (apparentemente) recepisce le osservazioni critiche e modifica l'art. 281 *duodecies* comma 4 c.p.c. prevedendo che la fissazione dei termini per il deposito di atti contenenti precisazione e modificazione di domande o eccezioni, nonché quello di articolazione delle istanze istruttorie, sia possibile su richiesta di parte e quando l'esigenza sorga dalle difese della controparte²⁵.

Quanto alle richieste istruttorie, ho già evidenziato²⁶ come non sia possibile vincolare la formulazione delle stesse alla deduzione (né di un giustificato motivo, ma neppure) della necessità di assicurare il contraddittorio, potendo dirsi *in re ipsa* l'esigenza di agganciare l'ammissione di mezzi di prova al diritto di difesa ed al contraddittorio (la differenza – a seconda che l'esigenza sorga o meno dalle difese di controparte – può semmai ravvisarsi nella sede in cui la richiesta istruttoria è formulata, se in udienza, ovvero nelle successive memorie). La questione è più problematica intorno al potere di precisare e modificare domande o eccezioni. Il vigente art. 281 *duodecies* comma 4 c.p.c. resta tuttora è l'unica disposizione che evoca un tale potere accorpendo il suo esercizio alla concessione dei termini per memorie e subordinando entrambe le attività ai medesimi presupposti; sicché, pur essendo eliminata la restrizione del “giustificato motivo”, l'esercizio dello *ius poenitendi* sembrerebbe, stando al dato testuale, non del tutto libero, bensì subordinato alla necessità di assicurare il contraddittorio in risposta alle difese avversarie. Resta ferma perciò, anche alla luce della recente modifica, l'imposizione di un vincolo – legato alla garanzia del contraddittorio – che non conosce uguali nel rito ordinario, pur mostrandosi (all'apparenza) meno invasivo di quello (già) agganciato al “giustificato motivo” (come anche di quello sperimentato nel rito del lavoro²⁷); sebbene non è mancato chi ha anche prospettato il rischio, con il correttivo, di un

un lato, vengono rimosse possibili situazioni di incertezza circa la possibilità di dare pieno sviluppo alla libera esplicazione del diritto di difesa; dall'altro, viene salvaguardata l'esigenza che gli atti introduttivi siano il più completi possibile, a garanzia della celerità del processo, in quanto i termini per le memorie integrative non verranno concessi, ad esempio, nel caso in cui il convenuto rimanga contumace o si limiti a mere contestazioni in diritto”.

²⁵ I. PAGNI, *Il decreto correttivo n. 164/2024: le ultime modifiche al codice di procedura civile*, in www.judicium.it, § 10, per evitare che la modifica normativa provochi un eccessivo restringimento intorno alla portata precettiva della disposizione, auspica che l'esigenza consequenziale alle difese del convenuto sia valutata nel modo più ampio possibile “per evitare compressioni del diritto di difesa”. Rileva come la novella rischi di restringere, piuttosto che allargare, gli spazi di concessione del termine, I. PAGNI, *Il procedimento semplificato di cognizione e le preclusioni*; sicché – secondo l'A. – “l'esigenza che sorga dalle difese della controparte andrà valutata nel modo più ampio possibile, per evitare compressioni del diritto di difesa, limitando cioè il diniego della concessione del termine proprio alle due ipotesi menzionate dalla Relazione illustrativa: quando cioè il convenuto sia contumace o si limiti a contestazioni di diritto, ritenendosi che in ogni altro caso – salva la precisazione fatta di seguito – sia integrato il presupposto richiesto dalla norma per lo sviluppo di un'appendice di trattazione scritta”. Consente però la concessione del termine anche nell'ipotesi di tardiva costituzione del convenuto invocando l'art. 101 c.p.c.

²⁶ *Retro* § precedente.

²⁷ Evidenziano le ragioni per le quali il regime preclusivo operante nel rito semplificato non può essere assimilato a quello del rito del lavoro, G. FABBRIZZI, *op. cit.*, p. 1597; P. WIDMANN, *op. cit.*, p. 572, la quale rileva come, diversamente dall'art. 420 c.p.c.

ulteriore irrigidimento delle preclusioni²⁸. Sarà perciò da verificare sul campo che la nuova formulazione sia più elastica di quella precedente; il che continua tuttora a riversarsi sull'appetibilità del rito semplificato. Certo è che, ove fosse prediletta la lettura più rigida, il prezzo di una significativa compressione dei poteri delle parti nell'“aggiustare il tiro” sarebbe piuttosto alto, soprattutto al cospetto di un rito ordinario in cui analoghi poteri sono letti con atteggiamento piuttosto elastico²⁹.

6. Segue: ulteriori considerazioni sullo *ius poenitendi*

Per fuggire da opzioni ricostruttive deteriori - che certamente non farebbero buona pubblicità al modello semplificato - è possibile supportare una lettura del novellato comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c. (già avallata da qualche precedente in giurisprudenza³⁰) che può ricollocare sui binari il legame tra lo *ius poenitendi* e l'esigenza di fornire risposta alle difese di controparte. A ben leggere la disposizione³¹, tale legame può riferirsi, non già all'esercizio dello *ius poenitendi* - il quale per definizione è svincolato dal contraddittorio - bensì al potere di fissare il termine per lo scambio delle memorie. Si può cioè ritenere che quest'ultimo scambio sia necessario (così limitandosi la discrezionalità del giudice) non solo quando vi sia la richiesta di parte, ma anche quando l'esigenza sorga dall'osservanza del contraddittorio; con la conseguenza che, in mancanza di tali condizioni, non sarebbe precluso *tout court* lo svolgimento dello *ius poenitendi*, bensì sarebbe negata l'appendice scritta. Il medesimo *ius poenitendi* sarebbe ugualmente assicurato, ma all'udienza (unitamente alle altre attività ivi contemplate), la quale, a sua volta, recupererebbe così la sua centralità nella dinamica processuale, evitandosi che sia svilita mediante il sistematico rinvio alle forme cartolari³².

(in cui l'esercizio dello *ius poenitendi* e la deduzione di nuovi mezzi di prova in prima udienza sono condizionati rispettivamente alla circostanza che si sia stati autorizzati dal giudice in presenza di gravi motivi, ovvero che si tratti di prove non deducibili prima), nel rito semplificato il condizionamento all'esigenza di replicare alle difese di controparte sussiste solo per le attività difensive ulteriori che le parti siano eventualmente autorizzate a compiere nell'appendice scritta dell'art. 281 *duodecies* comma 4 (in deroga, allora a una barriera preclusiva che ordinariamente cala alla prima udienza e non precedentemente ad essa). Più favorevole all'assimilazione tra rito semplificato e rito del lavoro, N. DEL VECCHIO, *Rito semplificato a "geometrie variabili"*, in *Giur. it.*, 2025, p. 797.

²⁸ Così L. SALVANESCHI, *Luci e ombre*, cit., 4 nel senso di ipotizzare negli atti introduttivi una preclusione probatoria (implicita); nel medesimo senso I. PAGNI, *Il decreto correttivo*, cit., quanto alla concessione dei termini per memorie (vd. *amplius infra* § successivo).

²⁹ Cass. SU 15 giugno 2015, n. 12310, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 807, con nota di E. MERLIN; in *Corr., giur.*, 2015, p. 968, con nota di C. CONSOLO; *Foro it.*, 2015, I, 3174, con osservazioni di CICCONE e nota A. MOTTO; in *Giur. it.* 2015, I, p. 2101, con nota di PALAZZETTI; Cass. SU 13 settembre 2018, n. 22404, in *Foro it.*, 2019, I, c. 989, con nota di ITALIA; in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 515; in *Corr. giur.* 2019, p. 263. Di recente, con atteggiamento ancor più elastico - seppure criticabile nelle scelte legate al caso concreto - Cass. SU 30 aprile 2025, n. 11455, in *Riv. dir. proc.*, 2025, in corso di pubblicazione.

³⁰ Trib. Verona, 3 dicembre 2024, cit.

³¹ Tutto sommato in linea con il tenore della Relazione illustrativa volta a “[salvaguardare] l'esigenza che gli atti introduttivi siano il più completi possibile, a garanzia della celerità del processo, in quanto i termini per le memorie integrative non verranno concessi, ad esempio, nel caso in cui il convenuto rimanga contumace o si limiti a mere contestazioni in diritto”.

³² Merone, *Il modello semplificato di cognizione*, cit., p. 301.

Si faccia ad esempio il caso del convenuto che si costituisca eccependo la nullità del contratto a fronte della domanda di parte attorea di adempimento contrattuale, e che, all'esito della costituzione del convenuto stesso, l'attore intenda modificare la domanda originaria in arricchimento senza causa³³. Ove il convenuto si sia costituito tardivamente all'udienza, un tale potere modificativo (dell'attore) non può che esercitarsi con lo scambio delle memorie (previa richiesta di parte), essendo qui l'esigenza sorta in risposta alle difese avverse e non potendo l'attore – nel nome del contraddittorio – articolare le difese proprio in udienza. Ove, invece, il convenuto si sia costituito tempestivamente (dieci giorni prima dell'udienza) anche qualora vi sia richiesta di parte, il giudice potrebbe bensì rifiutare la concessione dei termini imponendo la discussione e trattazione direttamente in udienza, per non essere qui necessaria (non già l'esercizio dello *ius poenitendi*, bensì) la concessione dei termini per lo scambio delle memorie. Così facendo, lo *ius poenitendi* non sarebbe negato, ma solo vincolato all'udienza³⁴. Una siffatta interpretazione avrebbe il vantaggio, da un lato, di conformare il testo normativo al tradizionale modo di intendere l'esercizio dello *ius poenitendi* (svincolato dal contraddittorio e rimesso all'iniziativa della parte interessata ad "aggiustare il tiro" rispetto a quanto formulato negli atti introduttivi), da un altro, di agganciare l'esercizio di tale potere ai tempi celeri del rito semplificato consentendo la concessione dei termini per le memorie solo qualora ciò sia conseguenza delle difese avversarie. Il che, finendo per comprimere l'attività scritta post udienza (rendendola eventuale), avvalorerebbe l'idea di un rito (il semplificato) capace di farsi paladino dell'oralità assai meglio di quanto non faccia il giudizio ordinario così come costruito dalla novella Cartabia.

Volendo quindi sintetizzare quanto esposto in relazione alla disciplina delle preclusioni sull'ambito della cognizione o sull'oggetto del processo, si dirà - per offrire un'interpretazione funzionale del testo vigente, nonché in linea con le dinamiche della vecchia prima udienza dell'art. 183 c.p.c. in una con l'appendice scritta del relativo comma 6 - che mentre le domande ed eccezioni che sono risposta alle difese del convenuto possono essere proposte in udienza, per l'esercizio dello *ius poenitendi* la legge contempla fisiologicamente il termine per memorie, ma a due condizioni: a) che ci sia la domanda di parte; b) che lo slittamento di tale attività nell'appendice scritta sia giustificato dal contraddittorio. Sicché, in assenza di queste condizioni, lo *ius poenitendi* è pur sempre ammesso, ma all'udienza.

³³ In applicazione della nota giurisprudenza (Cass. SU 13 settembre 2018, n. 22404, cit.).

³⁴ Che la concessione dei termini sia legata alle diverse tipologie di attività difensive delle parti è quanto si evidenzia in dottrina: per tutti, B. GAMBINERI, *Il procedimento semplificato di cognizione (o meglio, il "nuovo" processo di cognizione di primo grado)*, cit., 23; M. GRADI, *Nodi irrisolti e problemi contingenti del processo di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 102 ss., spec. 133. In relazione alla formulazione post correttivo, I. PAGNI, *Il decreto correttivo*, cit., secondo cui – sulla base anche di quanto rilevato dalla Relazione illustrativa - i termini per memorie integrative non verranno concessi quando il convenuto sia contumace o si limiti a contestazioni in diritto.

Non basta. In una prospettiva di ulteriore duttilità del rito, potrebbe tornare utile ancora una volta³⁵ la soluzione proposta da taluna dottrina sotto la vigenza dell'art. 183 c.p.c. ante riforma Cartabia³⁶ (nella successione tra udienza e memorie) nel senso che tutto ciò che si può fare in udienza può anche trovare collocazione nell'appendice scritta – ove siano concessi i relativi termini – qualora quest'ultima sostituisca integralmente la trattazione orale; *rebus sic stantibus*, lo scambio delle memorie finirebbe per ospitare non solo la precisazione e modificazione di domande o eccezioni già proposte, ma anche la proposizione di domande ed eccezioni nuove che siano risposta alle difese di controparte (il che però non è opzione da auspicare nella prospettiva, già segnalata, di preservare un qualche spazio all'oralità).

Resta fermo invece quanto già evidenziato³⁷ con riferimento alle richieste istruttorie, nel senso che esse si precludono in coincidenza con l'ultimo atto in cui è possibile ampliare il materiale assertivo (né potrebbe essere altrimenti) e quindi: a) in udienza se non viene concesso termine per memorie; b) con lo scambio delle memorie, ove sia concesso il relativo termine (quanto meno con riferimento ai fatti, anche secondari, allegati in esercizio dello *ius poenitendi*, ma non diversamente quando l'allegazione è frutto della garanzia del contraddittorio).

7. Le preclusioni derivanti dalla conversione del rito da ordinario in semplificato

Vengo al caso *sub b)* § 1, cioè al regime delle preclusioni operante quando al rito semplificato si giunge dopo l'introduzione della causa con citazione ordinaria (dunque, a seguito di conversione). Occorre partire dalla novità introdotta con il correttivo, stante nell'anticipazione al momento delle verifiche preliminari del potere del giudice di disporre la conversione del rito da ordinario in semplificato. Stabilisce il comma 4 art. 171 *bis* c.p.c.: *“Se ritiene che in relazione a tutte le domande proposte ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 281 decies, il giudice dispone la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato di cognizione e fissa l'udienza di cui all'articolo 281 duodecies nonché il termine perentorio entro il quale le parti possono integrare gli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti”*.

Il vecchio testo dell'art. 171 *bis* primo comma c.p.c. si limitava a prevedere il dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio anche con riguardo alla sussistenza dei presupposti per procedere alla conversione del rito; si trattava quindi di un generico suggerimento destinato ad essere approfondito con le memorie integrative e da ultimo oggetto di decisione da parte del giudice alla prima udienza (generico suggerimento che è

³⁵ Come già visto *retro* in relazione all'attività istruttoria.

³⁶ F.P. LUIso, *Diritto processuale civile*, Milano, vol. II, 2020, p. 40.

³⁷ *Retro*, § 3.

venuto meno per lasciare spazio all'esercizio di un vero e proprio potere decisorio)³⁸. La dinamica ora divenuta legge era in effetti recepita già da qualche tribunale che adottava i provvedimenti di conversione con il decreto dell'art. 171 *bis* c.p.c.³⁹.

Ratio della novella è evitare di collocare la conversione del rito in un momento processuale (l'udienza) in cui essa si rivelerebbe sostanzialmente inutile: non va dimenticato, infatti, che dall'udienza in poi le dinamiche del semplificato finiscono per non distinguersi di molto da quelle dell'ordinario, con la conseguenza che disporre la conversione a stato avanzato del processo rende sostanzialmente priva di senso la conversione stessa⁴⁰. Se però l'anticipazione del potere di convertire il rito al momento delle verifiche preliminari può avere un senso sotto questo profilo, essa non ben si coordina con lo stato di avanzamento della causa, che in sede di verifiche preliminari è ancora embrionale. Plurimi i profili problematici. Innanzi tutto, il rispetto del contraddittorio, questione su cui in questa sede non posso soffermarli se non per cenni. Non può tacersi la criticità legata al fatto che il giudice opera qui "in solitaria" senza contraddittorio con le parti. Sul tema della capacità del decreto sulle verifiche preliminari di garantire il contraddittorio – intorno a ciascuna delle attività su cui è orientato l'art. 171 *bis* c.p.c. – il decreto correttivo offre dunque un risultato peggiorativo⁴¹.

Emerge poi una sensibile differenza procedimentale, a seconda che la conversione del rito sia disposta da ordinario in semplificato ovvero in direzione contraria da semplificato in ordinario. L'art. 171 *bis* c.p.c. descrive un iter diverso da quello contenuto nell'(ormai abrogato) art. 183 *bis* c.p.c. (a sua volta già innovato dalla riforma Cartabia, ma con interventi più di forma che di sostanza). Accanto al venir meno del contraddittorio – dovendo qui il giudice disporre la

³⁸ Sul tema F.P. LUISO, *Il processo civile. Commentario breve al cd. "Correttivo Cartabia"* (d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164), Torino, 2024, p. 65 ss.; L. SALVANESCHI, *Luci ed ombre nello schema di decreto legislativo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la riforma Cartabia*, in www.judicium.it; I. PAGNI, *Il decreto correttivo n. 164/2024: le ultime modifiche al codice di procedura civile*, cit.; G.P. CALIFANO, *Il procedimento semplificato di cognizione, dopo il correttivo Cartabia*, Bologna, 2025; P. FARINA - R. GIORDANO - R. METAFORA, *Commento alle novità introdotte dal d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164*, Milano, 2024, p. 78 ss; R. TISCINI, *Le novità del decreto correttivo*, cit.

³⁹ Trib. Piacenza 1° maggio 2023, in www.Judicium.it, con nota di B. LIMONGI.

⁴⁰ Per ulteriori considerazioni sul tema sia consentito rinviare a R. TISCINI, *Le novità del decreto correttivo*, cit.; Id, *Commento all'art. 183 bis (abr)*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Seconda edizione*, cit., p. 523 ss.

⁴¹ Cfr. sul punto L. SALVANESCHI, *Luci e ombre*, cit., § 6. Peraltro, con il correttivo n. 164/2024 non si è adeguatamente dato conto delle indicazioni e dei suggerimenti provenienti da Corte cost. 3 giugno 2024 n. 96, in *Giur. it.*, 2024, 2092, con nota di A.A. ROMANO, di M. DE CRISTOFARO e di C. CONSOLO, la quale, pur salvando dall'incostituzionalità l'art. 171 *bis* c.p.c., non aveva mancato di segnalare l'esigenza di assicurare il contraddittorio eventualmente fissando un'udienza tra le parti, ove ne sorgessero le necessità. In commento alla sentenza, vd. le osservazioni di A. BRIGUGLIO, *Il nuovo art. 171 bis c.p.c., la Corte costituzionale ed il "primo grado Cartabia" fra l'essere quest'ultimo solo inutile e l'essere dannoso, nonché fra le nostre discrete angosce e il vivido desiderio di integrale abrogazione. Con una postilla sul "correttivo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 1309; A.A. ROMANO, *L'interpretazione adeguatrice dell'art. 171 bis c.p.c. secondo la Corte costituzionale*; M. DE CRISTOFARO, *La Consulta e il 171 bis: il contraddittorio "è" solo se è preventivo*; C. CONSOLO, *Postilla (in vista del correttivo)*, tutte in *Giur. it.*, 2024, p. 2092; M. BOVE, *La trattazione nel processo ordinario di primo grado tra riforma Cartabia intervento della Corte costituzionale e annunciato "correttivo"*, in www.judicium.it, 13 giugno 2024.

conversione “in solitaria”⁴² - viene meno anche il dovere del giudice di “sentire le parti”⁴³, soluzione, questa, che non va condivisa⁴⁴: non può ammettersi che spetti al giudice il potere indisturbato di disporre la conversione senza assicurare alcun dialogo con le parti. Né a giustificare la lacuna può soccorrere il fatto che la conversione è disposta nei casi del comma 1 art. 281 *decies* c.p.c., cioè di obbligatorietà del modello semplificato, tenuto conto dell’evidente potere valutativo che residua in capo al giudice⁴⁵.

Differenze – a seconda della direzione della conversione, da ordinario in semplificato o vice versa – sussistono anche con riferimento alla forma del provvedimento: il giudice non decide più “con ordinanza non impugnabile” (come nel vecchio testo dell’abrogato art. 183 *bis* c.p.c., nonché come tuttora ai sensi del comma 1 art. 281 *duodecies* c.p.c.), bensì con lo stesso decreto sulle verifiche preliminari dell’art. 171 *bis* c.p.c.⁴⁶ La differenza non è irrilevante. Mentre infatti l’ordinanza in quanto “non impugnabile” non avrebbe neanche potuto essere modificabile e revocabile (art. 177 c.p.c.), il decreto sulle verifiche preliminari è sempre

⁴² Sulla criticabilità della scelta secondo cui la fase delle verifiche preliminari vede un giudice dialogare con sé stesso senza assicurare un confronto pieno e fattivo con le parti, sia consentito rinviare a R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., p. 141 ss.

⁴³ La riforma Cartabia aveva peraltro già modificato le modalità. Nella precedente versione, l’art. 183 *bis* c.p.c. stabiliva che il giudice disponesse la conversione “*previo contraddittorio, anche mediante trattazione scritta*”. La precisazione “anche” lasciava intendere una piena libertà nelle forme, sia con trattazione scritta, sia con altra modalità (orale). Tuttavia, non si era mancato di osservare come la modalità scritta di assicurazione del contraddittorio non fosse compatibile con le esigenze acceleratorie a cui si ispirava l’art. 183 *bis* c.p.c., né la disposizione chiariva le dinamiche della eventuale trattazione scritta (presumibilmente con scambio di memorie, ma anche con altre tecniche). La versione post Cartabia era perciò più generica, nel senso che il giudice doveva convertire il rito “sentite le parti”, scomparendo così il riferimento alla trattazione scritta.

⁴⁴ È questa la ragione per la quale era da plaudire alla scelta interpretativa offerta da Corte cost. n. 96/2024 di cui invece il correttivo ha tenuto ben poco conto.

⁴⁵ Non posso qui soffermarmi sui presupposti del potere di conversione a seconda che ci si trovi nell’ambito del comma 1 ovvero del comma 2 art. 281 *decies* c.p.c., cioè di obbligatorietà o facoltatività del rito semplificato. Per queste osservazioni, sia consentito rinviare a R. TISCINI, *Commento all’art. 183 bis*, cit., p. 527; C. DELLE DONNE, *Commento all’art. 171 bis*, in *La riforma Cartabia del processo civile. Seconda edizione*, a cura di R. TISCINI, cit., p. 359 ss. Peraltro, che il giudice eserciti discrezionalità nel convertire il rito – tale da giustificare il diritto delle parti di contraddire – è confermato dalla precisazione secondo cui la conversione è disposta “*se ritiene che in relazione a tutte le domande proposte ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell’articolo 281 decies*” (art. 171 *bis* comma 3 c.p.c.). Vi è cioè un potere del giudice di “ritenere” sussistenti i presupposti, i quali, lungi dall’essere vincolati da regole geometriche, sono pur sempre suscettibili di una valutazione rispetto alla quale anche le parti dovrebbero potersi esprimere.

⁴⁶ Stando al nuovo testo, infatti, “*il giudice dispone la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato di cognizione e fissa l’udienza di cui all’articolo 281 duodecies nonché il termine perentorio entro il quale le parti possono integrare gli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti*”. La mancanza di un autonomo provvedimento di conversione analogo a quello previsto nel previgente art. 183 *bis* c.p.c. (ordinanza “in impugnabile”) è giustificata, nella Relazione illustrativa al decreto correttivo, dal fatto che alla prima udienza residua sempre il potere del giudice di tornare sui suoi passi modificando il precedente provvedimento e disponendo così un ritorno al rito ordinario, ove l’articolazione delle richieste istruttorie si riveli complessa (“non si prevede più, rispetto alla formulazione dell’art. 183 *bis*, che il provvedimento assuma la forma dell’ordinanza «non impugnabile», proprio allo scopo di far sì che all’udienza il giudice, nel contraddittorio delle parti e *re melius perpensa*, possa rivedere la propria iniziale decisione e riportare il processo nei binari del rito ordinario”). Il che, pur comprensibile sul piano astratto, conferma la consapevolezza del legislatore intorno ai limiti della scelta di collocare il potere di conversione in un momento in cui non vi è alcuna certezza intorno ai requisiti di “semplicità” della lite.

suscettibile di revoca e modifica⁴⁷. Il che però, seppure potrebbe apprezzarsi sul piano del contraddittorio, finirebbe per vanificare l'esigenza di celerità che ha ispirato la proposta di modifica normativa (consentire che, una volta convertito il rito da ordinario in semplificato, il giudice possa poi disporre un ulteriore mutamento in direzione contraria è quanto di più diseconomico si possa immaginare nella prospettiva di un processo ispirato alla ragionevole durata); sicché, l'auspicio è che di tale potere si faccia un uso assai oculato⁴⁸, anche considerato il fatto che nelle ipotesi qui considerate l'accesso al semplificato lascerebbe sempre un margine di discrezionalità valutativa in capo al giudice circa la scelta del rito⁴⁹.

Tornando al tema centrale qui di interesse, occorre riflettere sulle preclusioni che conseguono alla conversione⁵⁰. Vanno delineate le attività consentite dopo che il processo sia approdato alle forme semplificate. Il comma 4 art. 171 *bis* c.p.c. prevede che il giudice, nel disporre la conversione del rito e nel fissare l'udienza, fissi anche un termine perentorio per integrare gli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti; è questa una attività non sovrapponibile a quella di cui al comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c., laddove consente lo scambio delle memorie (su cui mi sono già ampiamente soffermata in precedenza⁵¹).

La *ratio* dello scambio di memorie e documenti del comma 4 art. 171 *bis* c.p.c. sta nel fatto che il potere di conversione è collocato in un momento processuale (le verifiche preliminari) in cui il *thema decidendum* non è ancora formato e non lo è a maggior ragione il *thema probandum* (salvo immaginare il maturare di preclusioni implicite, nell'ambito dello stesso rito ordinario, come già evidenziato in principio⁵²). È perciò che la nuova versione della disposizione attribuisce al giudice il potere-dovere di concedere un termine entro cui "*le parti possono integrare gli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti*" (art. 171

⁴⁷ Come, d'altra parte, osserva la stessa Relazione illustrativa al decreto correttivo, rilevando come "non si prevede più, rispetto alla formulazione dell'art. 183-*bis*, che il provvedimento assuma la forma dell'ordinanza «non impugnabile», proprio allo scopo di far sì che all'udienza il giudice, nel contraddittorio delle parti e *re melius perpensa*, possa rivedere la propria iniziale decisione e riportare il processo nei binari del rito ordinario"

⁴⁸ Evoca un principio generale di divieto di regressione I. PAGNI, *Il procedimento semplificato di cognizione e le preclusioni*, cit., § 3.

⁴⁹ Ben diversa sarebbe la situazione nelle ipotesi di semplificato "esclusivo", del tipo di quelle del d.lgs. n. 150/2011, in cui l'errore nella scelta del rito potrebbe implicare un vizio processuale, tanto che in quest'ultima ipotesi – non a caso – l'art. 4 d.lgs. n. 150/2011 prevede la forma dell'ordinanza, seppur pronunciata "entro il termine di cui all'art. 171 *bis*" (testo modificato dalla novella Cartabia, del d.lgs. 149/2022, a sua volta modificato dalla l. n. 197/2022).

⁵⁰ Quanto alla differenza tra il semplificato "originario" e il semplificato "convertito" – dalla quale emerge una maggiore rigidità in termini di preclusioni in quest'ultimo caso – osserva I. PAGNI, *Il procedimento*, cit., § 6, come la stessa "è giustificata con la corretta considerazione che nel procedimento semplificato derivante da conversione le parti si trovano a compiere prima dell'udienza le stesse attività che, nel procedimento semplificato *ab origine*, possono compiere in udienza o dopo l'udienza, sicché la concessione di ulteriori aperture renderebbe il rito semplificato ancora più complicato da memorie che non nel rito da cui la conversione è originata".

⁵¹ *Retro*, §§ 4 e 5.

⁵² *Retro*, § 2.

comma 4 c.p.c.)⁵³. Nella sintetica dicitura “memorie e documenti” va senz’altro inclusa sia l’attività assertiva sia quella asseverativa, tanto per la trattazione della causa, quanto per l’articolazione delle richieste istruttorie (che il testo della norma pare limitare alla produzione documentale). Si inserisce qui la dinamica del rito semplificato, con il relativo regime di preclusioni, sollevando però più di un dubbio interpretativo.

In primo luogo, ancorché la disposizione evochi i soli “documenti”, non può negarsi che il termine vada concesso anche per l’ammissione di prova costituenda. Va detto, in effetti, che se davvero la causa è semplice, anche l’attività istruttoria dovrebbe essere potenzialmente semplice (documentale); tuttavia, sin dagli albori del procedimento sommario di cognizione degli artt. 702 *bis* ss c.p.c., giurisprudenza e dottrina sono state stabili nel ritenere che nessun mezzo di prova sia aprioristicamente escluso. Sicché, anche nell’esegesi del comma 4 art. 171 *bis* c.p.c., è bene aprire l’attività istruttoria a tutti i mezzi di prova⁵⁴.

Quanto alla prosecuzione del processo nelle forme semplificate, anche l’art. 171 *bis* c.p.c. – come in precedenza l’art. 183 *bis* c.p.c. – rinvia all’art. 281 *duodecies* c.p.c. per la fissazione dell’udienza, ma anticipando quest’ultima con il termine per il deposito di memorie o documenti. Una volta convertito il rito, opera infatti il regime preclusivo vigente nel modello semplificato; regime che – come visto – salvo a non voler accedere alla soluzione più rigida (che implica il maturare di preclusioni istruttorie sin dagli atti introduttivi) rende ancora possibili le istanze istruttorie all’udienza stessa (o nella successiva appendice scritta del comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c.). In effetti, stando al dato testuale del comma 4 art. 171 *bis* c.p.c. – che abilita le parti all’“integrazione” di memorie e documenti – dovrebbe ritenersi che l’attività integrativa vada giustificata per recuperare una preclusione che nel rito semplificato sarebbe già maturata (tanto per la delimitazione dell’oggetto del giudizio, quanto per l’attività istruttoria)⁵⁵. Tuttavia, il testo del comma 4 art. 171 *bis* c.p.c. può ben adattarsi a letture più elastiche intorno al maturare delle preclusioni nel modello semplificato⁵⁶, che si mostrino più in linea con la semplificazione delle forme che pur sempre governa il rito.

Devono dunque ritenersi possibili, una volta convertito il rito, tanto la proposizione di domande o eccezioni che sono la risposta alle difese avverse, quanto la precisazione e

⁵³ Osserva in proposito la Relazione illustrativa: “Ovviamente, nel fare questo si è tenuto conto della necessità di salvaguardare il diritto di difesa delle parti e il contraddittorio. Per questo, si è previsto - analogamente a quanto avviene nel passaggio dal rito ordinario al rito del lavoro ai sensi dell’art. 426 – che nel disporre il mutamento del rito il giudice debba prevedere dei termini per consentire alle parti il deposito di memorie e documenti, dal momento che il contenuto degli atti introduttivi varia a seconda che il processo si svolga nelle forme del rito ordinario o di quello semplificato”.

⁵⁴ Si arriverebbe altrimenti all’assurdo di aver attribuito al giudice un potere incensurabile (eccessivo) di gestione del rito sottraendo alla parte non solo il diritto di contraddire sul punto (non potendo le parti essere “sentite” al momento delle verifiche preliminari), ma anche di formulare tutte le richieste istruttorie consentite nel giudizio ordinario.

⁵⁵ Il testo della disposizione in esame, non a caso, rievoca quello dell’art.426 c.p.c. e dell’art. 4 d.lgs.n. 150/2011, i quali disciplinano la regolarizzazione degli atti nel caso di conversione da un processo a preclusioni più elastiche ad un rito di destinazione in cui analoghe attività sarebbero già precluse.

⁵⁶ *Retro*, §§ precedenti.

modificazione delle domande, quanto ancora l'articolazione delle richieste istruttorie. Se nel regime previgente – quando la conversione avveniva all'udienza dell'art. 183 c.p.c. – era difficile pensare che, una volta disposta la conversione, tornasse a necessitarsi il compimento di ulteriori attività, una tale possibilità è percorribile ora che la conversione sopraggiunge in un momento anticipato rispetto all'udienza, quando né il *thema decidendum* né il *thema probandum* sono compiutamente definiti. Si può immaginare quindi che quando il giudice dispone la conversione ancora residui margine per l'ampliamento dell'oggetto del processo o dell'ambito della cognizione, con buona pace dell'auspicio di poter proiettare immediatamente la causa in decisione una volta convertito il rito. Si tratta di attività in apparenza da svolgere attraverso il deposito di memorie e documenti ex art. 171 *bis* comma 4 c.p.c. e non all'udienza⁵⁷, ma nella sostanza non si può neppure escludere che, ove tali termini non siano concessi, che analoghe attività possano essere contestualizzate all'udienza stessa⁵⁸. Piuttosto, la combinazione tra comma 4 art. 171 *bis* e comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c. pone un'altra criticità. Non è agevole coordinare il comma 4 art. 171 *bis* c.p.c., nella parte in cui ammette (a monte dell'udienza) l'integrazione degli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti, con il comma 4 dell'art. 281 *duodecies* c.p.c., che consente una (sostanzialmente corrispondente) appendice scritta (a valle dell'udienza stessa)⁵⁹. Si arriverebbe altrimenti allo scambio di ben tre atti per parte in aggiunta alla trattazione in udienza (il tutto evidentemente eccessivo, nella prospettiva di economicità e semplificazione dei processi).

Taluna giurisprudenza – al momento, di merito – non esita ad escludere tale possibilità⁶⁰ e la soluzione è senz'altro da condividere. Ove il giudice conceda alle parti, al momento delle verifiche preliminari e congiuntamente alla fissazione dell'udienza, un termine per lo scambio di memorie e documenti, finisce per diventare ultronea l'appendice scritta post udienza di cui al comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c. Astrattamente, la combinazione tra art. 171 *bis* comma 4 c.p.c. e art. 281 *duodecies* comma 4 c.p.c. non sarebbe esclusa dal testo delle disposizioni, ma ad evitare una tale opzione soggiungono ragioni di opportunità e di funzionalità del sistema. Si tratta peraltro di ragioni oggi supportate dai limiti imposti allo scambio delle memorie ai sensi del comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c., vincolate – come ho già ampiamente esposto – al caso in cui l'esigenza sorga in risposta alle difese della controparte. In altri termini, a inibire il doppio scambio delle memorie (prima dell'udienza, ai sensi del comma 4 art. 171 *bis* c.p.c. e dopo l'udienza in virtù del comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c.) potrebbe addursi proprio il limite

⁵⁷ P. WIDMANN, *op. cit.*, p. 573.

⁵⁸ In questo senso P. WIDMANN, *op. cit.*, p. 57, quantomeno qualora l'attore chieda di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo ove le difese del convenuto ne abbiano fatto sorgere l'esigenza, entrambe le parti propongano domande ed eccezioni che sono la conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dalle altre parti.

⁵⁹ *Retro* §§ 4 e 5.

⁶⁰ In questo senso Trib. Verona, 3 dicembre 2024, cit. Favorevolmente, I. PAGNI, *op. cit.*, § 10.

dato dalla necessità che il secondo scambio sia giustificato in virtù del contraddittorio: l'aver concesso, il giudice, termine per integrare atti e documenti (ex art. 171 *bis* comma 4 c.p.c.) prima dell'udienza renderebbe infatti superflua, anche nel rispetto del contraddittorio, l'ulteriore appendice scritta del comma 4 art. 281 *duodecies* c.p.c.

8. L'auspicio di chiarimenti interpretativi

Il quadro prospettato nelle riflessioni che precedono non è certamente dei migliori. Una tematica quale quella delle preclusioni è affrontata nella legislazione vigente sul procedimento semplificato di cognizione – alla luce dei due decreti legislativi succedutisi nell'ultima novella Cartabia – in maniera tale da lasciare aperte strade diverse in ordine al maturare di barriere per il compimento delle attività processuali⁶¹; il che non è un bene, sia se si considera la funzione in generale delle preclusioni, sia – *maiori causa* - se si colloca l'esigenza di certezza nel contesto di un rito che dovrebbe mostrarsi snello, ma al contempo trasparente nelle sue dinamiche.

A colmare le lacune lasciate aperte da disposizioni tutt'altro che chiare soccorrerà – oltre alle ricostruzioni in punto teorico – l'esperienza applicativa; è dunque auspicabile che possano essere *in primis* le prassi dei tribunali a dominare la scena fornendo linee guida uniformi quantomeno all'interno dei singoli uffici giudiziari⁶². In attesa, tuttavia, è sin da ora apprezzabile l'impegno di quei giudici che, nel gestire il giudizio, offrono *in apicibus* un chiarimento sulle modalità con cui opereranno. È perciò apprezzabile la linea seguita da taluni tribunali nell'affermare che “nell'ottica del dovere di lealtà che fa capo all'organo giudicante, appare opportuno che al momento della conversione del rito da ordinario a semplificato questi precisi espressamente, a fronte delle incertezze generate dalle novità normative, quale sia la propria opinione in merito al contenuto delle memorie integrative e alle facoltà delle parti nella fase successiva del procedimento”⁶³.

Roberta Tiscini
Ordinaria dell'Università degli studi di Roma La Sapienza

⁶¹ Più ottimista la posizione di A.R. MINGOLLA, *Le preclusioni*, cit., p. 129, secondo cui il correttivo avrebbe il merito di aver chiarito definitivamente il regime delle preclusioni.

⁶² Sull'utilità delle prassi si vis R. TISCINI, *Il ruolo del giudice*, cit., p. 158.

⁶³ Trib. Verona, 3 dicembre 2024, cit.



VALERIA VERDE

La proposta di conciliazione e il nuovo ruolo del giudice

L'A. analizza l'istituto della proposta di conciliazione per compiere una rimeditazione sul concetto di processo che sta passando da un modello tradizionale basato sull'accertamento pieno del diritto e sulla garanzia del contraddittorio, a uno orientato sempre più verso la semplificazione procedurale e la riduzione del contenzioso, privilegiando la rapidità alla certezza giuridica. Il mutamento, sollecitato dalla pressione del carico giudiziario e dagli obblighi europei, sta ridefinendo il ruolo del giudice che non è più solo un arbitro imparziale ma è promotore attivo della composizione della controversia, anche mediante proposte conciliative.

The Author analyzes the institution of the conciliation proposal to rethink the concept of litigation, which is shifting from a traditional model based on the full determination of the law and the guarantee of adversarial proceedings, to one increasingly oriented toward procedural simplification and litigation reduction, prioritizing speed over legal certainty. This shift, driven by the pressure of the judicial workload and European obligations, is redefining the role of the judge, who is no longer merely an impartial arbiter but an active promoter of dispute resolution, including through conciliatory proposals.

Sommario: 1. Premessa. - 2. La proposta conciliativa. - 3. I pericoli della proposta conciliativa. - 4. Verso nuovi orizzonti processuali.

1. Premessa

Lo studio sistematico del processo civile, introdotto in Italia nei primi decenni del Novecento da Giuseppe Chiovenda, sulla base della consolidata esperienza giuridica germanica, mirava alla costruzione di un modello ideale di processo civile fondato prevalentemente sul principio dell'oralità e finalizzato all'attuazione effettiva della legge¹. Tuttavia, la natura profondamente utopica di tale impianto teorico è stata evidenziata sia da coloro che ne hanno criticamente analizzato i numerosi presupposti, spesso aleatori e soggetti a variabili incontrollabili, necessari per una compiuta attuazione della legge², sia da chi ha segnalato l'irrealizzabilità

¹ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 686, dove alle pp. 81-83 si legge che «La volontà della legge tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili. Conseguentemente il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire». Un'impostazione che ha influenzato tutta la successiva dottrina processualcivilistica; A. PROTO PISANI osserva che «se si vanno a rileggere le annate della Rivista di diritto processuale dal 1924 in poi, o le monografie dei giovani Liebman, Costa, Andrioli, Carnacini, Allorio, Micheli, Garbagnati ecc., l'impostazione pubblicistica di Chiovenda (e portata sino all'esasperazione nella versione accolta da Carnelutti) costituisce l'asse portante di tutti gli scritti dell'epoca»; così A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni fiorentini* 28, 1999, I, p. 724.

² In particolare G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, in *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti*, Torino, 2023, p. 3 ss. e in *Atti del XXXIV Convegno nazionale dell'AISPC (Napoli 22-23 settembre 2023)*, Bologna,

pratica del principio di oralità³ che presuppone l'identità costante del giudice, la trattazione immediata e contestuale con tutti i protagonisti e una decisione immediata.

Nonostante tali limiti, anche i più rigorosi critici della dottrina di Chiovenda hanno riconosciuto il valore intrinseco dell'utopia come stimolo indispensabile al progresso giuridico. Da questa utopia è nato, infatti, il Codice di Procedura Civile del 1940, salutato con favore nonostante la sua promulgazione in un contesto storico caratterizzato da un regime autoritario⁴.

È evidente che un processo civile ideale non poteva che aspirare a un esito finale che, attuando la legge, ponesse fine alla lite senza possibilità di rimetterla in discussione⁵, salvo eccezionali casi che ne giustificano la revoca. Si assicurava così una tutela rigorosa e certa ai diritti soggettivi, sancita dall'autorità di una decisione che, secondo il dettato dell'articolo 2909 del Codice civile, "fa stato ad ogni effetto". In tal modo, lo Stato, attraverso l'attività giurisdizionale, assumeva il preciso compito di fornire certezza giuridica, attribuendo al giudice il ruolo specifico di garante, accertatore e attuatore della legge. Il codice del Quaranta, infatti, fu costruito con estrema cura nei primi due Libri nei quali il riferimento fu al processo di cognizione; fu minore l'attenzione per il processo esecutivo, regolato dal terzo Libro, e fu ancora minore l'attenzione per i procedimenti raccolti nel quarto Libro, definito da autorevole dottrina come una specie di "upim"⁶, un supermercato di tutele, in cui convivono procedimenti diversificati e residuali, privi di una chiara collocazione sistematica.

Attualmente, l'evoluzione del diritto processuale civile procede in una direzione del tutto differente. Lo Stato ha maturato la consapevolezza che il servizio della giustizia comporta costi significativi, che devono essere razionalizzati, e che non è in grado di assicurare sempre una

2025, p. 5 ss.; C. VOCINO, *Sulla c.d. "attuazione della legge" nel processo di cognizione*, ora in *Scritti scelti*, I, Napoli, 2024, p. 333 ss.

³C. VOCINO, *Oralità nel processo (diritto processuale civile)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, ora in *Scritti scelti*, cit., II, p. 1447 ss.; B. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (Ottant'anni dopo Chiovenda)*; *Riflessioni sulla cultura della prova*, entrambi ripubblicati in *Scritti ritrovati*, 2016, p. 149 ss., p. 187 ss.; *Id.*, *Giuseppe Chiovenda e la teoria del giudizio di fatto*, in *Il giusto processo*, 2008, p. 349 ss.

⁴C. VOCINO, *Sulla recente riforma parziale del codice di procedura civile italiano*, in *Atti del convegno di diritto processuale civile (30 settembre- 3 ottobre 1950)*, ora in *Scritti scelti*, I, cit., p. 467 ss. P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi (1937)*, in *Opere giuridiche* a cura di M. CAPPELLETTI, Napoli, 1965, I, p. 295 ss.

⁵Come mise in luce soprattutto A. CERINO CANOVA, «resta, allora possibile solo una concezione della forma, che sia espressione del contenuto del provvedimento e del potere in questo esercitato: presupposto del ricorso è il provvedimento individuato per il contenuto e per il potere giurisdizionale», così che «è vincolante, dunque sentenza, il provvedimento che statuisce su situazioni sostanziali, cioè diritti soggettivi e status», *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)*, ora in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 3 ss, in part. 29; posizione ripresa da G. SERGES, *Il "valore" del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2819 ss.

Secondo questa tesi, la *ratio* dell'art. 111, comma 2 (oggi 7), Cost. consisterebbe nel garantire quell'effetto tipico della giurisdizione che sarebbe l'autorità dell'accertamento contenuto in sentenza, ossia la cosa giudicata sostanziale. Tale interpretazione trae origine dall'orientamento dottrinale (E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi del diritto*, Milano, 1957, II, p. 34), che vede nel giudicato sostanziale il *proprium* della tutela giurisdizionale, elemento necessario e imprescindibile della stessa, tesi che oggi appare superata anche a livello legislativo.

⁶V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Jovene, 1972, p. 52.

protezione completa e tempestiva dei diritti soggettivi. Pertanto, accanto alla tradizionale tutela giurisdizionale piena, sono state progressivamente introdotte soluzioni alternative che non perseguono più esclusivamente l'attuazione puntuale della legge, avendo piuttosto come finalità la composizione pacifica e pragmatica del conflitto, mediante procedure semplificate e soluzioni transattive.

In questo scritto sarà esaminata la proposta conciliativa di cui all'art. 185-*bis* c.p.c., un istituto che ha un evidente deflattivo del contenzioso.

La proposta conciliativa ha natura negoziale e vede il giudice promotore di una intesa tra le parti, suggerendo un punto d'incontro che trasformi la situazione conflittuale in cooperazione. La scelta di aderire alla proposta è rimessa alle parti che sono libere di fare le loro valutazioni, soppesando con maturità le reciproche ragioni e il grado di prevedibilità dell'esito del giudizio, nella consapevolezza che l'eventuale rifiuto potrebbe avere conseguenze sulla liquidazione delle spese di lite.

Questo istituto è sintomatico del profondo cambiamento della funzione del giudice che non è più esclusivamente chiamato a svolgere la funzione di *ius dicere*, «monade in una torre eburnea, distante dagli avvocati, e quanto mai dalle parti – che non vede se non nella versione “scarnificata” degli atti giudiziari – attento a ricostruire da solo il fatto di causa, rinvenire la fattispecie astratta in cui sussumerlo e scrivere, in altrettanta raccolta solitudine (*beata solitudo, sola beatitudo*), la sentenza»⁷. Viene definito giudice «ambiguo»⁸, essendogli stato assegnato un ruolo attivo all'interno del processo che deve tendere a facilitare l'esito negoziale della lite, regolando il caso concreto senza esaminare il merito della controversia. Come detto, l'istituto assolve ad un compito deflattivo, mirato ad evitare che le controversie debbano concludersi con sentenza. La proposta prescinde da una valutazione del merito della causa, essendo mirata ad una definizione che consenta alle parti di raggiungere un risultato concreto, soddisfacente, conveniente e vantaggioso in tempi brevi e più economici nell'ottica di un risparmio anche delle spese di giustizia; viene disancorata dalla cognizione piena che richiede una motivazione nel merito ove vengono passate in rassegna le risultanze acquisite in corso di causa. Lo Stato, quindi, abbandona la pretesa che il giudice decide in base ad un accertamento destinato a passare in giudicato, favorendo che il giudice si faccia promotore di un accordo tra le parti che prescinda dalla decisione della lite. Sarà, quindi, evidenziato il diverso ruolo che oggi è affidato ai giudici dello Stato.

2. La proposta conciliativa

⁷ S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 28.

⁸ Ricordando l'efficace aggettivo usato da M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo, Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991.

Il ruolo del giudice e la stessa funzione della giustizia si sono evoluti nel corso del tempo, subendo l'influenza del potere politico.

Il contesto culturale odierno consente di ipotizzare che lo Stato possa rinunciare alla perfetta e integrale attuazione dell'ordinamento – impensabile in uno Stato che affermi con fermezza la propria sovranità – per perseguire obiettivi di pacificazione sociale che presentano l'indubbio vantaggio di ridurre tempi e costi della giustizia. La funzione conciliativa, nei tempi attuali, è, pertanto, una delle strade percorse dallo Stato per realizzare la funzione sociale del processo, incarnando un modo alternativo alla risoluzione del conflitto attraverso la decisione, con la precipua finalità di risanare i legami degli antagonisti processuali e assicurare la pace sociale. L'obiettivo che accomuna la proposta conciliativa agli altri modelli di risoluzione alternativa del contenzioso è quello di pervenire rapidamente a soluzioni consensuali quanto più vicine alle esigenze e alle aspettative delle persone coinvolte, evitando di affidare le sorti del conflitto a decisioni esterne, spesso percepite come arbitrarie e distanti dalla situazione effettiva. Questa modalità di gestione del conflitto favorisce, quindi, il diffondersi di una cultura del rispetto reciproco, della responsabilità personale e della cooperazione sociale, mettendo un freno alla cultura del sospetto che serpeggia nell'attuale contesto sociale.

La sua prepotente riaffermazione nel diritto contemporaneo – che si realizza nel nostro ordinamento con la mediazione obbligatoria, con la conciliazione giudiziale, con la mediazione delegata – riesuma la concreta validità di un istituto che ha radici profonde.

Osservando l'istituto nella dimensione europea⁹, si rinviene in Germania il modello di conciliazione nel § 278 della ZPO secondo cui il giudice è tenuto a perseguire in ogni fase del processo una soluzione amichevole della lite: «*Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein*». Ciò si concretizza, all'inizio del processo, nella *mündliche Verhandlung*, nella c.d. *Güteverhandlung*, in cui il giudice ricostruisce i fatti, valuta le tesi giuridiche e invita le parti a conciliarsi. Se il primo tentativo fallisce, la prassi conosce ulteriori momenti conciliativi, ad esempio dopo l'assunzione delle prove orali, nonché in appello, dove il collegio rinnova l'esortazione al componimento. Dal 2012, è stata inserita la sezione 278a nella ZPO che consente al giudice di proporre alle parti il ricorso alla mediazione (o ad altra ADR), sospendendo il giudizio; qualora esse aderiscano, il processo resta quiescente e la discussione prosegue su un piano informale. Le parti non sono obbligate ad accettare la proposta conciliativa, ma possono essere incentivate dalla riduzione delle spese di giudizio. Ne deriva una *gerichtsinterne* o *gerichtsnahe Mediation*, integrata nel processo e spesso gestita da un altro giudice in qualità di mediatore (*Güterichter*).

⁹ Sul tema, si rinvia alla dettagliata ricostruzione di A. CARRATTA-C. CAVALLINI, *Judicial settlement e modelli di tutela a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 427 ss., in part. § 5 scritto da A. CARRATTA.

Il modello di conciliazione francese si trova nell'art. 21 nel *Code de procédure civile* là dove la conciliazione rientra nel compito del giudice. Parallelamente, gli artt. 131-1 ss. disciplinano la *médiation judiciaire*: con l'accordo delle parti il giudice designa un mediatore, ne delimita l'ambito e fissa la durata; può revocare l'ordine se la procedura appare infruttuosa o limitarla a una parte della controversia. Questa impostazione ha trasformato il processo da luogo di intervento coercitivo a spazio di ricostruzione del legame sociale, dando origine a un modello di giustizia nel quale la linea di confine fra decisione giurisdizionale e soluzione convenzionale assume contorni assai sfumati.

Quanto al modello spagnolo, la Ley 5/2012 disciplina la mediazione civile e commerciale; tuttavia, già gli artt. 414 e 440 LEC assegnano al segretario giudiziale (*Letrados de la Administración de Justicia*) il dovere di prospettare alle parti, all'esito delle difese del convenuto, la possibilità di ADR, fissando una udienza (*audiencia previa al juicio ordinario* e della *citation para la vista del juicio verbal*) in cui le parti debbono motivare per iscritto la propria decisione. Pur quando la mediazione non si chiuda con un accordo, i suoi effetti trasformativi favoriscono il ripristino delle relazioni e, nel breve-medio periodo, una soluzione più adeguata del conflitto.

I modelli di conciliazione esaminati delineano due figure di giudice: da un lato c'è il giudice che conduce personalmente il tentativo conciliativo all'interno del processo; dall'altro lato, c'è il giudice delegante che rinvia le parti a un terzo soggetto (mediatore o altro magistrato) ritenendo promettente l'attività di mediazione¹⁰. In entrambi i casi, il processo continua a rappresentare il luogo in cui si svolge la funzione giurisdizionale, pur aprendosi a percorsi consensuali finalizzati a soluzioni più eque, snelle e soddisfacenti per i litiganti¹¹.

¹⁰ A. CARRATTA-C. CAVALLINI, cit., p. 445.

¹¹ D. DALFINO sottolinea che «Le istituzioni europee da anni mostrano una spiccata sensibilità per questi temi soprattutto in materia civile e commerciale e, ancor prima, in materia di tutela dei consumatori e ha visto, come tappe salienti: - l'adozione del c.d. «Libro Verde» (Accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico: COM (1993) 576 def.) del 1993; - le raccomandazioni 98/257/CE del 30 marzo 1998 (riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo) e 2001/310/CE del 4 aprile 2001 (sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo)¹⁰; - la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 (relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico")); - il «Libro Verde» del 2002 (relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (COM (2002) 196 def.); - le «linee guida» elaborate dal CEPEJ nel 2007; - la direttiva 2008/52/CE (relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale); - la risoluzione del Parlamento europeo 13 settembre 2011 (sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali); - la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 [sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)] e il complementare regolamento 2013/524/UE del 21 maggio 2013 (relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori)); - il Manuale europeo per lo sviluppo della legislazione nazionale sulla mediazione (CEPEJ(2019)9 EN_Handbook) accompagnato dalle Linee guida sulla progettazione e il monitoraggio dei

Ed è in tale solco che la recente riforma italiana ha proposto un nuovo modo di intendere la funzione giurisdizionale e il ruolo del giudice. Le linee evolutive tracciate negli ordinamenti tedesco, francese e spagnolo sono state recepite dal legislatore italiano e sono culminate nella L. n. 206 del 2021. Il cardine del nuovo impianto è la proposta conciliativa o transattiva di cui all'art. 185-*bis* c.p.c. In parallelo, resta fermo – ed anzi si rafforza – il potere di rinviare le parti dinanzi all'organismo di mediazione ex art.5, co. 2, d.lgs. 28/2010, esercitabile anche in appello, con la sanzione dell'improcedibilità in caso d'inosservanza. L'opzione, per quanto discussa, colloca il giudice italiano al centro di un "crocevia" decisionale: valutare se la lite debba proseguire sul binario propriamente processuale o trasmigrare a un percorso consensuale, replicando gli schemi già sperimentati in Francia e Spagna su impulso della direttiva 52/2008/CE.

Nel loro insieme, tali scelte modellano un procedimento civile dai tratti *semi-adversarial*: la direzione del giudice non si esaurisce nella gestione formale del contraddittorio, ma si estende a un vero e proprio *case-settlement management*, filtrando *ex ante* la controversia e selezionando la via più efficiente – contenziosa o conciliativa – per la sua definizione.

In Italia, già in passato si è assistito ad approcci alla mediazione e alla conciliazione giudiziale. Nel codice di procedura civile italiano del 1940, l'art. 185 attribuiva al giudice la facoltà di tentare la conciliazione e la collaborazione tra giudice e parti caratterizzava l'intera istruzione¹². La mediazione, invece, rimase priva di disciplina autonoma fino al recepimento della direttiva 2008/52/CE con il d.lgs. 28/2010 che ha inserito nell'ordinamento un procedimento autonomo, extragiudiziale, volto alla facilitazione dell'accordo tra le parti coordinate da un mediatore imparziale, privo di potere decisionale; il carattere stragiudiziale, volontario e cooperativo della mediazione ne staglia la differenza rispetto alla conciliazione che, invece, si svolge all'interno del processo e su impulso del giudice.

I continui interventi legislativi volti a conferire al giudice civile compiti ulteriori rispetto alla mera funzione decisoria, ampliando significativamente le sue prerogative conciliative e transattive, sollecitano una riflessione approfondita sull'opportunità di tale scelta. Si viene, in effetti, a delineare un modello di giudice che non è esclusivamente vincolato al compito tradizionale di *ius dicere*, bensì è investito di un ruolo più ampio e composito volto alla conciliazione e mediazione delle controversie¹³.

programmi di formazione dei mediatori (CEPEJ(2019)8 EN_Guidelines mediation training schemes), approvato dalla Cepej il 14 giugno 2019»: D. DALFINO, *Transazione, conciliazione e mediazione nel nuovo sistema di tutela collettiva dei diritti individuali omogenei*, in *Civil procedure review ab omnibus pro omnibus.it*, p. 38).

¹² L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 511; E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 580. In chiave comparatistica, S. GOLDSTEIN, *Giudici manager e giudici conciliatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 985 ss.

¹³ Sono le riflessioni di S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione*, cit., p. 21 ss.; in termini L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 715 ss.

Questo nuovo modello di giudice, collocato fra la rigida funzione giurisdizionale e una flessibile attività conciliativa, impone di interrogarsi sulla sua idoneità, efficacia e appropriatezza rispetto alle esigenze dell'amministrazione della giustizia e dell'accesso alla tutela giurisdizionale. La questione trascende, peraltro, il mero ambito giuridico-processuale, abbracciando implicazioni di ordine storico, sociale, culturale e politico.

Mauro Cappelletti¹⁴, autorevole promotore della cosiddetta terza ondata dell'*Access-to-Justice Movement*, incentrata proprio sulle soluzioni complementari alla tradizionale giurisdizione ordinaria, già decenni or sono sottolineava l'insufficienza e l'inadeguatezza del processo tradizionale quale unico strumento per rispondere ai bisogni di giustizia emergenti da una società complessa e in continua trasformazione, valorizzando strumenti di giustizia alternativa rispetto all'apparato statale, fondati sulla conciliazione, sulla mediazione e sull'applicazione di criteri di equità sociale e distributiva. La sua intuizione trova oggi conferma e attuazione nell'ambiziosa riforma della giustizia civile. Quest'ultima, infatti, collocandosi nel solco già tracciato dalla normativa europea (dal Libro Verde del 1993 alla Direttiva CE n. 52/2008) e nazionale (d.lgs. n. 28/2010), promuove forme di risoluzione delle controversie complementari alla giurisdizione, anche se motivata da esigenze di riduzione delle cause pendenti imposte dal *NextGenerationEU* e dal relativo Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

In linea con le suddette disposizioni, il legislatore delegato ha introdotto significative innovazioni anche sotto il profilo strettamente processuale, finalizzate a incentivare il ricorso alla conciliazione giudiziale¹⁵ mediante specifiche modifiche apportate agli articoli 183 e 185-*bis* del codice di procedura civile.

Gli articoli 185 e 185-*bis* c.p.c. prevedono due modelli di conciliazione giudiziale: la prima come invito generico del giudice; la seconda come proposta motivata, la cui mancata accettazione può rilevare ai fini della decisione sulle spese processuali.

La prima e fondamentale novità introdotta dal D.lgs. 10 ottobre 2022, n.149, chiaramente orientata ad una maggiore responsabilizzazione delle parti, consiste nell'obbligo, previsto dal novellato art. 183 c.p.c., della loro comparizione personale all'udienza di prima comparizione e trattazione della causa. Tale obbligo è esplicitamente finalizzato al tentativo concreto e diretto di conciliazione della lite. L'art. 185 c.p.c. (nella sua nuova formulazione) stabilisce che il giudice possa, in ogni stato del processo, invitare le parti a tentare una conciliazione. Si tratta

¹⁴ M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico sociologica*, in *Foro It.*, 1979, V, 54 ss.; *id.*, *Accesso alla Giustizia*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, spec. 3 ss.

¹⁵ In argomento, A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. civ.*, III, Torino, 1988, p. 215; V.L. FRANZESE, *L'accordo conciliativo tra conflitto e controversia*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 870; F. LANCELOTTI, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, p. 397; C.A. NICOLETTI, *La conciliazione nel processo civile*, Milano, 1963, *passim*; C. PUNZI, *Conciliazione e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1028; F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, in part. p. 9; in prospettiva comparatistica, F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, pp. 7 e 110.

di un invito non vincolante, spesso correlato all'analisi delle risultanze processuali e al comportamento dei contendenti.

Precisamente, il primo comma dell'articolo 183 dispone che «All'udienza fissata per la prima comparizione e la trattazione le parti devono comparire personalmente», stabilendo altresì che «La mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi dell'art. 116, secondo comma». In coerenza con questa prescrizione, il terzo comma del medesimo articolo prevede che il giudice, mediante interrogatorio libero delle parti, debba richiedere, sulla base dei fatti dedotti, i chiarimenti necessari e tentare la conciliazione ex art. 185 c.p.c.

Risulta evidente dal tenore della norma la precisa intenzione legislativa di sollecitare un coinvolgimento diretto e attivo delle parti nel momento iniziale del procedimento giudiziario. Tale coinvolgimento personale mira a evitare il fenomeno, purtroppo diffuso, di deresponsabilizzazione conseguente all'utilizzo esclusivo della rappresentanza processuale, fenomeno che spesso conduce i litiganti a disinteressarsi dell'esito conciliativo della lite, attendendo passivamente la decisione giudiziale.

Non va trascurato che già la riforma del 1990, prendendo a riferimento il modello processuale del lavoro, aveva introdotto l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero nella prima udienza, rivelatasi tuttavia nella prassi giudiziaria poco efficace. Di conseguenza, con la successiva riforma del 2005 venne ripristinata, salvo diversa richiesta congiunta delle parti, la discrezionalità del giudice nell'utilizzo di tale istituto.

La recente riforma legislativa del 2022, dunque, deve essere letta alla luce della più ampia rivisitazione della fase introduttiva del giudizio, che prevede ora l'incontro con le parti successivamente alle «verifiche preliminari» e alla produzione delle memorie ex art. 171 *ter* c.p.c. Tale impostazione consente infatti al giudice di condurre con maggior efficacia il tentativo conciliativo, potendo contare su un quadro definito e completo del *thema decidendum* e del *thema probandum* della controversia.

Più significativa è la proposta conciliativa disciplinata dall'art. 185-*bis* c.p.c., norma inserita nell'ordinamento con il D.L. 21.6.2013, conv. 9.8.2013, n. 98 (art. 77), e modificata poi dal D. Lgs. 10.10.2022, n. 149 (Riforma Cartabia), che attribuisce al giudice la facoltà di formulare una proposta transattiva o conciliativa motivata, valutando le posizioni in campo. Tale proposta può essere respinta dalle parti, ma la legge prevede che il giudice, in sede di decisione sulle spese di lite (art. 91 c.p.c.), tenga conto del rifiuto ingiustificato della proposta. Questa norma sancisce una forma di "conciliazione incentivata", con valenza deflattiva. Infatti, è stata concepita con l'obiettivo ambizioso di snellire i procedimenti giudiziari attraverso una soluzione conciliativa che vede il giudice protagonista attivo nella composizione amichevole della controversia. L'importanza di tale istituto trova una rinnovata enfasi nell'ambito degli obiettivi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). In particolare, il PNRR punta esplicitamente alla riduzione della durata dei processi civili e al miglioramento della

performance complessiva della giustizia civile italiana, valorizzando in maniera strategica l'uso di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (ADR)¹⁶. Gli accordi PNRR prevedono specifiche misure per potenziare e incentivare la proposta conciliativa del giudice *ex art. 185-bis c.p.c.*, considerandola una leva fondamentale per una giustizia più rapida, efficace e competitiva, capace di attrarre investimenti e garantire maggior certezza nelle relazioni economiche e sociali¹⁷. La *ratio* deflattiva è evidente, il bilanciamento con la tutela effettiva dei diritti lo è molto meno.

L'attuale formulazione dell'articolo è la seguente «Il giudice, fino al momento in cui fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice».

L'istituto riflette una visione moderna e responsabile della giustizia civile, valorizzando la possibilità che le parti raggiungano autonomamente un accordo, risparmiando così tempo, risorse e, soprattutto, evitando il logoramento personale che inevitabilmente accompagna una lunga lite giudiziaria. La peculiarità dell'articolo 185-*bis* risiede nella discrezionalità del giudice, il quale, tenendo conto della natura della causa, del relativo valore economico e della semplicità delle questioni giuridiche affrontate, può avanzare alle parti una proposta transattiva o conciliativa. Tale possibilità, lungi dal rappresentare una semplice alternativa, diviene piuttosto un vero e proprio esercizio di sensibilità e competenza del magistrato,

¹⁶Uno degli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) è di ridurre entro giugno 2026: (i) la durata media dei processi civili e commerciali che arrivano al terzo grado di giudizio del 40% rispetto al 2019.

¹⁷L'art. 1, comma 4°, lett. o, l. d. n. 206 del 2021 prevede che l'esercizio del potere giudiziale finalizzato alla conciliazione incide sulla valutazione della professionalità del magistrato: «o) valorizzare e incentivare la mediazione demandata dal giudice, di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, le università, nel rispetto della loro autonomia, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio, che consegua stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziali che demandano le parti alla mediazione. Agli stessi fini prevedere l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione di detta formazione e dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, al fine della valutazione della carriera dei magistrati stessi». Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 ha disposto con l'art. 7, comma 1, lett. e), l'introduzione nel d. lgs. n. 28/2010 dell'art. 5-*quinquies*, rubricato (Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione), secondo cui: «1. Il magistrato cura la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata. 2. Ai fini della valutazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, la frequentazione di seminari e corsi di cui al comma 1, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato. 3. Le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione sono oggetto di specifica rilevazione statistica. 4. Il capo dell'ufficio giudiziario può promuovere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, progetti di collaborazione con università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria, nel rispetto della reciproca autonomia, per favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione».

chiamato non soltanto a giudicare ma anche a favorire attivamente una soluzione condivisa, in sintonia con una concezione evoluta e dinamica del suo ruolo. In questo modo, il giudice non si limita a decidere, ma guida le trattative delle parti per favorire la composizione anticipata della lite. Il modello di giudice che si viene a delineare supera i confini della tradizionale concezione giurisdizionale, assumendo un ruolo centrale e attivo nella gestione e risoluzione dei conflitti¹⁸.

Tutto ha un prezzo. Se ne rende ben conto il legislatore quando avverte il bisogno di stabilire espressamente che «la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice». Una tale previsione si spiega se si considera che, in un modello tradizionale di giurisdizione – rappresentato simbolicamente dalla giustizia bendata – il giudice è tenuto a mantenere un atteggiamento di assoluta imperturbabilità, che gli preclude la possibilità di assumere, sia pure in forma implicita o indiretta, qualsiasi posizione sulle questioni oggetto di lite, pena la compromissione della sua terzietà. Però è innegabile che – per farsi promotore di una soluzione conciliativa e, ancor più, per incentivarne l'accoglimento – il giudice non possa esimersi dal formulare valutazioni suscettibili di essere percepite come anticipazioni di giudizio¹⁹. Da ciò discende il rischio, in caso di insuccesso della conciliazione, di un pregiudizio (o anche solo di un sospetto di parzialità) idoneo a minare l'immagine di imparzialità del magistrato.

I tempi odierni, tuttavia, impongono l'accettazione di soluzioni che sono di compromesso. Di qui l'esigenza di una terzietà e di una neutralità giudiziale che non possono più essere assolute,

¹⁸ L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2024, p. 356, afferma categoricamente che «Oggi il giudice deve essere consapevole che rendere giustizia non significa solo porre fine a un conflitto in maniera formalmente corretta, e che occorre tener conto dei bisogni, degli interessi delle parti, rispettando in primo luogo il loro diritto all'autodeterminazione. Il giudice non è (non deve essere), un burocrate macinatore di controversie. È, prima di tutto, un giudice delle relazioni. Se questo è pacifico da tempo per chi si occupa di famiglia e persone, in realtà investe oggi tutto il panorama della giustizia, se vogliamo rilanciare la dimensione orizzontale di cui dicevamo. Il giudice, in generale, non può più limitarsi a conoscere le norme e a ricostruire la fattispecie, ma deve comprendere la vicenda di vita che è sottoposta alla sua attenzione sotto le vesti della controversia giuridica, una vicenda segnata da errori, imprevisti, incomprensioni, frustrazioni. Una storia non sempre in cerca di una ragione, che vuole essere in primo luogo narrata e compresa. Natalino Irti, nelle sue diffuse critiche all'incalcolabilità e imprevedibilità del diritto, si lamenta del fatto che la fattispecie abbia lasciato spazio alla vicenda esistenziale, «la complessiva situazione di vita», all'oscuro accadimento. In realtà, l'emergere dei fatti, che spoglia il conflitto dai parametri della controversia giuridica con cui si è presentato in tribunale, risponde pienamente al movimento degli ultimi anni perché proprio nei fatti si annidano i bisogni, le speranze, gli interessi di uomini e donne concrete: «in carne e ossa», direbbe Stefano Rodotà. Anche Paolo Grossi ci richiama alla fattualità, carnalità del diritto che permette il riavvicinamento di diritto e giustizia e con chiarezza afferma che il diritto deve tornare come ordinamento del sociale, prospettiva che non può non implicare l'elemento della relazione fiduciaria tra i soggetti dell'ordinamento stesso».

¹⁹ Per L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. Merito*, 2008, p. 582 ss. «nel tentativo di conciliazione, del pari, è corretto, a mio avviso, che il giudice prospetti l'opinione che si è formato sul materiale processuale, un'opinione certo provvisoria, specie se il tentativo di conciliazione venga svolto «in limine litis», quando ancora non è stata espletata attività istruttoria. L'informazione circa gli elementi che il giudice può legittimamente prospettare aumenta la capacità di autodeterminazione delle parti né impedisce, come diremo, che le parti siano stimolate a trovare una soluzione conforme ai propri interessi, al di là delle posizioni di diritto».

ma che si atteggiavano in forme attenuate e contestualizzate. Ne consegue – ed è ciò che si intende mettere in rilievo nel presente scritto – la necessità di una ridefinizione della professionalità del giudice, accompagnata dalla predisposizione, all'interno dell'ordinamento giudiziario, di strumenti idonei a garantire un'adeguata formazione per chi è chiamato a svolgere un ruolo che non può più limitarsi a quello dell'impassibile "accertatore".

In questa prospettiva va letta, pertanto, la disposizione secondo cui la proposta può essere formulata dal giudice per la prima volta soltanto a valle dell'interrogatorio libero, ossia dopo che abbia avuto modo di formarsi un'idea non sul come decidere, ma sulla possibilità di trovare un terreno favorevole all'intesa; e che abbia la possibilità di formularla anche dopo, quando nel corso del processo avverte che si sono maturate le condizioni per una soluzione conciliata²⁰. Ed è corretto ritenere che la proposta formulata in una fase avanzata del giudizio possa ancora di più rispecchiare il convincimento del giudice rispetto alla controversia. L'art. 185-*bis* c.p.c. funge da "neutralizzatore", impedendo che il sospetto sulla imparzialità si trasformi in motivo di ricusazione o astensione del giudice²¹.

Le parti, una volta ricevuta la proposta conciliativa, hanno la possibilità di accettarla entro il termine fissato dal giudice stesso. Il termine è generalmente breve, ma sufficientemente congruo per permettere ai contendenti una valutazione ponderata della convenienza della proposta ricevuta. Pur in assenza di espressa previsione, si ritiene che l'accettazione della proposta debba essere formalizzata in un processo verbale che costituisce titolo esecutivo in analogia a quanto accade in caso di conciliazione raggiunta ai sensi dell'art. 185 c.p.c.²².

In tal modo il giudizio arriva a una definizione lontana da quella istituzionale, in quanto la proposta transattiva, accettata, crea un assetto contrattuale, non una decisione giudiziale. Con la transazione giudiziale, quindi, accade che non vi è accertamento autoritativo della verità giuridica o del diritto, ma una composizione concordata degli interessi delle parti. Il diritto rimane in qualche modo "incerto" in senso tecnico-giuridico, poiché non riceve una

²⁰C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2023, p. 240, osserva che «quanto alla "genesì" della proposta conciliativa, essa è la medesima in entrambe le disposizioni: anche nell'ipotesi più recentemente introdotta, infatti, la proposta formulata dal giudice non potrà prescindere dal previo contraddittorio tra (e con) le parti, e così dal loro interrogatorio libero, o almeno da un dialogo con esse. L'accento sull'oralità, che emerge dall'inciso "una volta sentite le parti", esclude infatti che la proposta conciliativa possa essere calata *ex abrupto*, dall'alto, senza che prima vi sia stato un contatto tra giudice, attore e convenuto, forgiando ipotesi transattive assieme a loro in base ai fatti di causa, e non calandole "su di loro". Una diversa interpretazione, del resto, contraddirebbe in radice la stessa natura dell'istituto».

²¹ Secondo C. CONSOLO, *cit.*, p. 241, «il legislatore ha ritenuto di escludere espressamente che la formulazione della proposta conciliativa possa costituire motivo di astensione o ricusazione del giudice che l'ha fatta (e ciò pure allora, ma il profilo meriterebbe di essere meglio indagato e forse ripensato *ex art. 111 Cost.*, anche in tutti quei casi in cui la proposta risulti essere eccessivamente "predittiva" – ossia tale da rivelare già un convincimento del giudice circa i torti e le ragioni delle parti –, troppo agganciata cioè ad una prognosi decisoria, nonché tendenzialmente definitiva ed irreversibile)».

²²C. CONSOLO, *cit.*, p. 241; G. RUFFINI, *Diritto processuale civile*, II. *La giustizia consensuale e il processo di cognizione*, Bologna, 2024, p. 99.

decisione giudiziale definitiva. Le parti sacrificano la certezza autoritativa del diritto, preferendo una soluzione immediata, condivisa, e non necessariamente coincidente con il diritto oggettivamente inteso. Il giudice, formulando la proposta, svolge un ruolo di mediatore²³, arricchendo la sua principale funzione che consiste nello *ius dicere*²⁴.

La mancata adesione alla proposta formulata dal giudice non può comportare conseguenze negative o pregiudicare in alcun modo la posizione processuale delle parti nel successivo svolgimento della causa, nel rispetto del diritto di difesa costituzionalmente garantito²⁵.

Quindi, la proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c. rappresenta un elemento essenziale della strategia più ampia del legislatore, indirizzata alla diffusione di una vera e propria cultura della conciliazione, orientata alla soluzione consensuale delle controversie civili per una giustizia più vicina ai bisogni dei cittadini, che fonda la sua *ratio* sul principio generale secondo cui una soluzione concordata tra le parti è preferibile rispetto a una decisione imposta dal giudice, poiché deriva da un'intesa consensuale che meglio risponde agli interessi concreti dei soggetti coinvolti. L'obiettivo è anche quello di responsabilizzare maggiormente le parti, favorendo la ricerca di soluzioni condivise e consentendo così un effetto deflattivo del contenzioso giudiziario.

3. I pericoli della proposta conciliativa

Vi è però l'altro lato della medaglia che deve essere analizzato. E a questo proposito sono state avanzate fondate preoccupazioni²⁶.

²³Osserva R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, p. 62, che «la distinzione tra due tipologie di proposta - «transattiva» o «conciliativa» - evoca le due diverse modalità di accordo: la prima, in cui le parti sono invitate a stipulare una transazione, espressione di autonomia negoziale realizzata attraverso le «reciproche concessioni», la seconda dal contenuto più libero ed indeterminato, pur sempre volta a condurre le parti verso un accordo, ma i cui contenuti non sono legati alle «reciproche concessioni». Anche in una tale dinamica si ravvisano profonde diversità tra il metodo giudiziale usato nel formulare la proposta e quello che si riversa sulla decisione della causa. Il che conferma il mutare delle competenze dell'autorità giudiziaria a seconda che quest'ultima sia chiamata a decidere la lite ovvero a condurre le parti verso la conciliazione».

²⁴L.P. COMOGLIO, cit., p. 20 ss., osservava già nel 1977 che «il ruolo promozionale del giudice non sembra potersi realizzare costruttivamente al di fuori del processo, se non si esprime, nel suo ambito, in poteri discrezionali ed elastici, liberi da forme eccessivamente restrittive e capaci di condurre la funzione giurisdizionale alla piena realizzazione dei suoi scopi istituzionali. L'esigenza, oggi così sentita, dell'«equità processuale» non è l'affermazione di una discrezionalità incontrollata, ma è la proposta di soluzioni legislative di compromesso, le quali dovrebbero coordinare le garanzie di eguaglianza e di «tipicità» nel processo con i compiti «integrativi» ed «assistenziali» del giudice, evitando di comprimerne la sfera di azione entro limiti prefissati con minuzioso rigore». M. DE CRISTOFARO, *L'avvocato e il giudice civile alla vigilia della riforma del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 201, sottolinea come il magistrato, conoscendo il fascicolo, possa guidare le parti verso un accordo «consapevole e non improvvisato».

²⁵G. RUFFINI, *op. cit.*, p. 180, afferma che il rifiuto di una delle parti può avere conseguenze in sede di liquidazione delle spese del giudizio, in quanto, in ipotesi di accoglimento della richiesta in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, il giudice dovrà porre le spese di lite maturate successivamente alla formulazione della proposta a carico della parte che ha rifiutato ingiustificatamente di aderire alla stessa.

²⁶M. GRADI, *Burocrazia giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 751 ss.

É indubbio che la prerogativa assegnata al giudice di formulare - in ogni fase del procedimento di primo grado, dalla prima udienza fino all'esaurimento dell'istruttoria- una proposta conciliativa diretta alle parti si presenta come uno strumento positivo e funzionale, favorendo il raggiungimento di un accordo flessibile, calibrato sugli specifici interessi dei contendenti. Infatti, attraverso la conciliazione, è possibile non soltanto abbreviare significativamente la durata del processo, evitando le lungaggini che notoriamente caratterizzano la giustizia ordinaria, ma anche giungere a soluzioni innovative e creative, precluse dalla rigidità strutturale della decisione giudiziale che deve rispettare il perimetro di quanto chiesto dalle parti in contesa. Tuttavia, a un esame più approfondito, tale potere rivela connotati problematici e ambigui, assumendo una veste potenzialmente coercitiva e, dunque, preoccupante. La proposta conciliativa formulata dal giudice deve essere percepita dalle parti come un semplice suggerimento imparziale, senza assumere alcuna sfumatura intimidatoria: la parte cui è indirizzata non deve avere la sensazione che il rifiuto potrebbe comportare ripercussioni negative sulla futura decisione. In effetti, l'autorità giudiziaria che avanza la proposta è la medesima che, in caso di mancato accordo, sarà chiamata a pronunciarsi sulla controversia; tale circostanza, inevitabilmente, espone la parte che respinge la proposta al rischio concreto di subire una condanna alle spese processuali o, addirittura, una decisione sfavorevole. Se ne è fatto riferimento quando si è posto il problema della imparzialità del giudice, perché è immanente il rischio che le proposte conciliative subiscano il condizionamento da "durata del processo". Infatti, nel formulare la proposta il giudice dovrà considerare che una parte, pur avendo a suo favore molte ragioni, sia indotta ad accettare una soluzione non equa per evitare il prezzo di una decisione che non si sa quando arriverà. Se il giudice non ne tenesse conto rischierebbe di trasformare il processo in un meccanismo perverso legittimante pratiche estorsive.

Chi esercita la professione d'avvocato ha, infatti, la consapevolezza del pericolo che si annida nelle proposte conciliative. Spesso si assiste a giudici che formulano *in limine litis* proposte sbilanciate a favore della parte che ritengono più debole, oppure a seguito di conversazioni informali durante l'udienza in cui il giudice fa trapelare la sua intenzione in relazione all'esito del giudizio, orientando la parte che ritiene di subire la sconfitta verso l'accettazione di una proposta palesemente iniqua oppure ancora a proposte immotivate o squilibrare la cui appetibilità viene giustificata col pretesto di una definizione immediata del processo a fronte di una lunga e incerta indagine istruttoria²⁷.

Quindi, affinché l'intervento giudiziale venga percepito e recepito dalle parti come aiuto per addivenire a una soluzione della controversia condivisa e rispettosa degli interessi dei soggetti coinvolti, e non come una inaccettabile coartazione della volontà, è necessario che i difensori delle parti abbiano la possibilità di chiarire al giudice le difese svolte nell'interesse dei loro

²⁷ S. DALLA BONTÀ, cit., p. 24.

assistiti prima della formulazione della proposta e che il giudice formuli la proposta con una motivazione chiara ed equilibrata (sebbene non richiesta dalla legge), senza far apparire l'alternativa del processo una pena da infliggere alla parte che non aderisce alla proposta²⁸.

Poste in rilievo le inevitabili ombre che accompagnano l'istituto e chiarito che si tratta di costi da pagare a fronte di innegabili benefici nello stato attuale delle cose, è evidente che in base alle recenti riforme il ruolo del giudice è profondamente mutato: emerge, infatti, un modello di giudice al quale non solo è affidato il compito di decidere rapidamente e con efficacia, grazie a strumenti quali le ordinanze anticipatorie e una rimodulata fase istruttoria preliminare, ma anche di facilitare attivamente la conciliazione tra le parti, mediante l'obbligo della partecipazione personale delle parti all'udienza, l'estensione temporale della possibilità di proporre soluzioni transattive, e la valorizzazione delle mediazioni giudizialmente delegate. Si è anticipato che il nuovo ruolo attribuito al giudice comporta che ne sia modificata la sua professionalità²⁹.

Sicuramente, nessuna perplessità si pone circa la permanenza della sua funzione giurisdizionale, rafforzata anzi dall'introduzione di strumenti volti a garantire maggiore celerità e razionalizzazione nella gestione del processo (anticipazione delle memorie, ordinanze anticipatorie, ecc.). Più delicata, invece, è l'analisi del rafforzamento del ruolo del giudice come promotore della conciliazione, che impone di valutare in modo critico le implicazioni teoriche e pratiche degli strumenti previsti: la conciliazione giudiziale, la proposta conciliativa di cui all'art. 185-bis c.p.c. e l'invio delle parti in mediazione ai sensi dell'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 28/2010.

Si è correttamente osservato³⁰ che, affinché il ruolo del "giudice conciliatore" non si traduca in un modello astratto o, peggio, in un meccanismo inefficace, è imprescindibile un

²⁸A proposito del nuovo ruolo affidato agli avvocati e al giudice all'interno di un contesto volto a promuovere la soluzione consensuale della controversia M. F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e mediazione demandata*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 485, osserva che «sono queste le competenze che fondano la ricerca di relazioni "buone" tra consociati, competenze che non possono mancare al professionista, nel quadro di un più ampio significato di contraddittorio, quale struttura portante nel processo, che abbracci anche e prima di tutto l'ascolto e il dialogo costruttivo. Al riguardo si parla di un avvocato quale «figura sintonica» di un giudice che sia capace di farsi promotore della giustizia consensuale lite pendente. Ma questo significa allora cambiare anche l'approccio del giudice, che deve prediligere una conduzione del processo volta a sollecitare le parti a raggiungere un accordo. Non perché questo gli consentirà di non scrivere una sentenza, ma perché avrà dato un suo forte contributo a una soluzione più appagante alla quale le parti addiverranno da sole, con il suo aiuto in caso di conciliazione giudiziale, o con quello di un mediatore in caso di mediazione demandata. Sarà infatti sempre lo stesso giudice, come si vedrà, a cogliere la possibilità per le parti di raggiungere un accordo grazie ad un mediatore, avendole ascoltate in un dialogo diretto e «sincero» ovvero leale e collaborativo, nel corso del processo. Come si è osservato, senza trasformare il giudice in ciò che egli non può e non deve essere, la sua attenzione e capacità di comunicare con avvocati e parti possono infatti permettergli di cogliere – e così intuire – gli interessi che muovono il conflitto alla base della lite, e da qui consentirgli di intravedere gli spiragli per una composizione consensuale della controversia».

²⁹ S. DALLA BONTÀ, *cit.*, p. 25 ss.

³⁰S. DALLA BONTÀ, *cit.*, p. 38 che correttamente sottolinea l'importanza di avere un giudice che arriva preparato all'udienza in cui esercita i poteri conciliativi, per evitare che la proposta conciliativa venga formulata "a caso". «Innegabile è che, ove così

cambiamento di atteggiamento che investa tanto la formazione iniziale e continua dei magistrati, quanto l'organizzazione dell'attività giudiziaria e il supporto dell'Ufficio per il processo³¹. Solo così sarà possibile tradurre in prassi virtuosa quanto disegnato in astratto dalla riforma.

Il cambiamento culturale deve riguardare necessariamente anche (la formazione de)gli avvocati che devono accogliere la proposta conciliativa non come una resa o un *vulnus* alla propria capacità difensiva, bensì come un'opportunità per risolvere rapidamente le controversie, evitando che il tempo possa farle degenerare in sterili conflitti³². In questo modo si potrebbe restituire dignità alla professione forense e valorizzare il ruolo dell'avvocato che ha subito col tempo una lenta deriva che può essere contrastata soltanto cambiando radicalmente atteggiamento³³.

Se muta il ruolo del giudice, deve anche cambiare la sensibilità dei consociati su ciò che lo contraddistingue. La dottrina tradizionale, affidando al giudice il compito di "accertatore", in sintonia con la sensibilità sociale, aveva la convinzione che il giudice non è tale se non è terzo e imparziale e che, a tal fine, non può esporre le sue convinzioni sulla controversia che gli viene affidata se non con la decisione (di ciò è traccia nel n. 4 dell'art. 51 c.p.c.). Come abbiamo detto, è, tuttavia, difficile non pensare che un giudice che si è esposto formulando una proposta transattiva, non andata a buon fine, non si sia in qualche modo pronunciato sulla causa prima di deciderla. È un rischio che non si può non correre. Più che la dottrina, è la società nel suo complesso che ne deve prendere atto, senza porsi eccessivi problemi di imparzialità e terzietà che l'art. 185-bis ha tentato di esorcizzare (con l'auspicio che non

non sia, forte sarà il rischio che la via percorsa dalla più parte dei giudici sia quella tout court della proposta conciliativa o transattiva ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c., strumento che non spoglia il giudice della "gestione" della causa, ma al contempo conduce ad una definizione della lite più celere: un impiego di tale proposta che si rivelerà, però, in concreto non ponderato. Al contempo, il rischio potrebbe essere quello di un invio non oculato delle parti in mediazione lite pendente. Che così in concreto non accada, che il nuovo paradigma di giudice non scivoli giù per questa infelice china, dipende – si sostiene, ed a ragione – da un cambiamento di cultura. Profilo, questo, che riporta alla formazione del giudice, cui più sopra si accennava».

³¹S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, in questa Rivista, 2021, p. 261 ss.; R. CAPONI, *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, in *Quest. Giust.*, 2021, p. 171 ss.; C. CAVALLINI, *L'ufficio per il processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 981 ss.

³²G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1169. Secondo M.F. GHIRGA, cit., *ivi*, p. 483 «uno sviluppo armonico e più evoluto del sistema dovrebbe oggi condurre a far cambiare l'habitus mentale dell'avvocato che, coinvolto dal proprio cliente nel percorso di risoluzione della controversia insorta, dovrebbe scoraggiare il ricorso alle forme avversariali di risoluzione della lite e promuovere quelle consensuali...Nel dialogo fin da subito instaurato, l'avvocato è chiamato a sviscerare non solo la lite giuridica, ma ciò che sta dietro alla stessa per individuare quel complesso di interessi che potrebbero trovare una più felice soluzione attraverso un percorso negoziale piuttosto che giurisprudenziale».

³³«In tale prospettiva è proprio la concezione del processo che muta, non più luogo di lotta ma di ricerca: si afferma l'idea che il processo non sia un gioco arbitrato dal giudice, dove si registrano rapporti tra poteri, ma un luogo in cui la ricerca della soluzione, autoritativa o concordata, è sempre il frutto della collaborazione tra le parti e il giudice»; così, L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, cit., p. 593.

sorgano problemi di costituzionalità quali sono quelli spesso determinati da una spinta garantistica esasperata)³⁴.

Ci sono, poi, problemi applicativi, che vale la pena di illustrare. Si deve, infatti, chiarire se il verbale di conciliazione sia soggetto o meno a tassazione. È un profilo determinante, non meno degli altri posti in evidenza, per il successo dell'istituto, consentendo alla conciliazione giudiziale di offrire un'alternativa allettante alla decisione. L'orientamento della S.C. è nel senso che «In tema di imposta di registro, sono soggetti a tassazione soltanto i provvedimenti dell'autorità giudiziaria che intervengono nel merito del giudizio con la conseguenza che deve escludersi nel novero dei predetti il verbale di conciliazione giudiziale che si limiti a dare atto dell'intervenuto accordo tra le parti, atteso che esso non costituisce un provvedimento del Giudice, il quale vi interviene soltanto a fini certificativi ed esecutivi»³⁵. Nella motivazione del provvedimento si legge che «...il verbale di conciliazione giudiziale non rientra fra gli atti dell'autorità giudiziaria tassabili ai sensi dell'art. 8 della Tariffa allegata al D.P.R. n. 131 del 1986, perché non costituisce un provvedimento del Giudice, il quale vi interviene soltanto a fini certificativi ed esecutivi. Anche se redatto alla presenza e con la partecipazione del Giudice, il verbale di conciliazione continua quindi a rappresentare un'ordinaria manifestazione di autonomia negoziale (Cass. n. 5480 del 2008), la cui sottoposizione a tassazione dipende dall'effettivo contenuto di volta in volta assunto e non da valutazioni di tipo aprioristico ed astratto...Se...il verbale di conciliazione non trasferisce alcunché, ma si limita a dare atto dell'avvenuta definizione della lite per effetto di un accordo già concluso prima, sarà quest'ultimo l'atto cui fare riferimento per quel che riguarda i termini e

³⁴Correttamente R. TISCINI, op. cit., p. 63 «si è voluto chiarire che «la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricasazione o astensione del giudice». A ben vedere, tuttavia, il tema della terzietà del giudice – al centro dei dibattiti, ed espressione di garanzia costituzionalmente protetta oggi in modo irrinunciabile – ha un senso quando si evoca il suo poterdovere di astenersi dal conoscere della medesima causa più volte all'interno dello stesso processo (nella successione tra gradi di giudizio). Nel caso in esame, invece l'approccio del giudice che ha formulato una proposta transattiva o conciliativa non coincide con quello che poi egli userebbe ove dovesse decidere la causa, in caso di mancata accettazione della proposta; sicché, il rischio di incompatibilità finirebbe per scemare. Piuttosto, a voler sostenere l'incompatibilità, vi sarebbe un pericolo opposto: se davvero per il solo fatto che un giudice abbia tentato di conciliare le parti (quand'anche formulando una proposta di accordo non accettata) egli dovesse poi essere sollevato dalla decisione, e dunque se per questo solo fatto la causa dovesse transitare ad altro giudice) del tutto ignaro del fascicolo e degli sviluppi pregressi del processo), la perdita in termini di gestione efficace del fascicolo e di durata ragionevole del processo sarebbe davvero eccessiva». Va osservato nel procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie il legislatore non ha avvertito l'esigenza di inserire una precisazione analoga a quella che si legge nell'ultimo comma dell'art. 185-bis c.p.c. Infatti, l'art. 473-bis.21, co. 3 c.p.c. stabilisce che «All'udienza il giudice sente le parti, congiuntamente o separatamente, alla presenza dei rispettivi difensori, e ne tenta la conciliazione. Può inoltre formulare una motivata proposta conciliativa della controversia. Se le parti si conciliano, il giudice assume i provvedimenti temporanei e urgenti che si rendono necessari e rimette la causa in decisione». Verosimilmente - volendo dare un rilievo alla differente formulazione delle disposizioni, senza abbandonarsi all'idea che sia del tutto inconsapevole - in tali processi che hanno come fulcro la protezione delle persone si vuole garantire che alla definizione del giudizio si arrivi in tempi rapidi e con lo stesso giudice che ha seguito l'intero iter processuale, la cui identità costituisce un valore da preservare.

³⁵ Cass., sez. trib., 9 aprile 2021, n. 9400.

l'ammontare del pagamento (cfr. Cass. n. 27979 del 2011)». Sta di fatto che, ad oggi, in molti Uffici giudiziari il verbale di conciliazione viene soggetto a tassazione; in questo modo, non si creano le condizioni per rendere la conciliazione davanti al giudice un'alternativa stimolante e appetibile rispetto alla conciliazione stragiudiziale, dove le parti sono libere di autodeterminarsi in relazione alle spese di registrazione dell'accordo transattivo. È quindi necessario che tale aspetto venga chiarito definitivamente per dare un indirizzo preciso sulla effettiva esenzione dall'imposta di registrazione del verbale di conciliazione giudiziale.

Occorre, da ultimo, considerare che, mentre in altri ordinamenti si discute dei limiti dell'attivismo giudiziale a tutela della neutralità del giudice, nel nostro ordinamento si deve stimolare nei magistrati un impegno che ancora stenta ad affermarsi. E quindi la vera sfida non è tanto normativa, quanto culturale, perché soltanto una consapevole assunzione del nuovo ruolo, soprattutto da parte dei giudici e degli avvocati, potrà rendere effettivi gli strumenti conciliativi introdotti dal legislatore.

4. Verso nuovi orizzonti processuali

Il processo civile — un tempo concepito come percorso indispensabile di pieno accertamento del diritto soggettivo e la formazione del giudicato — è oggi soggetto a spinte sempre più incisive verso la semplificazione procedurale.

Le ragioni di questo cambiamento sono ben note: l'arretrato imponente, i vincoli di efficienza imposti dagli impegni europei, la necessità di sostenibilità organizzativa del sistema. Tuttavia, questo mutamento investe l'essenza stessa della giurisdizione. Si passa dal giudizio di accertamento a un meccanismo di regolazione rapida dei conflitti, dove il giudicato diventa un evento eventuale e non più necessario.

E non può passare inosservata l'evoluzione della figura del giudice, sempre più chiamato non solo a decidere, ma anche a favorire attivamente la composizione bonaria della lite. La proposta conciliativa del giudice — oggi espressamente prevista e valorizzata anche dal nuovo art. 185-bis c.p.c. — diventa uno strumento centrale per il contenimento del contenzioso, un ponte verso la ragionevole composizione del conflitto, con il rischio che — in caso di mancata adeguata preparazione del giudice al nuovo compito che si trova a svolgere - venga utilizzata come grimaldello coercitivo per ottenere la chiusura dei giudizi "a ogni costo". Si tratta di un intervento che, pur animato da finalità deflative e cooperative, comporta un evidente spostamento di ruolo: il giudice non è più solo arbitro imparziale della controversia, ma si fa promotore della sua definizione anticipata.

Queste innovazioni, motivate dall'esigenza di rispondere ai parametri europei di efficienza, richiamano alla memoria il tentativo di cameralizzazione del processo civile degli anni Trenta, mirato non tanto alla tutela dei diritti quanto alla soddisfazione degli interessi generali

dell'ordinamento³⁶. Oggi, seppure in assenza di spinte autoritarie, si assiste a una deriva della giurisdizione che rischia di trasformarsi da garanzia incondizionata dei diritti in servizio funzionale a criteri manageriali ed economici, sia a livello nazionale che internazionale.

Infatti, il processo civile è oggi sempre più costretto a piegarsi alle esigenze dell'economia globale e agli *standard* imposti dalle organizzazioni internazionali, che misurano l'efficienza della giustizia prevalentemente attraverso indicatori economici, quali la durata media dei procedimenti o il grado di attrattività per gli investimenti esteri³⁷. Questo approccio economico-manageriale potrebbe ridurre il processo a uno strumento di competitività e sviluppo economico, ponendo così in secondo piano la funzione tradizionale di tutela piena e incondizionata dei diritti individuali.

È noto che tra gli obiettivi fissati in sede comunitaria, vi è la riduzione dei tempi del processo civile, ritenuta condizione necessaria per garantire l'efficienza del sistema giudiziario e l'attrattività economica del Paese. La giustizia civile, così, viene vista non tanto (o non solo) come garanzia di diritti, ma come indicatore per misurare la crescita e la competitività economica³⁸. Il processo diventa uno strumento da ottimizzare secondo logiche imprenditoriali, finalizzato al rispetto di indicatori di *performance* più che alla realizzazione della giustizia sostanziale. Figlie dell'attuale sistema socio-economico sono le riforme che potenziano la conciliazione giudiziale; consentono la stabilizzazione dei provvedimenti anticipatori; valorizzano i riti semplificati e camerali; incentivano la mediazione e la definizione stragiudiziale delle controversie. Istituti, nati con finalità condivisibili in astratto, che costituiscono il simbolo di una profonda transizione culturale del modo di concepire la giurisdizione civile e che rischiano in concreto di snaturare la funzione garantista del processo

³⁶Si rinvia alle preoccupate considerazioni di P. CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, p. 336 ss.; ID., *Diritto processuale e costume giudiziario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1952, I, p. 279 ss.

³⁷Si vedano le critiche espresse da P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 45 ss.; R. CAPONI, *“Doing Business” come scopo della giustizia civile?*, in *Foro It.*, 2015, V, c. 3 ss.; M.A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, p. 108, «La ragion di Stato sottesa all'esigenza di ridurre il contenzioso giudiziale fa sovente travalicare il confine tra l'ambito della funzione giurisdizionale e quello dell'attività conciliativa».

³⁸Sul tema F. AULETTA, *Per una nuova educazione al diritto giudiziario*, in *Foro It.*, 2019, V, 209 ss.; ID., *Una lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 636 ss.; M.F. GHIRGA, *La giustizia “piovuta” dal cielo*, Torino, 2021, p. 206 ss. nota: «in questa invocata pluralità di voci sapienti nell'approcciarsi alla questione Giustizia un posto è da tempo riservato all'economia. Ma ho già espresso molti dubbi sull'opportunità di parlare del tema giustizia in termini di punti di prodotto interno lordo, ovvero di come la durata dei procedimenti civili incida sull'ammontare degli investimenti stranieri del nostro Paese. Eppure che questo sia il più comune approccio con la giustizia è confermato dalla stampa a maggiore tiratura nazionale...non penso che la riforma della giustizia debba essere ricercata solo sul piano dell'efficienza per rispondere alle esigenze dell'economia, così come mi lascia perplessa l'affermazione secondo la quale la riforma della giustizia sarebbe la più importante delle misure di politica industriale in Italia. Si ritiene, infatti, che un allineamento del sistema giustizia alla media europea riuscirebbe «ad attrarre fino a 170 miliardi di investimenti esteri oltre ad un recupero sul PIL tra i 30 e 40 miliardi» Mi pare, invece, che si dovrebbe maggiormente investire sul piano culturale, come sopra già detto, per superare un'idea di giustizia necessariamente contenziosa almeno in alcuni campi del settore civile».

e di tradursi in strumenti di risoluzione rapida del contenzioso, a discapito del diritto di accesso a un giudizio pieno.

Come è stato osservato, il pericolo è che la giurisdizione diventi subordinata a logiche finanziarie ed europee, e che il diritto alla tutela giurisdizionale venga ricondizionato alla sostenibilità del sistema, con ciò intaccando l'effettività dell'art. 24 della Costituzione.

É indispensabile che il processo civile, pur adeguandosi a logiche di efficienza economica e gestionale, continui a perseguire prioritariamente la tutela piena e incondizionata dei diritti, evitando che il compromesso con la celerità e l'economia si tramuti in una pericolosa rinuncia ai valori fondamentali posti a presidio di uno Stato di diritto; «occorre rifondare la giurisdizione civile, quale baluardo dei diritti fondamentali; occorre ridefinirne il perimetro intorno alle situazioni più delicate e complesse, specie nelle relazioni dove si registrano rapporti di forza asimmetrici o vi siano soggetti più deboli o si discuta di temi bio-etici, e sia in gioco la dignità delle persone; nello stesso tempo occorre valorizzare modi diversi dalla giurisdizione per risolvere i conflitti: sono aspetti interdipendenti: dobbiamo governare in modo intelligente e selettivo la c.d. de-giurisdizionalizzazione proprio per evitare che sotto tale nome non si camuffino svuotamenti di garanzie. Ridisegnare l'area della giurisdizione è l'operazione preliminare, per permettere che le risorse siano destinate a quei conflitti civili per i quali il ricorso al giudice è adeguato e deve essere garantito nella sua pienezza. Non si tratta dunque di esportare il contenzioso civile in un'altra sede qualsiasi, ma di realizzare una pluralità di metodi di soluzione adatti a seconda del tipo di conflitto, con cui la giurisdizione possa anche dialogare. Già nel 1942 Norberto Bobbio scriveva che statalismo e legalismo erano i caposaldi di un edificio ottocentesco in rovina e, trascorsi più di settant'anni, è ormai chiara la crisi del monopolio statale della regolamentazione del processo e della stessa giurisdizione»³⁹.

Valeria Verde

Aggregata dell'Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli

³⁹ L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo*, cit., p. 356.



GIOVANNI CARMELLINO

La CTU alla prova dei principi del processo civile dopo tre anni dalle Sezioni Unite*

Partendo dalle pronunce delle Sezioni Unite del 2022, l'autore tenta di tracciare uno statuto regolamentare del consulente tecnico d'ufficio, individuando legittimi poteri e isolando attività vietate.

Starting from 2022 United Sections of the Court of Cassation rulings, the author aims at trace a statute of the Court appointed technical consultant, by identifying legitimate powers and singling out prohibited activities.

Sommario: 1. Premessa - 2. Breve rilettura delle Sezioni Unite del 2022 – 3. La fissazione di paratie processualistiche: il principio dispositivo, l'onere di allegazione e l'onere probatorio – 3.1. L'onere di allegazione - 3.2. L'onere della prova - 4. Le declinazioni di questi principi nelle attività del consulente tecnico d'ufficio – 4.1. La consulenza tecnica «ordinaria» e i poteri di cui all'art. 194 c.p.c. (con uno sguardo allo schema della ctu percipiente) - 4.2. La consulenza tecnica in funzione conciliativa ex art. 198 c.p.c. (i.e. l'esame dei documenti contabili e dei registri) - 5. Forme di esercizio del contraddittorio - 6. Conclusioni

1. Premessa

La figura del consulente tecnico d'ufficio, è noto, riveste ormai un ruolo centrale nel panorama processuale, e nel corso del tempo, fin dagli albori della sua introduzione in questa veste nel codice di rito¹, sembrerebbe aver subito una trasformazione genetica da quello che in origine si riteneva «*un apprezzamento tecnico presente, atto ad illuminare dati ed elementi di decisione*»² - con il fine di coadiuvare il giudice sia nell'apprezzamento delle prove che vengono assunte od acquisite, sia nella valutazione dei fatti che in tal modo risultino accertati, sia, infine, nella conseguente soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze³ - transitando verso uno strumento sostanzialmente decisivo della controversia, o quanto meno

* Il presente contributo costituisce il testo, debitamente integrato con le note ed aggiornato alla più recente giurisprudenza, di due interventi presentati in occasione dei convegni entrambi dal titolo «*La ctu nel processo civile*» organizzati dalla Fondazione Forense Ferrarese e dall'Ordine degli Avvocati di Ferrara l'8 maggio 2025, e dalla Fondazione Forense di Rovigo il 12 settembre 2025.

¹ Chiamato a sostituire, in segno di apparente discontinuità, l'istituto della perizia disciplinata dal codice del 1865, fatta pacificamente rientrare tra i mezzi di prova in senso proprio, e strutturalmente assimilabile ad una sorta di testimonianza scritta (sul punto v. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 644 ss.). In tema, per un'analisi retrospettiva cfr., in luogo di altri, F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, con ampi e centrali riferimenti cui si rinvia.

² Così letteralmente, E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 399; v. anche L. MATTIROLO, *Istituzioni di diritto giudiziario italiano*, Torino, 1888, p. 229 ss.; G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 55 ss.; V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 9 ss.

³ Cfr. Cass. 16 marzo 1996, n. 2205.

nel senso conciliativo⁴, fino ad arrivare ad essere considerato un vero e proprio mezzo di prova (nella forma della consulenza tecnica percipiente)⁵.

Da un punto di vista sistematico, purtuttavia, vale ancora quella generale riconduzione della c.t.u., da taluni sostenuta, nell'alveo dei mezzi di istruzione probatoria accertativi⁶, e la conferma pare rinvenirsi nella sua collocazione nel codice di rito tanto nel libro I delle disposizioni generali tra gli ausiliari del giudice (artt. 61-64), quanto nel libro II del processo di cognizione, a monte di tutte le regole disciplinanti l'assunzione e i singoli mezzi istruttori strettamente intesi⁷.

Vero è però che proprio l'accostamento al ruolo e alle prerogative del giudice, del quale condivide peraltro le garanzie dell'imparzialità e della terzietà⁸, ha accelerato sulla valorizzazione della c.t.u. quale vero e proprio mezzo di prova⁹, rimettendone in discussione il perimetro indagatorio¹⁰, rimescolando (e a tratti confondendo) nozioni saldamente acquisite dalla dottrina processualistica¹¹, e, secondo un'efficace affermazione di quella letteratura che tanto ha approfondito il tema, rischiando di sollecitare ripensamenti relativi a «*snodi cruciali nella geografia del processo civile che fanno leva sul principio della domanda*,

⁴ Così A. TEDOLDI, *Iudex servus peritorum: la consulenza tecnica (psicologica) all'alba del terzo millennio*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1169; l'importanza della figura nel processo di famiglia è sottolineata da R. DONZELLI, *Il processo di famiglia nel prisma della totale giurisdizionale differenziata dei diritti dei figli minori*, *ivi*, 2025, p. 95 ss.

⁵ In tema v. M. ROSSETTI, *Il c.t.u. («l'occhiale del giudice»)*, Milano, 2004; S. BARONE, sub art. 191, in *Codice di procedura civile. Commentario*, a cura di C. CONSOLO, III, Milano, 2018, p. 347; A. CARRATTA e C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2009, p. 189 ss. La consulenza c.d. deducente servirebbe soltanto a fornire al giudice argomenti di valutazione per la formazione del suo convincimento, al contrario di quella c.d. percipiente, che assurgerebbe al rango di fonte oggettiva di prova dei fatti accertati dall'ausiliare (in tal senso v. anche L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1098 ss.). Pur tuttavia, secondo B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, *ivi*, 2022, p. 1020 ss., la distinzione tra c.t.u. deducente e c.t.u. percipiente sarebbe di scarso significato perché tutti i consulenti deducono e tutti percepiscono, e perché sarebbe puramente teorica l'ipotesi che il giudice, esplicitamente o implicitamente, imponga al consulente soltanto di dedurre, cioè di indagare esclusivamente sul contenuto dei fascicoli processuali; nello stesso A. TEDOLDI, *Iudex servus peritorum*, cit., p. 1171.

⁶ M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1161 ss.; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 7 a ed., Milano, 2007, p. 321 ss.; parlavano di mezzo ausiliario di integrazione delle conoscenze del giudice L.P. COMOGGIO, C.FERRI e M.TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, 4 a ed., Bologna, 2006, p. 488 ss.; di mezzo di istruzione probatoria in senso lato discute G. VERDE, *Profili del processo civile*, II, 4 a ed., Napoli, 2008, p. 125 ss.

⁷ C. VELLANI, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, III, Torino, 1988, rist. 1995, p. 525 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., p. 648 ss.

⁸ Sul punto v. G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 4° ed., Milano, 2009, p. 419 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 654.

⁹ Addirittura come integrativa di un fatto allegato in via generica, e, come tale, bisognosa di contestazione ex art. 115 c.p.c., secondo Cass. 6 maggio 2021, n. 11917, in *Giur. it.*, 2022, p. 623, con nota di F. ROSSI, *C.t.u. tra principio di non contestazione e ricorribilità ex art. 360, n. 5, c.p.c.*, e sempre negli stretti limiti dei poteri ufficiali attribuiti al giudice del processo civile.

¹⁰ Celebri sono i profili relativi alla legittimità o meno dell'attività consulenziale al di là dei quesiti (v. nota n. 108, paragrafo n. 5 e nota n. 112).

¹¹ Si pensi alla difficile convivenza argomentativa, ritraibile dalla lettura di larga parte della giurisprudenza, tra fatti avventizi, fatti secondari e fatti accessori (v. D.BUONCRISTIANI, *Quaestio facti e quaestio iuris: il profilo statico e il profilo dinamico dell'allegazione dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 831 ss.; L.P. COMOGGIO, voce *Allegazione*, in *Dig. it. disc. priv. sez. civ.* I, Torino, 1987, p. 280 ss.).

sul principio del contraddittorio, e sul principio dispositivo»¹², tanto da pretendere l'intervento delle celebri Sezioni Unite del 2022¹³, le quali, sostanzialmente seguite da tutta la giurisprudenza pronunciatasi in seguito¹⁴, non senza però passare esenti da critiche¹⁵, hanno fatto rientrare quei timori di deriva incontrollabile dell'attività consulenziale¹⁶.

Quanto detto spiega altresì l'esordio in guisa soggettiva dell'istituto, e che questo lavoro intende descrivere dal punto di vista dinamico -non già da quello statico dell'elaborato peritale depositato dal c.t.u. in seguito al sub-procedimento di cui all'art. 195, terzo comma, c.p.c.¹⁷-, con il tentativo di isolare comportamenti consentiti e attività vietate in capo a un ausiliare che, ancora oggi, è nominato «*al solo scopo di fare conoscere ai giudici la verità*»¹⁸.

A maggior ragione se si tenga a mente il monito di quella (compianta) parte della dottrina sulla criticità dell'inarrestabile fenomeno della c.d. prova scientifica¹⁹, non avente più (o solo) funzione integrativa, bensì largamente sostitutiva dei poteri istruttori e decisionali del giudice²⁰.

2. Breve rilettura delle Sezioni Unite del 2022

Solo ai fini metodologici appare opportuno riprendere gli insegnamenti resi dalle Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze nn. 3086 e 6500 del 2022, costituenti, secondo alcuni, «trattati» sul tema dei poteri di indagine del c.t.u.²¹, conclusi dalla enunciazione di molti principi di diritto che avrebbero dovuto apparentemente instradare i giudici di merito, ma

¹² Così, letteralmente, F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico: la Corte profert de thesauro suo nova et vetera*, in *Giur. it.*, 2022, p. 2139 ss.

¹³ Sul complesso iter cfr. B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, cit., p. 981 ss.

¹⁴ Cfr. Cass. 8 febbraio 2024, n. 3608; Cass. 16 giugno 2025, n. 16182; Cass. 29 aprile 2024, n. 11262; Cass. 31 marzo 2025, n. 8489.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 1° febbraio 2022, n. 3086, in *Foro it.*, 2022, I, 1173 e Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2022, n. 6500, in *Giur. it.*, 2023, 2385.

¹⁶ Si veda in tema V. CAPASSO, *Legge vs. principi: le Sezioni Unite chiamate a riscrivere la disciplina della nullità degli atti processuali*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 838 ss.; F. AULETTA e V. CAPASSO, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia... con colpo di scena finale*, ivi, 2020, p. 1536 ss.

¹⁷ M. ROSSETTI, *Il c.t.u.*, cit., p. 223; M. RUSSO, *Appunti sulla nuova dialettica formalizzata tra C.T.U. e parti*, in *Giur. it.*, 2013, p. 220; L.M. PALIERO, sub art. 195, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. CARPI, M. TARUFFO, Milano, 2023, p. 895 ss.

¹⁸ V. art. 193 c.p.c. In tema si cfr. M. CONTE, *La consulenza tecnica*, Milano, 2004, p. 48 ss.

¹⁹ B. CAVALLONE, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 525 ss.

²⁰ Tanto da intaccare il principio «*quod non est in actis non est de hoc mundo*» (v. in tema P. CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, p. 273 ss.; B. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 861 ss.).

²¹ Ancora B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, cit., p. 982 s.

che, a detta di molti, sono apparsi sin da subito inidonei a smarcare quelle criticità per le quali la Corte, nella sua più autorevole composizione, era stata sollecitata ad intervenire²².

I *dicta* a cui la giurisprudenza si è tendenzialmente allineata sono i seguenti, e per comodità possono essere distinti tra quelli resi in tema di consulenza “ordinaria” e quelli relativi all’esame contabile *ex art. 198 c.p.c.*

Quanto alla c.t.u. “ordinaria”, e in punto di attività assertiva, le Sezioni Unite ritengono che il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell’osservanza del contraddittorio delle parti, possa accertare tutti i fatti inerenti all’oggetto della lite il cui accertamento si renda necessario al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non si tratti dei fatti principali che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d’ufficio; rispetto all’attività asseverativa, il c.t.u. pare possa acquisire, anche prescindendo dall’attività di allegazione delle parti, non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti, tutti i documenti che si renda necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che essi non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e, salvo quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d’ufficio.

Diversamente, se trattasi di esame contabile, e condizionatamente al rispetto di quanto previsto dalla norma dell’art. 198 c.p.c., il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell’osservanza della disciplina del contraddittorio delle parti ivi prevista, pare possa acquisire, anche prescindendo dall’attività di allegazione delle parti, tutti i documenti che si renda necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, anche se essi siano diretti a provare i fatti principali posti dalle parti a fondamento della domanda e delle eccezioni²³.

Come si può agevolmente notare, i principii come sopra sintetizzati rappresentano sì il tentativo di disegnare un panorama ordinato delle prerogative insistenti in capo al consulente, ma il tratto appare poco nitido, non fosse altro che per l’uso di nozioni processualistiche, come sopra accennato, non strettamente allineato agli insegnamenti della dottrina e della giurisprudenza più accorte ad un uso appropriato delle categorie.

Ed è da queste direttrici che prenderà le mosse il presente lavoro, con lo scopo, si ammette difficilmente praticabile, di disegnare con relativa chiarezza uno statuto regolamentare delle prerogative del c.t.u.

²² Tra i tanti, critici sono B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d’ufficio in Cassazione*, cit., p. 982 ss.; F. AULETTA, *L’istruzione probatoria mediante consulente tecnico: la Corte profert de thesauro suo nova et vetera*, cit., p. 2131 ss.

²³ Sebbene, come si dirà in seguito, sia onere delle parti, e non del consulente tecnico, allegare i fatti principali connessi alle domande o alle eccezioni proposte.

3. La fissazione di paratie processualistiche: il principio dispositivo, l'onere di allegazione e l'onere probatorio

L'accostamento del c.t.u. alla figura del giudice chiama naturalmente la verifica di compatibilità del suo operato agli stessi limiti cui è soggetto il giudice medesimo nell'esercizio della sua funzione.

In via tendenziale le paratie entro cui le sue prerogative devono essere contenute, con alcune eccezioni derivanti dalla specifica attività demandatagli e dal rispetto della norma dell'art. 198 c.p.c., sono rappresentate dal principio dispositivo, dal principio dell'onere di allegazione e da quello dell'onere probatorio, su cui, per ragioni metodologiche, in questa sede pare opportuno, sia pure brevemente, ritornare.

In una chiave moderna²⁴, e in base a una rilettura costituzionale dell'art. 115 c.p.c. cui si è soliti ascrivere il principio dispositivo²⁵, si suole attribuire alle disposizioni in esso contenute il valore di diritto alla prova, e di diritto di pretendere dal giudice l'adempimento dell'obbligo di decidere, in base alla ripartizione dei rispettivi "oneri primari" di "allegazione" e di "prova" dei fatti rilevanti per il giudizio²⁶. Ciò starebbe a significare, dunque, che, salvo specifiche previsioni²⁷, il giudice non può assumere iniziative istruttorie²⁸. Può tuttavia, senza bisogno di

²⁴ Se negli anni '40 il tradizionale postulato «*ne procedat iudex ex officio, ne eat iudex ultra petita partium, iudex secundum allegata et probata partium dedidere debet*» era visto come una proiezione processuale dell'autonomia negoziale privata (v. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1952, p. 35 ss.), si reputa in dottrina che la norma si sia proposta di codificare la ricaduta più significativa del principio dispositivo inteso quale generale divieto di iniziative istruttorie d'ufficio del giudice, nel senso cioè dell'acquisizione delle prove unicamente per effetto della attività delle parti (M. TARUFFO, sub art. 115, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2011, p. 447 ss.; G.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 380 ss.). Secondo altri, la norma in esame distinguerebbe tra nozione di principio dispositivo in senso sostanziale (o proprio), e quella di principio dispositivo in senso processuale (o improprio): mentre alla prima andrebbero riferiti strettamente i poteri delle parti di attivare il processo e di determinarne il suo contenuto (T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, Milano, 1966, p. 695 ss.; B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 91 ss.), la seconda corrisponderebbe all'obbligo per il magistrato di decidere «*iuxta allegata et probata partium*» (E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, p. 84 ss.).

²⁵ Sul punto, più approfonditamente, v. L.P. COMOGGIO, sub art. 115, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, II, Torino, 2012, p. 365 ss..

²⁶ L.P. COMOGGIO, sub art. 115, cit., p. 372 ss., secondo il quale la norma andrebbe riletta in positivo, là dove dà per presupposto che il giudice, nel momento in cui decide, disponga in concreto di prove effettivamente acquisite e/o ammesse ed assunte nel giudizio, siano esse state proposte dalle parti oppure provengano da fonti probatorie diverse.

²⁷ Che E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 51 ss, con profonda raffinatezza, solleva chiamare flessioni dell'onere probatorio, e che consentono al giudice, quando «*si trovi in istato di perplessità, qualche sia pur modica iniziativa d'ufficio per acquistare, anche indipendentemente dalle iniziative delle parti, certi elementi di convinzione*». In queste ipotesi il convincimento del giudice può formarsi in senso favorevole a quel soggetto che, pur onerato dell'attività asseverativa, la disattenda sia attraverso l'esercizio dei poteri istruttori del giudice (e sempre nei limiti del fatto allegato – Cass. 23 ottobre 2018, n. 26769; Cass. 17 novembre 2003, n. 17336; App. Catanzaro 3 febbraio 2011, in *Foro it.*, Rep 2011, voce *Prova civile in genere*, n. 36), sia in virtù del principio della indifferenza della provenienza della prova (cfr. Cass. 25 febbraio 2019, n. 5409).

²⁸ Cfr. G. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Padova, 2009, p. 43 ss.

prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza, *c'est à dire* i fatti notori²⁹: per ciò solo, quindi, il fatto notorio si sottrae al principio di disponibilità, non richiedendo la sua utilizzazione alcun procedimento *ad hoc* di verifica probatoria³⁰. Queste deroghe, tuttavia, impongono che il fatto notorio venga acquisito in senso rigoroso, con un grado di certezza tale da apparire indubitabile e incontestabile³¹. Il giudice, altresì, deve porre a fondamento della decisione i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita: l'effetto della non contestazione, sebbene l'unico rilevante³², è rappresentato dal fatto che la mancata presa di posizione nel senso della contestazione specifica del fatto produce come conseguenza che esso non richiede più ulteriore dimostrazione³³, al modo di una *relevatio ab onere probandi* in favore della parte che li abbia allegati³⁴. Anche in questo caso, pur tuttavia, l'operabilità di detto principio scatta solo in presenza di una specifica allegazione del fatto³⁵, non tollerando, come si vedrà anche in questo lavoro, la dinamica allegativa, interventi d'ufficio³⁶.

²⁹ Intesi quali nozioni parte del bagaglio di conoscenza di ogni uomo di media cultura in un certo luogo e in un certo momento storico, e la cui percezione non impone al giudice il ricorso a particolari informazioni o a specifici giudizi tecnici (così Cass. 6 aprile 2018, n. 8504; Cass., Sez. trib., 25 maggio 2016, n. 10791; Cass. 19 marzo 2014, n. 6299; cfr. già Cass. 21 dicembre 2001, n. 16165; Cass. 27 giugno 2000, n. 8744; Cass. 19 aprile 2001, n. 5809; Cass. 19 aprile 2001, n. 5826. Si è talvolta parlato, sebbene in maniera isolata e piuttosto datata, anche di "notorietà ristretta" (v. Cass. 19 maggio 1986, n. 3307). In dottrina G. DE STEFANO, voce *Fatto notorio (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 1008 ss.

³⁰ Il fatto notorio, d'altronde, può da solo costituire prova del fatto incerto, quando la notorietà sia oggettivamente tale (Cass. 7 febbraio 2019, n. 3550; Cass. 3 agosto 1990, n. 7798).

³¹ Per tutte si veda Cass. 25 novembre 2005, n. 24959.

³² Da taluni correttamente considerato "per nulla insignificante" – M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., p. 1161 ss.

³³ Cass. 17 giugno 2016, n. 12517; Cass. 3 maggio 2016.

³⁴ Sul tema della non contestazione la dottrina è sconfinata: in luogo di altri, di certo non per importanza, In questo senso L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1045 ss.; v. pure A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, ivi, 2011, p. 76 ss.; A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, p. 1995 ss.; B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 41 ss.; N. RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scari e perciò da rinfoltire*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1243 ss.; G. VANACORE, *Non contestazione: quando il non dire equivale (quasi) al dire*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 6 ss.; C.M. CEA, *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1873 ss.; A. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, ibid., c. 3143 ss. Critico a proposito del principio di non contestazione M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 169 ss.

³⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 6 maggio 2015, 9100, in *Fall.*, 2015, p. 939, con osservazioni, *si vis*, di G. CARMELLINO, *Il criterio del deficit patrimoniale al vaglio delle Sezioni Unite*, in tema di allegazione di specifiche condotte degli amministratori non conformi ai canoni normativi ai fini risarcitori.

³⁶ Essendo precluso al giudice di introdurre nel processo fatti non dedotti dai contendenti (così G.F. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 321 ss.).

3.1. L'onere di allegazione

L'onere di allegazione si collega strettamente alla materia in esame in ragione del nesso inscindibile esistente con l'onere della prova, dovendo naturalmente essere allegato il fatto da provare, con la conseguenza che il suo inadempimento non pare possa essere sanato né dal giudice, né, d'altronde, dal consulente.

In termini giuridici il senso dell'allegazione fa riferimento all'atto dell'accompagnare, del produrre, del citare ragioni giustificatrici di un determinato fatto: la stessa dottrina la definisce come vera e propria volontà propositiva con cui una parte, in occasione della esposizione o della presa di posizione, afferma e deduce l'esistenza o l'inesistenza di determinati fatti giuridici, ponendoli a fondamento della propria domanda o della propria eccezione³⁷, fatti giuridici che formano di poi oggetto del successivo onere della prova³⁸. Quanto al fatto costitutivo principale, quello cioè dotato di rilevanza decisoria per il giudicante (*idem* per l'estintivo, il modificativo, o l'impeditivo³⁹), la relativa allegazione è considerata pacificamente imprescindibile dall'attività della parte che propone la domanda o la eccezione⁴⁰, o che comunque faccia richiesta di attribuirgli la rilevanza giuridica di cui è capace pur senza allegarlo espressamente⁴¹. Di tal ché, anche il potere del giudice di rilevare d'ufficio eccezioni in senso lato non può che muoversi entro i confini della allegazione di parte, postulando che l'esistenza di determinati fatti emerga invero dagli atti e dai documenti acquisiti al processo⁴². Diversamente, il fatto secondario, la cui rilevanza si prospetta strumentale rispetto a quello principale *prima facie*⁴³ in ragione dell'operabilità del meccanismo presuntivo⁴⁴, anche se non

³⁷ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, p. 329 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 97 ss. Maggiori fraintendimenti, al contrario, si possono osservare in giurisprudenza, la quale utilizza con relativa "disinvoltura" il concetto di allegazione quale sinonimo di produzione di un documento o, in generale, di una prova precostituita da offrire in comunicazione a corredo di una difesa scritta (Trib. Bari 3 dicembre 2018, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Comunione e condominio*, n. 117, lo utilizza a proposito del fatto; così pure Cass. 4 ottobre 2018, n. 24155; sembra invece riferirlo alla prova Cass. 6 novembre 2018, n. 28272; più chiaramente nell'ultimo senso Cass. 26 giugno 2006, n. 14747; Cass. 16 maggio 2005, n. 10276; Cass., Sez. trib., 12 agosto 2004, n. 15687).

³⁸ Cass. 22 giugno 2005, n. 13401; Cass. 13 giugno 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1873 ss., con nota di C.M. CEA, *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*.

³⁹ L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, p. 277 ss.

⁴⁰ Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. 8 aprile 2004, n. 6943, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1713 ss., con osservazioni di M. FABIANI.

⁴¹ Di recente Cass. 3 dicembre 2018, n. 31195; Cass. 12 settembre 2018, n. 22208; Cass. 1° agosto 2018, n. 20388; Cass. 19 ottobre 2001, n. 12794.

⁴² Ancora Cass. 7 luglio 2017, n. 16077.

⁴³ Inferenziale, per dirla al modo di L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., p. 77 ss.. V. sul tema anche F. CORDOPATRI, *A proposito di «rilevanza della prova» e di «giudizio di fatto»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 985 ss.

⁴⁴ Sul quale si rinvia ad A. CARRATTA, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 24 ss.

direttamente allegato da taluna delle parti⁴⁵, pare possa essere rilevato e diventare oggetto di prova officiosa da parte del giudice, in virtù del sopra esposto principio di acquisizione⁴⁶. L'onere di allegazione, dunque, sembrerebbe qualificarsi come necessaria integrazione del principio dispositivo di cui all'art. 115 c.p.c.⁴⁷.

3.2. L'onere della prova

La "genesì del tutto"⁴⁸ è collocata nella regola dell'art. 2697 c.c., che per le parti disciplina un onere in senso proprio⁴⁹, e che per il giudice scolpisce il divieto di pronunciare un *non liquet*⁵⁰, le quante volte perduri uno stato di incertezza determinativa in ordine al convincimento sulla esistenza del fatto costitutivo⁵¹.

Rispetto a quella soggettiva⁵², ad oggi si registra una maggiore adesione alla dimensione oggettiva dell'onere della prova⁵³, accostato, alla luce dei principi generali del nostro ordinamento, al principio di completezza ed autointegrazione dell'ordinamento di cui all'art. 12 disp. prel. c.c.⁵⁴, e che vuole l'applicazione dell'art. 2697 c.c. solo in sede decisoria⁵⁵.

⁴⁵ O allegato dalla parte non onerata purché emerga invero dalle risultanze istruttorie (v. C. FERRI, *Strutture del Processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, p. 13 ss.; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, p. 350 ss.).

⁴⁶ In senso contrario A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, p. 37 ss., secondo il quale appare preferibile l'operabilità dell'onere di allegazione anche rispetto ai fatti secondari, sia per l'assenza di riferimenti positivi che giustificano il diverso trattamento, sia per il fine di non incentivare una ulteriore utilizzazione di procedimenti presuntivi difficilmente controllabili; in linea, sebbene piuttosto datata, Cass. 9 novembre 1985, n. 5701.

⁴⁷ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 75.

⁴⁸ Si v. più ampiamente, G. CARMELLINO, *La tutela d'urgenza dei nuovi diritti*, Torino, 2020, p. 37 ss.

⁴⁹ Condotta strumentale al conseguimento di un risultato costituito dalla dimostrazione del fatto costitutivo posto dall'attore a fondamento del diritto di cui si chiede la tutela, e dalla dimostrazione dei fatti allegati dal convenuto come base delle sue eccezioni (sul punto cfr., tra gli altri, M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 429 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 253 s.).

⁵⁰ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 2005, p. 186 ss.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, p. 6 ss.

⁵¹ Ergo, i fatti che una parte dovrebbe provare «*non esse et non probari paria sunt*» (E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., II, p. 46 ss.).

⁵² L'art. 2697 c.c., quale norma di rinvio, disciplinerebbe, ripartendola, la dinamica dei poteri di iniziativa, sul piano processuale, dell'attività asseverativa in base al rapporto di regola-eccezione (qualificato, secondo T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA. VV., *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, p. 659 ss., come principio dispositivo in senso sostanziale, o proprio). V. sul punto pure M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 357 ss.).

⁵³ Anche in giurisprudenza, come recentemente ribadito da Cass., 25 febbraio 2019, n. 5409, secondo la quale nel sistema processualcivile vigente opera il principio c.d. dell'acquisizione della prova, in forza del quale ogni emergenza istruttoria, una volta raccolta, è legittimamente utilizzabile dal giudice indipendentemente dalla sua provenienza; nello stesso senso Cass. 4 giugno 2018, n. 14284; per Cass. 14 gennaio 2016, n. 455, il principio di acquisizione probatoria troverebbe fondamento nella costituzionalizzazione del principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

⁵⁴ Così, in maniera suggestiva, V. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Nss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 399 ss.

⁵⁵ A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, cit., p. 3 s.

In altri termini, l'onere della prova viene considerato come regola di giudizio diretta al magistrato, e avente carattere residuale⁵⁶, in forza della quale le quante volte le istanze istruttorie non offrano comunque elementi idonei e sufficienti per l'accertamento pieno dei fatti, andrebbe dichiarata la soccombenza della parte che aveva l'onere di dare la prova⁵⁷. In tal modo pare si prevenga, ed è in effetti proprio così, ogni rischio di astensione dal decidere per effetto di un *non liquet*, e si renderebbe sempre possibile la pronunzia del giudice anche quando sia del tutto mancata o sia comunque carente la prova di quei fatti medesimi⁵⁸.

4. Le declinazioni di questi principi nelle attività del c.t.u.

L'indagine portata avanti in questo lavoro incrocia ora una biforcazione, che si apre in ragione della possibilità che il consulente sia chiamato a rendere la propria attività in un contenzioso che non richieda l'analisi di una documentazione contabile, o quando, al contrario, il giudice nomini il perito ai sensi dell'art. 198 c.p.c.

Come visto sopra, infatti, quanto si dirà nel prosieguo trova delle deviazioni, almeno in tema di attività asseverativa, là dove il consulente sia chiamato ad esaminare documentazione contabile e registri. Si vedrà infatti che, in quest'ultimo caso, l'affermazione secondo cui «*la consulenza costituisce un mezzo di ausilio per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione richiede nozioni tecnico-scientifiche, e non un mezzo di soccorso volto a sopperire all'inerzia delle parti*⁵⁹ -rimanendo sulle parti l'onere della prova che non può pretendere di provare i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio con l'ausilio del perito⁶⁰-» ne esce apparentemente in crisi.

Ed allora, se è vero quanto appena affermato, e se è altrettanto vero che anche il consulente riflette dei principi poc'anzi sintetizzati, è in questo terreno che dobbiamo muoverci al fine di attendere allo scopo della presente ricerca.

⁵⁶ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 185 s.

⁵⁷ Per dirla al modo di autorevolissima letteratura, si discute di una regola di giudizio nascente non già dal bisogno di autorizzare il giudice a decidere nel merito anche in caso di incertezza sul fatto, bensì «*dalla convinzione che sia necessaria un'apposita disciplina che consenta al magistrato di pronunciare il rigetto delle richieste i cui presupposti di fatto non siano provati*» (così, letteralmente, G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 27 ss.). In giurisprudenza, non troppo datate, v. Cass. 19 giugno 2018, n. 16176; Cass. 15 dicembre 2000, n. 15820; già Cass. 16 giugno 1998, n. 5980; Cass. 3 aprile 1992, n. 4118.

⁵⁸ Così L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 185 s.; G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 117 ss.

⁵⁹ Cass. 11 settembre 2020, n. 18928; Cass. 15 dicembre 2017, n. 30218.

⁶⁰ La c.d. consulenza esplorativa (su cui si veda, per tutti, M. ROSSETTI, *Il c.t.u.*, cit., p. 109 ss.).

4.1. La consulenza tecnica «ordinaria» e i poteri di cui all'art. 194 c.p.c. (con uno sguardo allo schema della ctu percipiente)

Il giudice, si è detto, opera entro i limiti delle allegazioni delle parti, ed è in ciò che sta il rispetto del principio dispositivo, non fosse altro che pure le relative eccezioni officiose riflettono fatti che sono entrati nel processo su sollecitazione di attore, convenuto, chiamato o intervenuto⁶¹. Ed è infatti proprio il principio dispositivo, in primo luogo, ad assurgere ad avamposto già in fase di nomina del c.t.u., la cui scelta compete, naturalmente, al magistrato: il suo esperimento rimane condizionato e subordinato al rispetto *i)* dell'onere di allegazione dei fatti principali gravante sulle parti, talché l'indagine peritale - pur in funzione percipiente - deve avere ad oggetto i fatti prospettati dalle parti e non può essere rivolta alla ricerca di ulteriori elementi di fatto non dedotti da porre a sostegno delle rispettive pretese⁶², eccettuati i fatti c.d. accessori acquisibili dal c.t.u. con gli strumenti riconosciuti dall'art. 194 c.p.c.⁶³; *ii)* dei criteri di ripartizione dell'onere probatorio, dacché la c.t.u. non può essere disposta al fine di esonerare la parte - sulla quale incombe *ex art.* 2697 c.c. il relativo *onus* - dal fornire la prova delle circostanze di fatto allegate a fondamento della domanda o eccezione proposta o colmare le lacune delle istanze istruttorie formulate dalle parti⁶⁴, a meno che i fatti da provare possano essere accertati unicamente mediante il ricorso a specifiche cognizioni tecniche⁶⁵. I limiti sembrerebbero essere quelli posti dal quesito, da formulare in modo chiaro, specifico e ben definito nel suo oggetto⁶⁶, sebbene, come poi dirà, l'espletamento di accertamenti *ultra mandatum* segua un regime particolarmente elastico, e non da tutti condiviso ed univoco, quanto a nullità della consulenza.

Il consulente, purtuttavia, nel suo statuto regolamentare intercetta la norma dell'art. 194 c.p.c., che gli consente di compiere le indagini di cui all'art. 62 c.p.c.⁶⁷, nonché, previa autorizzazione del giudice, di domandare chiarimenti alle parti, assumere informazioni da terzi e a eseguire piante, calchi e rilievi. Si vede bene come, stando a questa norma, il consulente

⁶¹ Anche se fatti notori o fatti non contestati.

⁶² Di recente Cass. 16 giugno 2025, n. 16182; Cass. 29 aprile 2024, n. 11262; Cass. 31 marzo 2025, n. 8489; Cass. 30 novembre 2005, n. 26083; Cass. 11 marzo 2004, n. 4993; Cass. 1 ottobre 1999, n. 1087; Cass., Sez. Un., 4 novembre 1996, n. 9522; in dottrina B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, cit., pp. 992 e 993, che esclude l'idea di una istruttoria parallela governata e gestita dal consulente non tanto e non solo come ausiliare del giudice, ma come suo effettivo *alter ego*, dotato di poteri, appunto, concorrenti.

⁶³ V. Cass. 19 gennaio 2006, n. 1020.

⁶⁴ Cfr. Cass. 5 luglio 2007, n. 15219; Cass., Sez. lav., 5 ottobre 2006, n. 21412.

⁶⁵ Cass. 13 marzo 2009, n. 6155; Cass. 16 maggio 2003, n. 7635.

⁶⁶ Non soddisfano tali requisiti quelli troppo ampi, che comportano una delega generale a fare tutto (A. VIANELLO, *Consulenza tecnica d'ufficio*, Torino, 2015, p. 182 ss.; S. ATERNO e P. MAZZOTTA, *La perizia e la consulenza tecnica*, Padova, 2006, p. 262 ss.; A. TEDOLDI, *Iudex servus peritorum*, cit., p. 1179 s.; A. LA MATTINA, A. CACCAVALE, F. MATTIOLI, T. FLORIO, M. STELLA, *Formulazione dei quesiti di CTU: l'importanza di "saper chiedere". Un Dialogo multidisciplinare tra giuristi e farmacologi*, in *Danno e resp.*, 2022, p. 424 ss.

⁶⁷ Questa la norma: col consulente compie le indagini che gli sono commesse dal giudice e fornisce, in udienza e in camera di consiglio, i chiarimenti che il giudice gli richiede a norma degli articoli 194 e seguenti, e degli articoli 441 e 46.

potrebbe venire a conoscenza di fatti non allegati dalle parti e replicarli nel suo elaborato; ancora, l'accesso facilitato a fonti, in uno con il rilievo scientifico del mezzo istruttorio, metterebbero in crisi l'onere della prova⁶⁸.

Quid disputandum?

Se è vero che l'indagine peritale, anche in funzione percipiente, deve avere ad oggetto i fatti prospettati dalle parti, e non può essere rivolta alla ricerca di ulteriori elementi di fatto non dedotti da porre a sostegno delle rispettive difese⁶⁹, fanno eccezioni a siffatto postulato i c.d. fatti accessori acquisibili proprio con gli strumenti di cui all'art. 194 c.p.c.⁷⁰ e, secondo me, i c.d. fatti avventizi.

In ordine ai primi, come anticipato, le Sezioni Unite non sono sembrate particolarmente chiarificatrici, tanto da insinuare il dubbio che potesse trattarsi sia dei fatti secondari nell'accezione sopra indicata⁷¹, sia di quelli rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza, vale a dire «*quali presupposti necessari per un'adequata risposta ai quesiti del giudice, sì da poter essere investigati pur in assenza di una autorizzazione ad hoc da parte del magistrato*»⁷². I fatti avventizi, invece, vengono generalmente considerati tutti quei fatti versati in causa e risultanti *ex actis*, ma rimasti silenti in quanto non utilizzati dall'una o dall'altra parte⁷³.

Sia consentito in questa sede ritenere che i fatti accessori acquisibili dal c.t.u. non possono che essere riferiti a quelli squisitamente tecnici, incidenti sulle sue determinazioni consulenziali⁷⁴,

⁶⁸ Cass. 13 maggio 2024, n.13038.

⁶⁹ Cui si affianca il potere del giudice di rilevare i fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito senza che ciò comporti un superamento del divieto di scienza privata del giudice o delle preclusioni imposte dalla legge (sul tema v. anche F. DE SANTIS, *Note in tema di consulenza tecnica d'ufficio*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 435 ss.).

⁷⁰ Cass. 19 gennaio 2006, n. 1020, cit.

⁷¹ Così sembrerebbe per B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, cit., p. 1004 s.

⁷² Così, letteralmente, L.P. COMOGLIO, *Attribuzioni del consulente tecnico d'ufficio e nullità correlate nell'attuale approccio ai principi generali*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 3 ss.; in giurisprudenza, aderenti, Cass. 10 marzo 2015, n. 4729; Cass. 11 gennaio 2017, n. 512; Cass. 15 giugno 2018, n. 15774.

⁷³ In tema v. D.BUONCRISTIANI, *Quaestio facti e quaestio iuris: il profilo statico e il profilo dinamico dell'allegazione dei fatti*, cit., p. 831 ss., che fa riferimento ad ipotesi differenti, potendo ricomprendere quelli inconsapevolmente introdotti nell'involucro processuale dalla parte (tramite la produzione di un documento), i fatti consapevolmente introdotti senza però attribuirvi alcun significato, nonché i fatti acquisiti al giudizio non direttamente per iniziativa della part (fatti emergenti dalle risultanze istruttorie).

⁷⁴ Gli accertamenti eseguiti di propria iniziativa e le notizie assunte *aliunde* dal c.t.u. possono vertere unicamente su fatti di carattere tecnico accessori, non già su fatti che, in quanto costitutivi delle pretese azionate o delle eccezioni sollevate, devono essere allegati e provati dalle parti, risolvendosi altrimenti l'attività peritale in una indebita *relevatio ab onere probandi* (Cass. 19 gennaio 2006, n. 1020, cit.; Cass., Sez. lav., 14 luglio 2004, n. 13015; App. Milano 3 febbraio 2021, in *Onelgale*).

non già a quelli impattanti sulla dinamica fattuale, la quale deve essere individuata dalle parti, come detto, in ragione del principio dispositivo⁷⁵.

Ma quest'apparente limitazione apre per vero a scenari che, per forza di cose, influenzano il *thema decidendum*, e il timore si fa più evidente ad una lettura delle prerogative indicate proprio dalla norma dell'art. 194 c.c.

In primo luogo il consulente può assumere dichiarazioni dalle parti ed informazioni di terzi, e mi viene da pensare, ad esempio, all'acquisizione di fatti tecnici in contenziosi per colpa medica o per responsabilità di amministratori di società: non è poi così peregrino che emergano fatti che il consulente potrebbe tenere in considerazione per redigere l'elaborato peritale; pur tuttavia, se è vero che le circostanze così acclarate costituiscono fatti validamente acquisiti al processo che possono concorrere, con le altre risultanze di causa, alla formazione del convincimento del giudice, è altrettanto vero che, da un lato, le dichiarazioni rese dai terzi non hanno il valore probatorio della testimonianza⁷⁶; dall'altro, a quelle delle parti è riconosciuto unicamente il rilievo di argomento di prova, con esclusione di qualsivoglia virtù confessoria⁷⁷. Inoltre sul consulente insiste l'obbligo di indicare le fonti del proprio accertamento, onde permettere alle parti e al giudice il controllo sulla loro attendibilità⁷⁸.

Rimane però intermittente l'*alert* sulla possibile dilatazione *contra legem* del piano della cognizione del giudice sui fatti.

E se questo è l'aspetto "tecnico-assertivo", l'orbita "tecnico-asseverativa" pone qualche criticità in più.

Le valutazioni del consulente devono, in linea di massima, fondarsi sullo stesso materiale istruttorio a disposizione del giudice, ma la norma gli consente di acquisire documenti pubblicamente consultabili in (ed estraibili da) pubblici registri accessibili a chiunque o provenienti da terzi, nonché d'ufficio, secondo una recente giurisprudenza, e sempre condizionatamente al consenso di entrambe parti, quelli non precedentemente prodotti dalle parti⁷⁹. Il pensiero corre, a titolo esemplificativo, all'acquisizione di visure societarie nei giudizi di responsabilità, di prezziari regionali nei giudizi in tema di appalto, di bollettini meteorologici dell'aeronautica o della protezione civile nei processi per danni da infiltrazioni, o di files

⁷⁵ In altre parole, i limiti posti dal principio dispositivo e dalle preclusioni istruttorie non sarebbero derogabili per ordine del giudice, né per volontà delle parti o per iniziativa del c.t.u. (P. FARINA, *Le Sezioni unite e i vizi della consulenza tecnica d'ufficio*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2389 ss.).

⁷⁶ Bensì efficacia meramente indiziaria (M. FABIANI, sub art. 194, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di C. CONSOLO, F.P. LUISO, I, Milano, 2007, p. 1879 ss.; prima ancora A. DE TILLA, *Il consulente tecnico nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 645 ss.).

⁷⁷ N. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 537 ss. Pur tuttavia, sebbene isolata, Cass. 11 dicembre 2003, n. 18987, considera alla stregua di una confessione stragiudiziale ex art. 2733 c.c. le affermazioni *contra se* rese dalla parte al c.t.u.

⁷⁸ Cass. 8 giugno 2007, n. 13428; Cass. 6 novembre 2001, n. 13686; Cass. 11 marzo 1995, n. 2865.

⁷⁹ Cass. 7 giugno 2024, n. 16012; un esempio potrebbe essere quello dell'acquisizione di un condono in un giudizio di divisione di un bene immobile, nonostante la mancata produzione delle parti.

autocad in base ai quali risalire agli interventi abusivi apportati sul bene nei contenziosi su diritti reali⁸⁰.

Ciò nonostante, anche quando emerga l'indispensabilità dell'accertamento di una situazione di comune interesse, il consulente ha il duplice obbligo di indicare la fonte di acquisizione e di sottoporre il documento al vaglio del contraddittorio⁸¹.

Fa eccezione ai principi sopra delineati la c.d. consulenza tecnica percipiente, che assurge al rango di fonte oggettiva di prova dei fatti accertati dall'ausiliare⁸², e che risponderebbe, secondo la dottrina tradizionale, al progressivo diffondersi di controversie caratterizzate dalla scientificità della prova, in cui cioè la separazione tra i momenti della percezione e della deduzione pare siano destinati a sfumare, richiedendo la verifica della esistenza o della inesistenza di un fatto conoscenze esulanti dalla cultura media della collettività sociale che il giudice impersonificherebbe⁸³: in altri termini, quando il fatto essenziale ai fini della deliberazione sulla pretesa azionata non è altrimenti comprovabile -o facilmente comprovabile- la consulenza si veste dei panni dell'unico rimedio satisfattivo dell'esigenza probatoria⁸⁴.

L'eccezione di cui trattasi, dunque, è chiamata ad operare solo nell'alveo dell'attività istruttoria⁸⁵, essendo necessario che le parti abbiano allegato il fatto principale che la consulenza è chiamata ad accertare⁸⁶, e, secondo una parte della giurisprudenza di merito, esclusivamente sulla base di documenti prodotti dalle parti nei tempi e nei modi permessi dalla scansione processuale, pena l'inutilizzabilità, per il giudice, delle conclusioni del consulente fondate sugli stessi⁸⁷.

Ma l'eccezione, in ogni caso, non appare di poco momento giacché, da un lato, la relazione tecnica può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova senza limiti per il consulente

⁸⁰ Cass. 7 settembre 2023, n. 26144. Dimostra la scivolosità della problematica Cass. 31 agosto 2022, n. 25604, che, in senso apparentemente difforme, ritiene inammissibile la richiesta formulata dal c.t.u. volta ad acquisire il CD della risonanza magnetica, con il relativo referto, sebbene fosse indicato nel racconto anamnestico presente in cartella clinica prodotta in atti.

⁸¹ Cfr. Cass. 14 novembre 2017, n. 26893.

⁸² Per tutti L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p.1908 ss.

⁸³ In precedenza V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 415 ss.

⁸⁴ Così F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., p. 86 ss. Si pensi alle analisi immunoematologiche o genetiche, oppure ai danni biologici derivanti da fumo o da inquinamento elettromagnetico, oppure a quelli causati da forzata inattività lavorativa (sull'ultimo punto Cass., Sez. lav., 6 agosto 2024, n. 22161), o, ancora ai fini della determinazione del corretto imponibile fiscale del periodo contributivo contestato (Cass. 6 maggio 2021, n. 11917, cit.).

⁸⁵ Cass. 1^o giugno 2017, n. 13880; Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792.

⁸⁶ Tanto è vero che è considerata addirittura viziata quella sentenza che abbia rigettato per mancanza di prova del fatto là dove quel fatto poteva essere accertato solo tramite una c.t.u. e il giudice ne abbia respinto la richiesta di parte (F. DE SANTIS, *Note in tema di consulenza tecnica d'ufficio*, cit., p. 435 ss., che richiama Cass. 28 gennaio 2010, n.18993).

⁸⁷ In questo senso App. Brescia 28 marzo 2019, in *Onelegale*; conformemente P. FARINA, *Le Sezioni unite e i vizi della consulenza tecnica d'ufficio*, cit., p. 2389 ss.

nell'accertamento dei fatti⁸⁸, e, dall'altro, secondo una frangia della giurisprudenza astrattamente condivisibile, impatta sull'onere di contestazione della parte nel cui sfavore conclude la perizia⁸⁹, ed il ragionamento sarebbe il seguente: alla consulenza tecnica percipiente potrebbe essere riconosciuto l'effetto di integrare il fatto genericamente allegato da una delle parti, in modo tale da renderlo specifico, purché *i)* sia esperita nel rispetto del principio dell'onere dell'allegazione, *ii)* i fatti non siano percepibili senza la consulenza⁹⁰, *iii)* a seguito della consulenza il fatto allegato in maniera generica dalla parte, nel cui favore si esprimono le conclusioni tecniche, diventi oggetto di prova, *iv)* sia conseguentemente diventato puntuale e specifico, e tale da far sorgere l'onere di contestarlo in maniera puntuale⁹¹.

In presenza di queste condizioni potrebbe sostenersi, come già registrabile in dottrina, che l'esito della consulenza tecnica percipiente, rendendo possibile la percezione del dato tecnico, integri il fatto allegato (ed in cui favore volgono le conclusioni del perito) e conferisca allo stesso la dimensione di specificità e puntualità di cui prima difettava, obbligando l'altra parte a contestarlo ai sensi dell'art. 115 c.p.c.⁹².

Siffatte conclusioni però risultano foriere di disparità applicative rispetto al regime generale di contestazione del contenuto della consulenza deducibile, come elaborato dalla giurisprudenza, e di cui *infra* si dirà, assai aperto anche in punto decadenziale: rispetto a quest'ultima, dunque, la parte avversa all'elaborato peritale avrebbe l'onere di contestare il fatto in esso "strutturato" nelle osservazioni alla bozza, o al più, nelle difese immediatamente successive al deposito della perizia definitiva, pena la possibilità da parte del giudice, in mancanza, di porre a fondamento della sua decisione il compendio fattuale ivi indicato.

4.2. La consulenza tecnica in funzione conciliativa ex art. 198 c.p.c. (i.e. l'esame dei documenti contabili e dei registri)

Fatte salve le "relative certezze" acquisite in tema di principio dispositivo e di onere di allegazione, che invero trovano applicazione anche nell'istituto previsto dall'art. 198 c.p.c., una profonda deviazione regolamentare viene tracciata dal legislatore in punto di produzione documentale là dove sia necessario esaminare contabilità e registri⁹³.

⁸⁸ M. GIOVANNONE, *Stress lavoro-correlato, omissione di misure prevenzionistiche e c.t.u. percipiente*, in *Giur. it.*, 2025, p. 1114 ss.

⁸⁹ Cass. 6 maggio 2021, n. 11917, cit.

⁹⁰ Non potendo del fatto non percepibile darsi allegazione puntuale e specifica (così Cass. 26 novembre 2020, n. 26908).

⁹¹ Vedi, in punto di non contestazione, M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 306 e segg.; B. ZUFFI, *sub art. 115*, in *Codice di procedura civile. Commentario*, a cura di C. CONSOLO, cit., I, p. 1355 ss.

⁹² A. ROSSI, *C.t.u. tra principio di non contestazione e ricorribilità ex art. 360, n. 5, c.p.c.*, cit., p. 625 ss.

⁹³ Espressamente di portata derogatoria parla L.P. COMOGLIO, *Attribuzioni del consulente tecnico d'ufficio e nullità correlate nell'attuale approccio ai principi generali*, cit., p. 11 ss.

Le più significative caratteristiche concernono, naturalmente, la maggiore estensione delle facoltà attribuite al consulente in punto di esame di documentazione non prodotta in giudizio, condizionata al consenso delle parti, e in punto di esperibilità del tentativo di conciliazione, idoneo a sfociare in un documento avente portata esecutiva⁹⁴.

In questo modo la consulenza tecnica diventa, per espressa previsione di legge, un mezzo di acquisizione diretta della prova⁹⁵.

In dottrina si registra una tendenziale conformità di vedute in ordine alla *ratio* della disposizione, che avrebbe il fine di consentire il raggiungimento di una conciliazione le quante volte sia ragionevole ritenere che, sulla base delle risultanze tecniche emerse dall'esame contabile e delle specifiche conoscenze del consulente, la lite possa risolversi bonariamente con un accordo⁹⁶.

Dal punto di vista sostanziale, sembrerebbe che debba trattarsi di controversie in cui la valutazione si basi su una minuziosa e comparativa disamina di registri, conti e scritture, relative a un rapporto o a una serie di rapporti caratterizzati dalla formazione in via di sviluppo o dalla redazione conclusiva di un bilancio o di un rendiconto; il dato processuale è riassunto nella necessità che siano stati prodotti in ogni caso documenti contabili ancorché ne sussistano altri non introdotti nel giudizio⁹⁷.

Ed ecco che, se prima delle Sezioni Unite i documenti non prodotti che il consulente può esaminare sono solo quelli accessori nel significato sopra indicato⁹⁸, l'accelerazione significativa si inserisce nel potere in capo al consulente di acquisire tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, anche se diretti a provare i fatti principali posti dalle parti a fondamento della domanda e delle eccezioni⁹⁹.

Alla base dell'intensa deroga, pur tuttavia, e proprio perché teologicamente correlata all'esperimento di un tentativo conciliativo, v'è la subordinazione dell'esame dei documenti

⁹⁴ Per tutti v. M. CONTE, *La consulenza tecnica*, cit., p. 67 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 881 ss.; G. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile riformato*, cit., p. 502 ss.

⁹⁵ L.M. PALIERO, sub art. 195, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. CARPI, M. TARUFFO, cit., p. 905 ss.

⁹⁶ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1957, p. 115 ss.; G. FRANCHI, *La perizia civile*, cit., p. 147 ss. Diverse però sono state le interpretazioni: dalla valorizzazione dell'«incubo fiscale», e cioè la eccezionale opportunità accordata alle parti della valutazione, *extra processum*, di documenti rilevanti per la definizione della controversia, nonostante la violazione delle prescrizioni delle leggi tributarie (così G. GALLONI, *Il tecnico nel processo*, Bologna, 1955, p. 59 ss.), all'esigenza di tutelare la segretezza di documenti afferenti la conduzione o la gestione dell'impresa o, in genere, di qualunque amministrazione patrimoniale (così G. LO MORO, *L'esame contabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, p. 216 ss.; R. MARTINO, sub art. 198, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di R. VACCARELLA, G. VERDE, II, Torino, 1997, p. 165 ss.; similmente S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1959-1960, rist. 1966, p. 122 ss., discorre, con espressione icastica, di scritture destinate a rimanere «fuori dal ricordo»).

⁹⁷ Ancora S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 121.

⁹⁸ In questo senso Cass. 24 aprile 2016, n. 8403; Cass. 17 giugno 2010, n. 24549; App. Taranto 12 giugno 2013, in *Onelegale*; App. Palermo 17 ottobre 2016, *ibid*.

⁹⁹ In seguito cfr. Cass., Sez. lav., 9 maggio 2023, n. 12348.

non prodotti a una duplice manifestazione del consenso¹⁰⁰: la prima, per abilitare il consulente all'esame dei documenti non prodotti in causa; la seconda, per abilitare il consulente alla menzione e all'utilizzo di tali documenti nella sua relazione, nella eventualità che non si pervenga ad una bonaria definizione della controversia, sicché, in tal caso, la parte che ha esibito i registri potrebbe legittimamente ritirarli¹⁰¹.

Ed allora, se è vero che nella consulenza "ordinaria" il c.t.u. può esercitare le prerogative previste dall'art. 194 c.p.c. andando alla ricerca dei fatti accessori, e se è pure vero che una siffatta prerogativa rimane (e non potrebbe che essere così) anche in capo a quello chiamato ad esaminare i documenti contabili e i registri, è altrettanto vero che la necessità del consenso si porrebbe solo per la documentazione direttamente dimostrativa dei fatti principali alla base delle domande o delle eccezioni¹⁰², non già con riferimento ai documenti -si ripete, accessori- utili a consentire una risposta più esauriente ed approfondita al quesito posto dal giudice¹⁰³. In ogni caso, il potere attribuito al consulente in questa norma è assai rilevante, ma, e fermo l'imprescindibile consenso per l'istituto di cui all'art. 198 c.p.c., le rilevazioni di fatti accessori o secondari (v. art. 194 c.p.c.), e le acquisizioni documentali su fatti accessori o principali (v. art. 194 e 198 c.p.c.) dovranno passare per il filtro del contraddittorio, filtro calibrato nelle varie forme e nelle varie modulazioni che vedremo nel paragrafo che segue.

5. Forme di esercizio del contraddittorio

Le peculiarità insite nel rispetto del principio dispositivo, in uno con gli oneri di allegazione e di prova, si riflettono anche sui meccanismi di reazione ad eventuali derive del consulente tecnico al di là dei confini tracciati nei paragrafi precedenti.

Siffatti meccanismi, pur tuttavia, risentono del (o soffrono il) tecnicismo di cui si connota la prova scientifica, e, com'è stato efficacemente sostenuto, si collocano nell'orbita di un

¹⁰⁰ Espresso o, per una parte della giurisprudenza, tacito o per *facta concludentia* (Cass. 17 gennaio 2024, n. 1763). In senso adesivo App. Bari 18 maggio 2006, in *Onelegale*, che, in una controversia avente ad oggetto un presunto anatocismo relativo ad un contratto di conto corrente bancario, ha ritenuto che la generica contestazione dell'istituto bancario convenuto in ordine alla fondatezza della domanda integrasse implicito consenso all'esame ad opera del c.t.u. contabile degli estratti conto non prodotti in originale.

¹⁰¹ Secondo la giurisprudenza più recente, il consenso deve provenire dalle parti, non essendo sufficiente la condotta dei rispettivi consulenti di parte (Cass. 7 giugno 2024, n. 16012). *Contra* E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., p. 325 ss., che lo ritiene validamente espresso anche dal difensore o dal consulente tecnico di parte.

¹⁰² Cass. 17 giugno 2010, n. 24549 cit.; App. Taranto 12 giugno 2013, cit.

¹⁰³ Secondo un indirizzo di merito ormai datato le limitazioni (e cioè la necessità del consenso) poste dall'art. 198, secondo comma, c.p.c., alla ricerca peritale di documenti non acquisiti al processo non opererebbero quando l'esistenza di tali documenti risulti logicamente plausibile sulla base degli elementi forniti dalle parti o desumibili dalla stessa indagine tecnica, come nel caso di estratti di conto corrente, saldaconti ed estratti scalari, anche in forza dell'art. 2711, secondo comma, c.c. che abilita il giudice a far estrarre dal c.t.u. da scritture e registrazioni contabili le registrazioni concernenti la controversia in corso (v. in questo senso Trib. Bari 1 gennaio 2007, in *Onelegale*; Id. 28 settembre 2005, *ibid.*).

interesse delle parti, non già *super partes* o pubblicistico, sempre che si rimanga nell'alveo dei fatti secondari (*i.e.* accessori)¹⁰⁴.

Rebus sic stantibus, le quante volte l'elaborato peritale si ponesse in contraddizione con le norme che ne regolano il procedimento, in primo luogo, il difensore, per il tramite del proprio consulente di parte, può, già in fase di bozza, sottoporre al consulente delle osservazioni¹⁰⁵ o proporre delle istanze¹⁰⁶.

Quanto alle osservazioni si ritiene che, avendo i termini di cui all'art. 195 c.p.c. natura ordinatoria e funzione acceleratoria¹⁰⁷, le parti avrebbero il potere di sollevarle, ove non integrino eccezioni di nullità relative al procedimento consulenziale, nel corso del successivo sviluppo processuale, e quindi anche nelle comparse conclusionali o, finanche, nel giudizio di appello¹⁰⁸: la ragione si rinviene nella natura di argomentazioni difensive generalmente attribuita alle osservazioni, giacché non chiamate ad introdurre fatti nuovi¹⁰⁹, bensì riferite alla attendibilità e alla valutazione delle risultanze della consulenza, tese a sollecitare il potere valutativo del giudice in relazione a tale mezzo istruttorio¹¹⁰.

Se recuperiamo però quanto detto sopra in ordine alla c.t.u. percipiente, ed alla dinamica integrativa del fatto genericamente allegato, che si eleva a specifico per effetto dell'elaborato peritale, con la conseguenza di onerare parte avversa alla contestazione pena l'applicazione dell'art. 115 c.p.c. (cfr. *sub* 4.1.), si nota nell'immediatezza una evidente e difficilmente spiegabile "disparità di trattamento" quando, nonostante la impalpabilità (ormai) della distinzione tra percipiente e deducente, la consulenza sia di quest'ultimo tipo: nel primo caso sarebbe necessaria la contestazione nella prima difesa utile (nemmeno la contestazione d'altronde introduce fatti nuovi), mentre nel secondo le osservazioni sarebbero spendibili al di fuori delle preclusioni, ed addirittura in secondo grado. E tutto ciò in un ambiente già di per sé di favore¹¹¹, ambiente costruito intorno alla attribuzione della qualifica di mezzo di prova alla c.t.u. percipiente.

¹⁰⁴ Così, letteralmente, P. FARINA, *Le Sezioni unite e i vizi della consulenza tecnica d'ufficio*, cit., p. 2390 ss.

¹⁰⁵ Volte a dare valutazioni sulla metodologia da seguire nelle indagini, apprezzamenti sui risultati o contestazioni alla scelta in ordine ai criteri di giudizio.

¹⁰⁶ Sollecitazioni al c.t.u. volte al compimento di determinate indagini o esami o alla considerazione di determinati atti.

¹⁰⁷ Cass. 17 dicembre 2024, n. 32965; Cass. 24 giugno 2024, n.17403; Cass. 1° settembre 2022, n. 25823; *contra* Cass. 22 marzo 2013, n. 7294.

¹⁰⁸ Questi alcuni dei principi di diritto, enunciati sia da Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2022, n. 5624; sia da Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2022, n. 6500, cit.; seguiti, di recente, da Cass. 1° agosto 2025, n. 22183.

¹⁰⁹ Denunciabili "in ogni tempo", dunque, sarebbe per L.P. COMOGLIO, *Attribuzioni del consulente tecnico d'ufficio e nullità correlate nell'attuale approccio ai principi generali*, cit., p. 7 ss., l'ipotesi di consulenza "extra mandato".

¹¹⁰ A. TEDOLDI, *Iudex servus peritorum*, cit., p. 1179 ss.

¹¹¹ Legittimamente, sia chiaro, quando è impossibile fornirne diversamente la prova di un fatto.

Diverso è invece il tema della nullità della consulenza tecnica, la quale apre a scenari assai variegati¹¹².

La generalità della casistica attinge dallo statuto regolamentare delle nullità relative ex art. 157, secondo comma, c.p.c., che secondo alcuni si applicherebbe anche alla fattispecie dell'allargamento dell'indagine oltre i limiti delineati dal giudice o consentiti dai poteri che la legge conferisce al consulente¹¹³; vi rientrerebbero, poi, l'utilizzazione di informazioni assunte da terzi relative a fatti non accessori¹¹⁴ esulanti dall'oggetto del mandato¹¹⁵ o comunque in spregio del contraddittorio¹¹⁶, nonché l'impiego di documenti irritualmente prodotti in giudizio (relativamente a fatti non accessori) oppure non sottoposti al preventivo contraddittorio tra le parti (relativamente a fatti accessori)¹¹⁷.

Il carattere relativo della nullità, pur tuttavia, porta con sé la sua sanatoria ove non eccepita dalla parte interessata nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione peritale¹¹⁸, contestazione da riproporre espressamente in sede di precisazione delle conclusioni¹¹⁹. L'invalidità altresì, oltre ad essere relativa, potrebbe essere in questi casi parziale, sì da non inficiare tutto l'elaborato ove le rilevazioni o gli accertamenti non spieghino alcun effetto sul contenuto della consulenza o sulle sue conclusioni¹²⁰. Ancora, ed infine, in applicazione dell'art. 157, terzo comma, c.p.c., non sarebbe legittimata a dedurre la nullità della sentenza in quanto basta su documenti tardivamente prodotti, la stessa parte che abbia effettuato la relativa produzione, ancorché per il tramite del proprio consulente¹²¹.

¹¹² Esulano da questo lavoro tutte le ipotesi registrate in giurisprudenza e relative a ipotesi di nullità relativa: *inter alia*, l'omesso invio della bozza di consulenza ai difensori delle parti (Trib. Piacenza 28 ottobre 2019, in www.iusexplorer.it; Cass. 9 ottobre 2017, n. 23493; Cass. 15 luglio 2016, n. 14532; Cass. 18 novembre 2020, n. 26304; Cass. 10 febbraio 2020, n. 3047), l'ammissione alle operazioni peritali di un difensore privo di mandato o di un consulente di parte privo di nomina (cfr. Trib. Udine 16 agosto 2018, in www.iusexplorer.it; Cass. 31 gennaio 2013, n. 2251), la sussistenza di un motivo ricasazione non dedotto tempestivamente (Cass. 8 aprile 1998, n. 3657) o il mancato invio della bozza (Cass. 9 ottobre 2017, n. 23493), potendo il giudice rimettere in termine la parte (Cass. 8 giugno 2023, n. 16196).

¹¹³ Si veda sul punto l'itinerario di giurisprudenza di V. AMENDOLAGINE, *La responsabilità del c.t.u. per vizi della relazione peritale*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 974 ss. Secondo altri (v. nota n. 108) non si tratterebbe di nullità, potendo il giudice di merito fondare la propria decisione anche dagli elementi acquisiti dal consulente eccedendo i limiti del mandato, liberamente apprezzabili alla stregua di prova tipiche (Cass. 22 giugno 2004, n. 11594; Cass. 25 marzo 2003, n. 5965; Cass. 8 gennaio 2000, n. 117), sempreché offra adeguata motivazione delle ragioni per cui ritiene attendibili tali accertamenti (Cass. 2 maggio 1990, n. 3615), e sempre purché sia rispettato il contraddittorio (Cass. 13 settembre 2024, n. 24695; Cass. 31 gennaio 2013, n. 2251, cit.).

¹¹⁴ Così Cass. 2 febbraio 2000, n. 1132, relativamente a fatti non accessori.

¹¹⁵ Cfr. Cass., Sez. lav., 29 maggio 1998, n. 5345.

¹¹⁶ Senza cioè l'indicazione della fonte di provenienza relativamente a fatti accessori (in questo senso Cass., Sez. lav., 23 marzo 1998, n. 2543.)

¹¹⁷ Con sanatoria delle nullità ove l'acquisizione sia avvenuta con il consenso delle parti (Cass. 19 agosto 2002, n. 12231).

¹¹⁸ Cass. 14 agosto 1999, n. 8659; App. Napoli 22 giugno 2006, in *Onelegale*; Cass. 6 dicembre 2019, n. 31886).

¹¹⁹ Cass. 24 gennaio 1985, n. 324.

¹²⁰ Cass. 12 febbraio 2024, n. 3893.

¹²¹ Cass. 22 giugno 2017, n. 15620.

Se, al contrario, il consulente, anche percipiente, avesse violato il principio dispositivo, ricorrerebbe l'ipotesi di nullità assoluta, come tale rilevabile d'ufficio e, in difetto, suscettibile di essere fatta valere in sede d'impugnazione ex art. 161 c.p.c. per avere fondato la relazione su fatti principali che non siano stati allegati dalle parti¹²². D'altronde il mancato rilievo in primo grado non esonererebbe il giudice dal verificare, prima della decisione, il rispetto dei principi fondamentali del processo civile¹²³. Un esempio di consulenza nulla in questo senso potrebbe essere quella, resa in un contezioso bancario, in cui un consulente concluda per l'esistenza di un affidamento nel relativo contratto di conto-corrente nonostante il correntista non abbia allegato il fatto dell'affidamento medesimo.

6. Conclusioni

L'analisi portata avanti in questo lavoro ha seguito le tracce già battute dalla più autorevole dottrina e dalla migliore giurisprudenza, parte della quale, come noto peraltro, nella massima composizione.

Proprio per porre un freno al fenomeno, magistralmente definito dalla letteratura, dell'erosione del principio della «*limitatezza dell'orizzonte cognitivo del giudice*», in parte generato anche della proliferazione della c.d. prova scientifica¹²⁴, questo lavoro ha tentato di individuare alcuni limiti alle prerogative del consulente che, nel corso del tempo, hanno pure minacciato un rovesciamento di prospettiva con i poteri istruttori e decisorio del giudice, non fosse altro che, come tutti ormai riconoscono, la consulenza è spesso decisiva per l'esito del processo¹²⁵.

Ma una siffatta erosione non può, e non deve, arrivare fino al punto di travalicare il principio dispositivo e il principio del contraddittorio, e le "paratie" altro non sono se non quelle all'interno delle quali deve muoversi il giudice nell'esercizio della sua funzione. Ed è ancora attuale l'affermazione di chi sosteneva come il vero problema fosse (ed è ancora) quello di stabilire quale sia nel nostro processo civile il rapporto tra la disciplina ordinaria dell'istruzione probatoria e quella del procedimento di istruzione mediante consulenza tecnica¹²⁶.

¹²² Analogamente a quanto avviene per la scienza privata del giudice (F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico: la Corte profert de thesauro suo nova et vetera*, cit., p. 2139 ss.).

¹²³ P. FARINA, *Le Sezioni unite e i vizi della consulenza tecnica d'ufficio*, cit., p. 2390 ss.

¹²⁴ B. CAVALLONE, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, cit., p. 525 ss.

¹²⁵ Tanto che in giurisprudenza risulta granitico il principio secondo il quale il giudice di merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che nella relazione abbia tenuto conto delle osservazioni dei consulenti di parte replicandovi, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento e non deve necessariamente soffermarsi anche sulle contrarie allegazioni dei consulenti tecnici di parte. V., di recente, Cass., Sez. lav., 17 aprile 2025, 17 aprile 2025, n. 10090; Cass. 6 giugno 2024, n. 15804; Cass., Sez. lav., 23 luglio 2024, n. 20322; Cass. 19 febbraio 2024, n. 4356.

¹²⁶ Ancora B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, cit.

Il tema è in parte anche quello del superamento delle barriere preclusive, da alcuni sostenuto e in parte ad oggi ancora sostenibile¹²⁷, nonostante la riforma Cartabia, per la resistenza nell'ultimo comma dell'art. 183 c.p.c., della norma che prevede l'assegnazione alle parti di termini perentori per dedurre mezzi di prova che si rendono necessari in relazione a quelli disposti eccezionalmente d'ufficio dal giudice, nonché per depositare memorie di replica¹²⁸. Ponendosi a valle delle memorie ex art. 171 *ter* c.p.c., la disposizione sembrerebbe giustificare eccome un superamento delle barriere preclusive, sicché se ciò è consentito su iniziativa del giudice, la stessa cosa, salvi i limiti sopra visti e diversamente declinati nelle norme di cui agli artt. 194 e 198 c.p.c., potrebbe verificarsi in seguito alle sollecitazioni del consulente. Purtuttavia, in conclusione, e in disparte lo statuto regolamentare che si è faticosamente tentato di tratteggiare in questo lavoro, un ulteriore spunto di riflessione potrebbe essere portato dall'accelerazione sul grado di formazione "giuridico-processualistica" del consulente, non sempre animato dai principi del processo, che potrebbe legittimamente non conoscere, o conoscere poco. D'altronde, a differenza del giudice, che vive nel processo e di cui si nutre giornalmente¹²⁹, il consulente potrebbe, in ossequio al sacramentale fine di far conoscere a questi la verità, andare bene al di là dei confini indicati dalla legge -magari inconsapevolmente sia chiaro-, e così creare dei cortocircuiti processuali difficilmente ripristinabili nel corso del primo grado o nel giudizio di impugnazione. Si pensi, ad esempio, animati dal "falso mito" di fornire al giudice istruttore un quadro più ampio possibile, in una prospettiva paradossalmente inquisitoria, alla individuazione da parte del c.t.u. di rimesse solutorie nei contenziosi bancari aventi ad oggetto azioni di recupero da parte del correntista nonostante la tardività della eccezione di prescrizione proposta dalla banca; oppure, ancora, all'accesso sul tetto dell'immobile del convenuto (non costituito) per verificare la sussistenza di un danno simile a quello da quest'ultimo asseritamente arrecato al tetto dell'immobile dell'attore, e per cui chiede tutela risarcitoria.

¹²⁷ Critico L.P. COMOGGIO, *Attribuzioni del consulente tecnico d'ufficio e nullità correlate nell'attuale approccio ai principi generali*, cit., che ricorda come le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel processo civile siano preordinate a tutelare interessi generali, e la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene (in linea, nella giurisprudenza, Cass. 26 giugno 2018, n. 16800).

¹²⁸ Cfr. art. 183 c.p.c. (per un'analisi della Riforma Cartabia sul tema, tra gli altri, v. A. SCARPA, *Il processo ordinario di primo grado*, in *La riforma del processo civile*, a cura di R. GIORDANO, A. PANZAROLA, Milano, 2024, p. 80 ss.; A. DIDONE, F. DE SANTIS (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, 2023, Milano; C. DELLE DONNE, sub art. 183, *La riforma del processo civile*, a cura di R. TISCINI, Pisa, 2025, p. 388 ss.).

¹²⁹ Sia consentita questa metafora nonostante la "cartolarizzazione" del processo civile ormai diventata norma nell'art. 127 *ter* c.p.c. (in tema, di recente, M. F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e mediazione demandata*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 476 ss.; A. NASCOSI, *Qualche appunto sulla nuova fase preparatoria del processo dopo il «correttivo» alla riforma Cartabia*, *ibid.*, p. 264 ss.; I. PAGNI, *A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)*, *ivi*, 2024, p. 929 ss.; *Id.*, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *Judicium*, 15 dicembre 2020).

Questi esempi, che spesso si registrano nella pratica, sono solo alcune di quelle dinamiche che rischiano di trasformare i giudizi civili in mostri processuali, vuoi per la mancanza di formazione del consulente, vuoi per la mancanza di sensibilità del magistrato.

Ed allora, se un freno può essere “tirato”, la mano non può che essere quella del magistrato, cui rimane il compito, da una parte, di tutelare le parti contro attività difensive sovrabbondanti, e, dall’altra, di evitare di attribuire al consulente compiti a lui riservati.

Non senza dimenticare la necessità di incidere sulla formazione giuridica del consulente, che va reso consapevole del suo ruolo, dei suoi poteri e dei suoi obblighi, e, soprattutto, del fatto che è chiamato ad operare sulla scena di un processo che è alimentato dalle parti, e solo da esse, processo che, nonostante l’uguaglianza di *petitum*, di *causa petendi* e di parti, al modo del messaggio pirandelliano di “uno, nessuno e centomila”, se riproposto domani, o dopodomani, o tra un anno, può risultare differente in ragione di quanto attore e convenuto via abbiano, o non vi abbiano, introdotto, nel segno della possibile divergenza tra verità processuale e verità sostanziale¹³⁰.

Giovanni Carmellino

Associato dell’Università degli Studi del Molise

¹³⁰ Sia consentito riprodurre al sottoscritto in maniera assai dozzinale l’apprezzabile riferimento a Luigi Pirandello effettuato da A. A. ROMANO, in occasione dell’intervento dal titolo *L’attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle autorità indipendenti*, tenuto nel corso del XXXIII Convegno nazionale dell’AISPC svoltosi a Milano il 17 e il 18 giugno 2022.



MARCELLO STELLA

Giudicato arbitrale ed effettività del diritto eurounitario*

Il contributo si interroga sul potere-dovere del giudice italiano, richiesto di dare esecuzione ad un lodo arbitrale ICSID, di rilevare la contrarietà del lodo e della sua stessa attuazione coatta al divieto di aiuti di stato e di investire della questione la Corte di Giustizia mediante rinvio pregiudiziale. Stante la assimilazione del giudicato arbitrale ICSID al giudicato nazionale la soluzione passa attraverso la applicazione della giurisprudenza della Corte UE, a sua volta però bisognosa di razionalizzazione, in tema di cedimento del giudicato nazionale contrario al diritto unionale.

The paper focuses on the duty of an Italian court seized with the enforcement of an ICSID award to stay the proceeding if a violation of the prohibition of state aids is likely and to raise a preliminary reference to the European Court of Justice. Notwithstanding ICSID awards are immune from challenges before State courts, they must be treated as domestic *res judicata*. Therefore, the case law by the European Court of Justice regarding *res judicata* and effectiveness of European law becomes relevant for solving the issue.

Sommario: 1. Posizione del tema – 2. Ragion d’essere sostanziale del diritto internazionale degli investimenti... – 3. ...e corollari sul piano della giurisdizione. – 4. Efficacia di cosa giudicata del lodo in base alla Conv. ICSID 1965 – 5. Assoggettamento degli Stati membri alla *potestas iudicandi* arbitrale e obblighi derivanti dal Trattato UE – 6. Il giudicato arbitrale e la sua esecuzione come elementi di fattispecie di una responsabilità dello Stato membro – 7. Il c.d. cedimento del giudicato contrario al diritto unionale: cosa vuol dire e quando si verifica davvero. – 8. Riflessi sul piano della cognizione del giudice della esecuzione del lodo.

1. Posizione del tema

Avuto riguardo alla proiezione del Corso di dottorato sul diritto degli scambi e della economia internazionale, è parsa confacente una riflessione su un tema trasversale ai progetti di ricerca di alcuni di Voi, che chiama a raccolta, con metodologia da quadrivio, diritto processuale civile, diritto dell’arbitrato, diritto internazionale pubblico e diritto dell’Unione europea e tocca da vicino presente e futuro della Unione Europea nel palcoscenico dell’economia globale¹. Il tema è evidentemente quello del c.d. arbitrato di investimento e in particolare del trattamento di quei lodi internazionali tanto *sui generis* nel vitale – per le imprese investirci vittoriose –

* Testo della lezione svolta al Corso di dottorato di ricerca in Diritto dell’Economia, Università degli Studi di Napoli «Federico II», il 17 novembre 2025.

¹ Secondo il Rapporto Draghi sul futuro della competitività europea, per garantire il proprio avvenire, “[t]he EU will need to coordinate preferential trade agreements and direct investment with resource-rich nations”. V.lo nella versione italiana reperibile all’indirizzo <https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/AT033.pdf>

frangente della attuazione coattiva all'interno degli ordinamenti giuridici statuali, degli Stati rimasti soccombenti all'esito del processo arbitrale e di Stati terzi². La complessità della equazione è solo accentuata allorché lo Stato soccombente e l'eventualmente diverso Stato del foro dell'esecuzione siano anche Stati membri e parti del Trattato UE, astretti dunque al rispetto degli obblighi di leale cooperazione assunti in base a quest'ultimo trattato multilaterale e così, e *in primis*, all'obbligo di garantire la piena effettività del diritto unionale. La prospettiva tra questi due mondi apparentemente non comunicanti non dev'essere necessariamente confliggente, impostata in chiave di invalidità dell'esito finale dell'arbitrato di investimento, come ad alcuni parve (BGH per prima) all'indomani della epocale pronuncia *Achmea*. È un fatto che l'arbitrato, da figlio prediletto della giurisdizione che era (il c.p.c. del 1865 esordiva con esso) e tuttora è in molti Stati, è stato disconosciuto dalla Corte di Giustizia UE, e quello di investimento in modo particolare. E non tanto e non solo per timore che gli arbitri violino o, peggio ancora, disapplicino il diritto unionale, quanto per la virtuale insindacabilità dei lodi che essi pronunceranno. Fatalmente non preceduta da un preventivo dialogo con la Corte UE, se essa si ostinerà a negare agli arbitri il potere di rinvio pregiudiziale. L'interprete nondimeno ha il dovere di farsi carico di esplorare soluzioni pragmatiche, sinergicamente conducenti, capaci di valorizzare le prerogative dei giudici nazionali, tutte quelle derivanti dal Trattato UE, per coniugare il principio della certezza del diritto, di cui l'istituto del giudicato è garante, con i principi di effettività del diritto unionale.

2. Ragion d'essere sostanziale del diritto internazionale degli investimenti...

Facciamo un passo indietro per tratteggiare il retroterra sostanziale, che fa da sfondo alla nostra riflessione. Dalla regola consuetudinaria tardo ottocentesca, basilarmente volta ad accordare protezione diplomatica a cittadini e imprese vittime di espropriazioni arbitrarie dei loro averi nel territorio di altri Stati sovrani, e grosso modo a partire dal secondo dopoguerra, il diritto internazionale pattizio si è rapidamente infittito su iniziativa degli Stati esportatori di capitali ed ha assunto la concretezza di una miriade di trattati bilaterali stipulati da quasi tutti gli Stati³. In base a questi trattati, spesso bilaterali, e definiti così *bilateral investment treaties*, ciascuno Stato contraente assume l'obbligo di garantire agli investitori provenienti dall'altro Stato contraente un trattamento non discriminatorio (*fair and equitable treatment*), onde non frustrare la profittabilità dell'investimento ossia della attività economica, sovente a lungo termine, intrapresa nel territorio dello Stato ospitante. La causa o funzione economico-sociale di quei trattati è di eliminare o mitigare un frequente e grave rischio di impresa, il mutamento repentino e imprevedibile dell'ordinamento, in virtù dell'unilaterale esercizio del potere

² Su cui v. C. CONSOLO, M. STELLA, *Arbitrato di investimento e diritto europeo: controllo endoesecutivo di conformità del lodo al divieto di aiuti di stato e sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 624 c.p.c.*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2024, pp. 1 ss.

³ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, II ed., Oxford, 2012, p. 13.

legislativo ed esecutivo da parte degli organi dello Stato ospitante. Calcolabilità del diritto weberianamente intesa ed effetto dirompente (*disruptive*) dello *ius superveniens*.

3. ...e corollari sul piano della giurisdizione

Alle prospettive rimediali, eminentemente di tipo indennitario-risarcitorio delineate dai trattati bilaterali di investimento, si è avvertito fin da subito il bisogno di abbinare una confacente *litigation venue*, vie alternative rispetto alla giurisdizione statale, cui devolvere le controversie suscettibili di insorgere tra investitori e Stati ospitanti.

La necessità di ricorrere a metodi di risoluzione delle liti *altri* rispetto alla giurisdizione statale non è dettata tanto dal timore del difetto di imparzialità dei giudici dello Stato ospitante o di politicizzazione delle liti, anche se alcuni casi sulle risorse naturali appaiono percorsi da venature di tal fatta, quanto per via delle pregiudiziali impedienti che potrebbero insorgere nel momento in cui un giudice nazionale si trovasse a decidere una lite che veda come convenuto uno Stato sovrano e come diritto applicabile alla controversia, *lex causae*, un trattato internazionale. Il principio di soggezione del giudice alla legge, beninteso, non sarebbe aduggiato negli ordinamenti, come il nostro, in cui il diritto internazionale pattizio fa ingresso in forza della legge di ratifica, ma sarebbe improbo immaginare, ad esempio, che una corte di giustizia tributaria, nel giudicare sulla conformità a legge del prelievo impositivo liquidato dall'avviso di accertamento, disapplichi la norma tributaria interna in quanto lesiva di diritti del contribuente nascenti dalla violazione, da parte dello Stato-legislatore, di un trattato di investimento, che garantisce l'investitore straniero contro l'inasprimento della pressione fiscale o assicura il godimento di certuni vantaggi fiscali poi venuti meno. Non foss'altro difetterebbe la giurisdizione del giudice speciale ad accordare qualsivoglia tutela risarcitoria avente titolo nel trattato bilaterale. Né varrebbe obiettare che l'investitore straniero potrebbe residualmente rivolgersi alla giurisdizione ordinaria: posto che la lesione dei diritti dell'investitore straniero sovente deriverà dall'esercizio di poteri sovrani da parte dello Stato ospitante, cioè dal compimento di *acta iure imperii*, la sindacabilità dell'operato dello Stato e l'esercizio del dovere decisorio meritale verrebbe a infrangersi nella regola immunitaria del *par in parem*; se poi la domanda fosse proposta davanti ai giudici dello stesso Stato ospitante l'investimento, dove non sia previsto un ricorso diretto, in foggia di *Verfassungsbeschwerde*, alla Corte costituzionale, il diritto dell'investitore al risarcimento del danno arrecato dallo *ius superveniens* degrada a mera aspettativa, subordinata all'esercizio del potere di rimessione incidentale della questione di legittimità da parte del giudice comune.

4. Efficacia di cosa giudicata del lodo in base alla Conv. ICSID 1965

Ben si intende perciò la ragione per la quale i trattati bilaterali di investimento sono invariabilmente muniti di apposite clausole compromissorie, in base alle quali ciascuno Stato sovrano contraente accetta di assoggettarsi alla giurisdizione degli arbitri che saranno aditi

dagli investitori provenienti (aventi sede) dall'altro Stato contraente; al tempo stesso, tali clausole escludono che l'esaurimento dei rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento giuridico interno dello Stato ospitante sia condizione di procedibilità della domanda arbitrale proposta dall'investitore. Centrale a questo riguardo appare la Convenzione di Washington del 1965 istitutiva del Centro per la risoluzione delle controversie di investimento (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*)⁴.

Ratificata da oltre 150 Stati, tra cui l'Italia, la Convenzione prevede una disciplina uniforme del procedimento arbitrale e del regime del lodo arbitrale, suscettibile di essere richiamata *per relationem* dai Trattati di investimento.

In base alla Conv. ICSID e al suo art. 54, dunque, ciascuno Stato contraente assicura sul proprio territorio l'esecuzione degli obblighi pecuniari imposti dalla sentenza arbitrale, *come se si trattasse di un giudizio definitivo di un tribunale dello Stato in questione*.

L'esecuzione forzata dei lodi ICSID, nel nostro ordinamento, è demandata alla Corte d'appello nel cui distretto ha luogo l'esecuzione. L'efficacia esecutiva del lodo non può essere sospesa da parte del giudice italiano. L'esecuzione forzata è regolata dal diritto processuale interno ed avviene dunque nelle forme del diritto processuale comune, dove non deroga dalla Conv. ICSID.

Risulta perciò evidente, da un lato, la marcata differenza dello statuto del lodo ICSID rispetto ad un qualunque lodo arbitrale internazionale commerciale ai sensi della Conv. New York 1958, posto che in base all'art. V il lodo può essere oggetto di opposizione per i motivi tassativi ivi previsti e da noi trasposti nell'art. 840 c.p.c. e così è passibile di sindacato di contrarietà all'ordine pubblico dello Stato del riconoscimento e della esecuzione. A differenza del lodo ICSID.

5. Assoggettamento degli Stati membri alla *potestas iudicandi* arbitrale e obblighi derivanti dal Trattato UE

Il ripudio dell'arbitrato internazionale di investimento espresso dalla sentenza *Achmea* della Corte di Giustizia UE è dettato dalla carenza, in capo agli arbitri internazionali, non appartenenti all'apparato magistratuale degli Stati membri, del potere di rinvio pregiudiziale interpretativo previsto dall'art. 267 TFUE e del conseguente rischio di *difetto di costruzione del giudizio di diritto*, ogni qual volta le *quaestiones iuris* sollevate dalle parti in arbitrato implicino la interpretazione e applicazione di norme del Trattato UE o di atti di diritto unionale derivato. Secondo la Corte UE è irrilevante che gli arbitri internazionali di investimento traggano la loro *potestas iudicandi* dalla clausola compromissoria contenuta in un trattato internazionale.

⁴ Su cui L. BERGAMINI, *Giurisdizione italiana e arbitrato ICSID. Il riconoscimento dell'accordo compromissorio e la pendenza del procedimento*, Pisa, 2012.

Profilo che aveva invece indotto l'avvocato generale Wathélet a qualificare almeno gli arbitri di investimento come sorta di giurisdizione di uno Stato membro, tenuto conto: a) del fondamento legale di tale giurisdizione (oltre che nel trattato internazionale, nelle leggi di ratifica del trattato); b) del carattere obbligatorio della giurisdizione arbitrale per gli Stati stipulanti il trattato bilaterale di investimento; c) della natura vincolante, tra le parti, della pronuncia arbitrale. Gli arbitri di investimento, insomma, avrebbero tutte le carte in regola, in base allo stesso *test* divisato a suo tempo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel celebre caso *Denuit*, per potersi qualificare come organi giurisdizionali di uno Stato membro, legittimati al rinvio pregiudiziale comunitario.

Tutte queste pur esatte considerazioni non hanno fatto breccia nel ragionamento della Corte UE. La quale ha rilevato che gli arbitri di investimento, traenti la loro *potestas iudicandi* da un trattato internazionale *di pari rango rispetto al trattato UE*, non potrebbero ritenersi soggetti all'obbligo di leale cooperazione nella applicazione del diritto unionale derivante dal TFUE. Ed ha soggiunto che mentre un lodo arbitrale domestico sarà di regola sempre sindacabile dal giudice togato della impugnazione, un tale sindacato sarà di norma escluso per il lodo di investimento.

Dopo *Achmea* l'incompatibilità tra arbitrato degli investimenti e obblighi gravanti sugli Stati membri in base agli artt. 344 e 267 Trattato Ue è stata ribadita dalla Corte UE in altre tre occasioni. Nella sentenza 21 ottobre 2021, C-109/20, *Repubblica di Polonia c. PL Holdings Sarl*; nella sentenza 2 settembre 2021 C-741/19 *Repubblica di Moldova c. Komstroy*, dove, in un *obiter dictum*, la Corte ha ribadito il *dictum* di *Achmea* in relazione però al Trattato della Carta sulla Energia del 1994, di cui la stessa UE è parte (e da cui l'Italia è receduta nel 2014, data da cui decorre il ventennale periodo di ultrattività degli obblighi assunti in base a tale trattato); nella sentenza 14 marzo 2024, C-516/22, *Commissione europea c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in cui la Corte UE ha ritenuto che, a seguito dell'annullamento dell'inibitoria della esecuzione del lodo ICSID disposta dalla Supreme Court inglese, il Regno Unito sia venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 4, par. 3, TUE, nonché dell'art. 108, par. 3, art. 267, commi primo e terzo, e dell'art. 351, primo comma, TFUE.

6. Il giudicato arbitrale e la sua esecuzione come elementi di fattispecie di una responsabilità dello Stato membro

È da chiedersi, dunque, come dovrà comportarsi il Giudice italiano, richiesto di dare esecuzione a un lodo ICSID che veda lo Stato italiano o qualunque altro Stato membro UE condannato ad adempiere una prestazione pecuniaria in favore di un investitore estero. La tentazione di liquidare il problema, riducendo il profilo della incompatibilità tra il trattato di investimento e il trattato UE ravvisato dalla Corte di Giustizia a mera questione pregiudiziale di difetto di giurisdizione degli arbitri, rifluente così in una invalidità del lodo arbitrale, insuscettibile però di rilievo dopo il passaggio in giudicato del lodo, non può essere assecondata. Qui è

evidentemente in gioco non solo il rispetto della cosa giudicata arbitrale ma anche e soprattutto gli obblighi assunti dallo Stato membro del foro in base al Trattato UE. Non sarebbe del tutto implausibile ritenere perciò di “degradare” il giudicato arbitrale a mero fatto, ad elemento di una fattispecie di responsabilità dello Stato del foro, che a tale lodo dia attuazione, per violazione degli obblighi comunitari di astenersi dal far decidere ad arbitri – estranei al circuito giurisdizionale integrato della UE – le controversie che li vedano coinvolti. Questo è notoriamente il punto di vista della Commissione europea, bene esteriorizzato nel caso *Micula c. Romania*, dove la Commissione, con propria decisione, ha espressamente qualificato il lodo arbitrale di investimento, oltre che la sua stessa attuazione, come “aiuti di stato” illegittimi. Quel punto di vista parrebbe non del tutto privo di addentellato teorico, a ben vedere: nella teoria internazionalistica le stesse sentenze internazionali sono qualificate alla stregua di meri fatti, sia pure di fatti di realizzazione del diritto⁵.

Anche sul piano del diritto processuale interno, d'altronde, sappiamo che la sentenza può venire in rilievo come fatto, non già nella sua portata precettiva, quando la legge riconnette alla pronuncia di un dato provvedimento determinati effetti che prescindono dal concreto tenore del *decisum*⁶. La sentenza di condanna è un fatto giuridico, che determina la nascita del diritto all'ipoteca giudiziale (2818 c.c.), che non è punto un effetto prodotto da un capo costitutivo della sentenza, ma che si produce quando la fattispecie normativa astratta venga integrata dalla pronuncia di un capo condannatorio o anche solo di mero accertamento di una responsabilità del debitore. Si pensi ancora alle conseguenze fiscali che discendono dalla pronuncia di una sentenza ai fini della imposizione di registro o dal rigetto della impugnazione. Effetti giuridici che prescindono dal *decisum*, sono anche quelli derivanti dalla pronuncia di una sentenza affetta da dolo del giudice o basata su giuramento falso. Rispetto al diritto al risarcimento del danno che ne conseguirà il giudicato fraudolento non viene in rilievo – né per la sua portata preclusiva, né per quella conformativa – che quale elemento di una complessiva fattispecie illecita. L'azione risarcitoria può essere esercitata in via autonoma addirittura senza la promozione della impugnazione straordinaria (del resto preclusa proprio nel caso di giudicato basato su falso giuramento, ché, in caso contrario, verrebbero completamente scompagnate le limitazioni del diritto alla prova nel processo civile)⁷.

⁵ T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, IV ed., Roma, 1939, p. 200; ma si v. pure G. MORELLI, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931.

⁶ P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, pp. 15 ss.

⁷ Si v. da ultimo Cass. Sez. III, 19 settembre 2025, n. 25662, in base a cui l'azione di risarcimento da fatto illecito è ammissibile, senza bisogno di ottenere previamente la revocazione della sentenza frutto di dolo della parte. Secondo la *communis opinio* (per tutti, S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno: riflessioni in margine alla sentenza della Cassazione sul «Lodo Mondadori»*, in *Corr. Giur.*, 2014, 522 ss., p. 526; e già B. SASSANI, *La cognizione incidenter tantum della sentenza viziata da dolo del giudice e la superfluità della revocazione: c'era una volta il codice di procedura*, in *Giur. It.*, 2012, 877, 879: “L'accertamento del dolo del giudice è solo uno degli elementi della fattispecie, costituendo esso il mero presupposto dell'apposito giudizio di ingiustizia della sentenza: che il dolo del

Questa linea argomentativa, tuttavia, mostrerebbe la corda proprio a petto di lodi arbitrali pronunciati in base a clausole compromissorie contenute in trattati multilaterali di cui la stessa UE, oltre che i suoi Stati membri singolarmente, sia parte, come nel caso del Trattato della Carta sull'Energia, sottoscritto anche dalla Unione Europea. In base ad esso tanto la UE quanto gli Stati membri si sono impegnati a riconoscere come vincolanti le statuizioni arbitrali, sicchè la Commissione non potrebbe astrattamente far leva sulla carenza di soggettività giuridica degli arbitri, sul piano internazionale, per relegare a meri accadimenti fattuali le loro pronunce. Ben altro ordine di considerazioni deve però muovere gli interpreti.

Non intendo passare in dettagliata rassegna una casistica addirittura arcinota, tanto da essere divenuta un *topos* nella letteratura di settore: quella del presunto cedimento del giudicato nazionale preceduto dalla violazione del diritto comunitario⁸. Osservo però che quella giurisprudenza, se solo razionalizzata a dovere, può fornire indicazioni utili per avvicinarsi alla soluzione della problematica che ci siamo posti all'inizio.

7. Il c.d. cedimento del giudicato contrario al diritto unionale: cosa vuol dire e quando si verifica davvero

La giurisprudenza della Corte di Giustizia da sempre viene ribadendo che la certezza del diritto è valore funzionale imprescindibile anche per l'ordinamento giuridico europeo e che il

giudice abbia prodotto una sentenza ingiusta, non è giudizio che può rendere *incidenter tantum* il diverso giudice chiamato a giudicare del danno ricollegato al contenuto della sentenza"; nel solco di tale opinione si colloca pure A. TEDOLDI, *Revocazione straordinaria per dolo del giudice e azione di risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 671 ss., spec. 696 e 700), l'ingiustizia del giudicato non revocato non potrebbe mai essere incidentalmente sindacata in altri processi tra le stesse parti. Tuttavia, a noi pare, pur se è innegabile che l'istanza di revocazione straordinaria è "l'unico modo di aggirare sia il *ne bis in idem* sia anche, va detto, l'effetto conformativo" del giudicato (per tutti C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2025, II, 124), ciò non significa che il giudicato fraudolento precluda al giudice di un altro processo, foss'anche tra le stesse parti, ma vertente su una diversa *res iudicanda* che non è in rapporto di pregiudizialità-dipendenza rispetto alla *res iudicata*, di qualificare la anti giuridicità della condotta della parte del primo processo e di appurare se tale condotta abbia avuto una incidenza sull'esito del primo processo. Nel caso deciso dalla Cassazione, relativo alla sostituzione ad opera degli avvocati degli attori consulenze tecniche d'ufficio sfavorevoli ai loro assistiti con perizie posticce, falsamente attestanti uno stato di invalidità, e poste dai giudici di merito a fondamento di varie condanne passate in giudicato pronunciate a carico dell'INPS, l'accertamento del diritto alla percezione dell'assegno di invalidità, contenuto nella sentenza passata in giudicato, non è mutuamente incompatibile con l'accertamento del diritto al risarcimento del danno cagionato all'ente previdenziale dalla parte vincitrice (o, per essa, dall'avvocato difensore) responsabile di avere eliminato le perizie originali e di aver veicolato nel fascicolo consulenze tecniche fasulle, fabbricate ad arte per attestare uno stato di invalidità civile. Tali diritti non si escludono reciprocamente, né il secondo processo sferra un *collateral attack* capace di fare vacillare la stabilità del giudicato formatosi all'esito del primo processo – non trattandosi neppure di rinnovare l'accertamento di fatto sulla esistenza o meno della condizione di invalidità – e di rimettere in discussione la spettanza del bene della vita conseguito dal vincitore del primo processo (pur se è chiaro che il secondo giudicato farebbe nascere in capo all'ente previdenziale un credito risarcitorio opponibile in compensazione nei confronti dei percettori dell'assegno di invalidità, per opporsi a futuri pagamenti periodici).

⁸ Tra i contributi più recenti sul tema, si v. F. PINTO, *La cedevolezza del giudicato civile a fronte delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il diritto processuale civile italiano e comparato*, 2025, 133 ss.; G. DE CESARE, *La cedevolezza del giudicato in materia consumeristica fra acquis giurisprudenziale e prospettive future*, *ivi*, 2025, 535 ss. nonché M. LATINI VACCARELLA, *Problemi attuali dell'autonomia procedurale*, 2025 (tesi di dottorato).

giudicato, che quel valore presidia, è esso stesso *Grundwert* dell'ordinamento europeo. Al tempo stesso, però, la Corte ha in plurime occasioni dovuto ricordare ai giudici nazionali remittenti che il giudicato non può essere opposto o stiracchiato *ultra crepidam* per conseguire scopi patentemente contrari al diritto comunitario. La Corte UE lo ha rimarcato in campo tributario in risposta alla interrogazione della Cassazione italiana: il giudice tributario non è, dalle stesse norme processuali interne (art. 2, comma 3, d.lgs. 546/1992), abilitato a statuire con efficacia di giudicato su questioni pregiudiziali di merito civilistiche quali la non nullità di un contratto (*Olimpiclub*). Più o meno lo stesso è stato ripetuto ai giudici degli insospettabili *Länder* tedeschi, che pretendevano di farsi scudo dietro alla teoria della pregiudizialità logica, peraltro aliena alla lettera e alla *ratio* del § 320 ZPO, per ammantare di cosa giudicata la validità di contratti di fornitura a lungo termine – che prevedevano minimi quantitativi di acquisto – stipulati tra Stato e imprese, in smaccata violazione del divieto di aiuti di stato (*Klausner Holz*). Questi non sono casi che possano davvero impensiere e mettere in discussione la tenuta del giudicato nazionale. Non testimoniano alcun cedimento della cosa giudicata: semmai una schietta presa d'atto di quelli che ne sono i limiti oggettivi.

Tutto sommato non dovrebbe impensierci affatto neppure il caso *Vueling*, in cui la Corte UE ha affermato che il giudicato penale di condanna del datore di lavoro per il reato di omesso versamento dei contributi previdenziali, perpetrato mediante la simulazione di un distacco di dipendenti, in realtà tutti residenti e assunti proprio nello stato di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato, non può vincolare il giudice civile, nei successivi processi risarcitori, intentati dall'ente previdenziale e dai lavoratori contro il datore di lavoro, a disapplicare i certificati di distacco rilasciati dalle autorità nazionali designate in base al diritto europeo e a ritenere che tali provvedimenti siano stati senz'altro carpiri con la frode⁹. Il vincolo del giudice civile agli accertamenti del giudice penale nulla ha a che vedere con l'effetto preclusivo, il solo scaturente dalla sentenza penale irrevocabile, che accerta la fondatezza o infondatezza della pretesa punitiva. La tecnica di *fissazione del fatto* (Carnelutti, in scia alla sistemazione di Kleinfeller) sovente impiegata dal legislatore processuale (es. artt. 651-654 c.p.p. 1988.; e già anche, a ben vedere, art. 28 c.p.p. 1930; nonché, oggi, art. 21-bis d.lgs. 74/2000 inserito dall'art. 1 d.lgs. 87/2024 e trasfuso nell'art. 119 T.U. Giustizia Tributaria), per le ragioni di politica legislativa più varie (ossequio al più elevato grado di affidabilità della istruttoria penale; tutela del prestigio e della fiducia pubblica nella giurisdizione penale altrimenti diminuiti da giudicati civili logicamente contrastanti; adeguamento al *ne bis in idem* sanzionatorio di ascendenza CEDU), nulla ha a che spartire con l'autorità e gli effetti propri del giudicato. Gli effetti più o meno vincolanti del giudicato penale (*recte*: degli accertamenti di fatto che

⁹ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 2 aprile 2020, nelle cause riunite C-370/17 e C-37/18, *Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile (CRPNPAC) contro Vueling Airlines SA*. Vi accenna A. M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, in *NLCC* 2023, 86 ss., 87 e nota 4.

fondano il *decisum* penale) in altri processi, penali (art. 238-bis c.p.p.) o extrapenali, derivano da norme che *elevano il giudicato penale a elemento di fattispecie di fissazione del fatto*. Se si trattasse di effetti propri del giudicato, non vi sarebbe bisogno di normarli. Il fatto poi che disposizioni come l'art. 21-bis d.lgs. 74/2000 attribuiscano efficacia vincolante ai soli accertamenti fattuali contenuti nel giudicato assolutorio, conferma che quel peculiare effetto non è quello proprio, direi “a titolo originario”, del giudicato in quanto tale. Come non lo può essere del resto l'effetto preclusivo a ridiscutere la esistenza della obbligazione solidale che scaturisce dall'art. 1306 c.c. e che la legge dopotutto subordina alla iniziativa potestativa di altro coobbligato che scelga di avvalersene. Negli stessi paesi francofoni, Francia e Belgio, l'antico adagio della intangibilità della autorità del giudicato penale nel processo civile, sotto il solenne vessillo della *supériorité de la justice pénale sur la justice civile*, sopravvive soltanto a livello declamatorio nella tralatizia giurisprudenza della *Cour de cassation*, privo però di un addentellato normativo e, nella prassi, costantemente disapplicato¹⁰.

V'è invece un terzetto di pronunce in cui la Corte UE ha senz'altro imposto la disapplicazione del giudicato nazionale: vale a dire *Lucchini*, *London Steamships' Owners* e da ultimo *Banco Desio*. Quale insegnamento è traibile da quella giurisprudenza? Che il giudicato nazionale può talora risultare affetto da vizi invalidanti irriducibili a nullità formali o extraformali, e così a mere *Verfahrensverstöße* ma da vizi graviori rifluenti in autentici *Nichtigkeitsgründe* insansabili nonostante l'esaurimento (o il mancato esperimento) delle impugnazioni. Quando ci si troverà al cospetto di queste nullità radicali, *quoad effectum* accostabili alla fattispecie della c.d. inesistenza della sentenza, rilevabile tanto in via di azione (*actio nullitatis sententiae*) quanto in via di eccezione (*exceptio nullitatis sententiae*)?

Quando il principio di effettività del diritto unionale – cioè la fedele applicazione delle norme giuridiche unionali, previo rinvio pregiudiziale in caso di dubbio interpretativo, che i diritti processuali nazionali devono mostrarsi in grado di assicurare – appaia vulnerato non già dall'occasionale e contingente *error in iudicando* o magari anche *in procedendo* in cui sia incorso il giudice nazionale nel caso concreto, ma proprio dalla intima strutturazione del procedimento nazionale, derivante dalla disciplina del processo, civile, amministrativo, tributario che sia. La Corte UE, in altre parole, non intende, non ha mai inteso fare *tabula rasa* del giudicato contrario al diritto comunitario *in quanto tale*, avendo anzi sempre riconosciuto centralità al valore della certezza giuridica suo tramite assicurata. Il bersaglio di quella giurisprudenza – come si è fatto sempre più evidente, un precedente dopo l'altro – sono le

¹⁰ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, IV ed., Paris, 2016, spec. § 474: “Comme les deux droits ont posé le principe de l'identité des fautes civile et pénale en sorte que l'acquittement (négarion de la faute pénale) entraîne l'exclusion de tous dommages-intérêts, les deux jurisprudences admettent, pour corriger cette règle, que le juge civil peut accorder des dommages-intérêts malgré acquittement s'il se fonde sur l'article 1384 du Code civil, c'est-à-dire sur une présomption de responsabilité et non sur les articles 1382 et 1383 du Code civil qui sont relatifs à la faute prouvée mais on va voir qu'aujourd'hui, la France, depuis 2000, rejette la règle de l'unité”.

regole processuali nazionali, le quante volte elevino paratie o limitazioni del potere del giudice nazionale di dare retta e fedele applicazione ai Trattati e al diritto unionale derivato, di tenere conto degli atti delle istituzioni comunitarie quali le decisioni della Commissione in materia di concorrenza o di aiuti di stato, di rilevare d'ufficio la nullità di clausole contrarie al diritto di protezione dei consumatori.

In *Lucchini*, in ultima analisi, l'operare del principio dispositivo, la rinuncia del Ministero soccombente a impugnare la sentenza della Corte d'appello che aveva confermato la condanna dello Stato italiano a pagare un aiuto di stato pur già qualificato tale ed illegittimo dalla Commissione nelle more del giudizio di primo grado, non poteva far premio sugli effetti della decisione della Commissione, notificata eppure mai impugnata dai suoi destinatari. Vari sono stati i tentativi di razionalizzare quel *dictum*: si è guardato alla disciplina della revocazione straordinaria, in analogia alle norme che prevedono la revocazione del p.m. a fronte della collusione delle parti per ottenere un giudicato in frode alla legge (Consolo)¹¹. Altri (Luiso) hanno ritenuto di omologare il superamento della autorità del giudicato facendo leva sui limiti soggettivi, come se titolare del credito al recupero dell'aiuto di stato fosse al postutto la Commissione o la UE stessa, allora senz'altro terza rispetto al processo nazionale e non vincolata dal suo esito finale. Il giudicato di condanna al pagamento dell'aiuto di stato, peraltro, seppure idoneo a proiettare una efficacia conformativa in un ipotetico giudizio di ripetizione dell'indebito, non parrebbe invece idoneo a precludere l'accoglimento di un'azione recuperatoria "titolata", fondata su una decisione della Commissione UE che, con efficacia costitutiva, innovi la realtà giuridica ed imponga allo Stato di neutralizzare gli effetti economici del sussidio alle imprese. Sia essa anteriore o sopravvenuta al giudicato nazionale. Il credito restitutorio dello Stato, avente titolo nella decisione della Commissione non impugnata, dove non speso nel processo condannatorio promosso dalla impresa, rimane impregiudicato. Al fondo del caso, però, il diritto processuale nazionale – nel non prevedere ad es. l'intervento obbligatorio del p.m. nelle cause che abbiano ad oggetto sussidi alle imprese – non garantisce un processo rispettoso degli effetti della decisione della Commissione, che il giudice nazionale non avrebbe potuto acquisire al processo attivando i suoi poteri istruttori officiosi (es. ex art. 213 c.p.c.), non avendone le parti di quel processo neppure mai allegato la esistenza¹².

¹¹ C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 224 ss.

¹² Non intendo soffermarmi sul complesso quadro regolatorio che, dopo la pronuncia *Lucchini*, prevede l'assoggettamento delle liti di impugnativa degli atti di recupero di aiuti di stato illegittimità alla giurisdizione speciale tributaria ex art. 47-bis d.lgs. 546/1992, introdotto dall'art. 2 d.l. 8 aprile 2008, n. 59 conv. l. 6 giugno 2008, n. 101 e sulla questione della abrogazione implicita di tale disposizione ad opera dell'art. 133 c.p.a., così come modificato nel 2012, mediante la introduzione di una nuova lettera z-sexies alla cui stregua sono devolute alla giurisdizione del g.a. tutte le controversie relative ad atti e provvedimenti che concedono aiuti di stato in violazione dell'art. 108 TFUE e su cui M. MONTANARI, *sub art. 47-bis*, in C. CONSOLO, G. GLENDI, *Comm. breve alle leggi del processo tributario*, Milano, 2023, 648 ss.

Nel caso *London Steamship Owners*¹³, parimenti, si è detto che il provvedimento del giudice inglese con cui si pretenda di ammantare della autorità di giudicato togato un lodo arbitrale domestico (c.d. *judgment upon award*) in soperchia violazione delle regole sulla giurisdizione e sulla litispendenza comunitaria, se anche il diritto processuale interno glielo consenta, non può poi (pretendere di) assurgere a “decisione” capace di impedire il riconoscimento e la esecuzione di un giudicato togato proveniente da un altro Stato membro UE ai sensi dell’art. 34, Reg. 44/2001.

Nel caso *Banco Desio*, infine, la Corte UE ha detto a chiare lettere che il decreto ingiuntivo pronunciato a favore del professionista quantunque non tempestivamente opposto dal consumatore, non può impedire al giudice della esecuzione di rilevare la vessatorietà delle clausole contenute nel titolo negoziale del credito monitoriamente azionato se queste non abbiano potuto formare oggetto di esame nella fase monitoria che ha preceduto la pronuncia della ingiunzione di pagamento. Il superamento del giudicato calato sulla esistenza del credito neppure qui è dovuto alla constatazione di un grave errore di giudizio, tanto meno di un esiziale *error in procedendo* su una pregiudiziale “fondante”, quanto sul semplice rilievo che le stesse norme processuali nazionali – cioè l’art. 633 c.p.c. – consentono la pronuncia di un decreto ingiuntivo senza imporre al giudice nazionale veruna verifica circa il rispetto delle norme di protezione del consumatore, ben potendo il creditore, e così la banca, ottenere una ingiunzione di pagamento – finanche subito esecutiva – senza produrre il contratto, ma esibendo un estratto conto formato dalla stessa creditrice e certificato ai sensi dell’art. 50 TUB. A chi non tenesse conto di questi cruciali profili della fattispecie, risulterà più facile prendere le distanze dagli arresti sin qui passati in rassegna e tacciare la Corte UE di superficialità¹⁴.

¹³ Corte UE, 22 giugno 2022, C-700/2020, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 234 ss., con nota di M. STELLA, *Judgment on the award e conflitto tra decisioni nel Reg. CE Bruxelles I*. Nella fattispecie, a seguito del naufragio della petroliera *Prestige* al largo della costa iberica, lo Stato spagnolo danneggiato, costituitosi parte civile nel processo penale a carico dell’armatore, proponeva azione diretta contro l’assicuratore inglese del vascello. Per tutta risposta, l’assicuratore conveniva lo Stato spagnolo in un arbitrato, con sede a Londra, per far accertare da un arbitro unico l’efficacia della clausola compromissoria anche nei confronti del terzo danneggiato e l’inesistenza del credito vantato dalla parte pubblica, in ragione della clausola *pay to be paid*, che subordinava la nascita del credito all’indennizzo al previo risarcimento della vittima da parte dell’assicurato. Ottenuto l’accoglimento delle sue domande, l’assicuratore vittorioso in arbitrato si affrettava a chiedere al giudice inglese di recepire il contenuto del lodo in sentenza, ai sensi della Section 66(2) Arbitration Act 1996. Disposizione in base a cui «judgment may be entered in terms of the award». Per fondato timore del sopraggiungere di una condanna a favore della parte civile nel processo spagnolo, suscettibile di riconoscimento ed esecuzione nel Regno Unito.

¹⁴ Nella recente disamina, culminata anche in un’opera monografica, di una studiosa francese prevale lo scetticismo verso la giurisprudenza della Corte UE. Secondo questa A. “the Court is refusing, or unable, to engage in a sufficiently convincing way with domestic procedural systems. The case law on these issues lacks consistency, be it with regard to the level of detailed engagement with national law, or to the (lack of) effort put into justifying the requirements placed on Member State courts”: A. TURMO, *A new chapter in the saga of national res judicata and the effectiveness of EU Law: Confirming the trend towards increasing encroachments upon domestic procedural law*, in *EU Law Live*, 2022; EAD., *Res Judicata in European Union Law. A Multi-faceted Principle in a Multilevel Judicial System*, Granada, 2022.

La fattispecie di *Banco Desio*, tuttavia, non presenta analogie con la casistica relativa alla tenuta degli effetti di sentenze passate in giudicato o di lodi non impugnati affetti da *errores in iudicando* per violazione o falsa applicazione di norme di ordine pubblico comunitario, quali considerati dalla Corte UE nei celebri casi *Eco Swiss* e *Asturcom*. Pregiudicato ed inibito dalle norme processuali che impongono la pronuncia di una ingiunzione di pagamento senza necessità di previo e completo esame della fattispecie genetica del credito, è qui, a monte, lo stesso potere-dovere di rilevazione officiosa (della violazione) di norme di ordine pubblico comunitario¹⁵.

8. Riflessi sul piano della cognizione del giudice della esecuzione del lodo

Si dirà a questo punto che il giudice dell'esecuzione non ha poteri cognitori e che ogni vizio o ingiustizia del titolo esecutivo giudiziale avrebbe dovuto essere fatto valere con le impugnazioni ordinarie o straordinarie eventualmente previste dall'ordinamento.

Quest'ordine dei rilievi ci pare fuorviante, per l'ottima ragione che il giudice di esecuzione uno spazio cognitivo lo deve pur sempre mantenere non foss'altro per sincerarsi che il titolo esecutivo che fonda il suo processo e l'azione esecutiva risponda ai *requisiti formali* previsti dall'ordinamento. Il giudice dell'esecuzione, infatti, anche quando il processo esecutivo prenda abbrivio da un titolo esecutivo giudiziale conserva intatto il potere-dovere di dichiarare improcedibile l'esecuzione per inefficacia originaria o sopravvenuta, in tutto o in parte, del titolo esecutivo. Fermo poi che l'accertamento della inefficacia, in tutto o in parte, del titolo esecutivo da parte del g.e. esaurisce la sua efficacia nell'ambito del processo esecutivo pendente (Cass. Sez. III, 3 settembre 2019, n. 21996).

Ora, abbiamo visto che l'Art. 54 Conv. ICSID prevede che lo Stato contraente deve trattare il lodo arbitrale *come se* fosse un giudicato nazionale. Ebbene, la omologia, convenzionalmente postulata, tra lo statuto del lodo ICSID e il giudicato nazionale dà licenza a un'ulteriore considerazione: si è visto che il giudicato nazionale, in base agli obblighi che discedono dalla appartenenza degli Stati membri alla UE, sottosta ad una riserva di sindacato residuale in alcune ipotesi di tensione tra la autonomia procedurale degli Stati membri, da un lato, ed i

¹⁵ Come si è cercato di illustrare in M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 2022, 2126 ss. La ardua "omologazione" del *dictum* della CGUE, imperniata dalle Sez. Un. sulla opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c., con termine *ope iudicis* assegnato al debitore, di rincalzo, proprio dal g.e. quale "sentinella" del rispetto del diritto unionale, è dopotutto comprensibile soprattutto in chiave di contemperamento degli interessi del creditore. Se si fosse accolta la tesi della nullità radicale del titolo esecutivo, il creditore non solo avrebbe perso l'azione esecutiva; ma avrebbe verosimilmente dovuto promuovere un processo ordinario di condanna all'adempimento, col rischio magari di sentirsi opporre in quella sede il *bis in idem* da parte del debitore ingiunto. La soluzione della opposizione tardiva "ricarburata" (C. Consolo), pare dunque solo fino a un certo punto frutto di creazionismo e savio esercizio di pragmatica giudiziaria delle Sezioni Unite.

principii che regolano i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario materiale, dall'altro lato¹⁶.

Si tratta di quelle ipotesi in cui venga in gioco la applicazione di norme di ordine pubblico comunitario sostanziale (es. il diritto dei consumatori) o processuale (il sistema di riparto della competenza giurisdizionale di cui ai Regg. Bruxelles I e I-bis ad esempio) o del Trattato UE (dove questo attribuisca determinate competenze esclusive alla Commissione europea in materia di aiuti di stato, ma anche di repressione di illeciti anticoncorrenziali per effetto di condotte unilaterali di imprese dominanti o di accordi di cartello *inter privatos*: art. 16 Reg. 1/2003). Si tratterà dunque, in occasione della esecuzione di un lodo internazionale di investimento, lungi dal potere i tribunali o – se lodo ICSID – la Corte d'appello sindacare la giurisdizione degli arbitri, di ammettere che il giudice togato possa, per la prima volta, per dovere di leale collaborazione, provocare l'incidente interpretativo ai sensi dell'art. 267 TFUE, quando appaia plausibile, sulla base dell'esame della motivazione del lodo, che la attuazione del lodo di investimento rischi di entrare in conflitto con competenze esclusive della Commissione o di minare norme di ordine pubblico comunitario.

Sui giudici nazionali, in materia di aiuti di Stato, grava infatti pur sempre l'obbligo di interpretare e applicare la nozione di "aiuto", di cui all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, pur se non sono competenti a statuire sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno, poiché quest'ultima valutazione rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice dell'Unione. Dunque la Corte d'appello, quale giudice della esecuzione (o della opposizione alla esecuzione) del lodo ICSID, dovrà ritenersi in potere di devolvere alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale interpretativa – siamo infatti al di fuori di una genuina controversia sugli aiuti di stato, in difetto di qualsivoglia provvedimento amministrativo o impositivo, concessorio o recuperatorio dell'aiuto, impugnato dal privato – attinente al se il diritto unionale impedisca di dare esecuzione a una condanna a carico dello Stato per le motivazioni compiute dagli arbitri. In analogia, peraltro, a quanto *de iure condito* previsto dalle norme nazionali (art. 47-bis d.lgs. 546/1992; art. 133, lett. z-sexies, c.p.a.) che specificano le condizioni dell'esercizio del potere di rinvio pregiudiziale in capo ai giudici tributari e amministrativi nei giudizi di impugnazione degli atti di concessione o di recupero di aiuti di stato. E senza che il giudicato arbitrale precluda l'esercizio di tale potere-dovere, in quanto quel giudicato è ottenuto all'esito di un procedimento inidoneo a garantire

¹⁶ Profilo penetrantemente indagato da D. U. GALLETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, spec. p. 48, dove la A. ricorda che la Corte UE, sin dalla pronuncia *Milchkontor* del 21 settembre 1983, nelle cause riunite da C-205 a C-215/82, invero, aveva ribadito che le controversie relative alla restituzione degli aiuti di stato illegittimamente corrisposti vanno bensì affidate alla giurisdizione nazionale e risolte dai giudici degli Stati membri, fatti però salvi i limiti posti dal diritto comunitario, nel senso che "le formalità stabilite dal diritto nazionale non devono risolversi nel rendere praticamente impossibile l'attuazione della normativa comunitaria e che l'applicazione delle norme interne deve avvenire in modo non discriminatorio rispetto ai procedimenti intesi alla definizione di liti dello stesso tipo, ma puramente nazionali" (punto 19 motivazione).

l'applicazione del diritto unionale e l'attivazione del rinvio pregiudiziale interpretativo. Dissentirei perciò dal *dictum* di Cass., Sez. trib., 7 aprile 2025, n. 9094¹⁷, che ha riconosciuto l'intatto potere del giudice tributario della ottemperanza di rilevare la contrarietà del giudicato tributario di annullamento del silenzio-rifiuto opposto dalla A.F. alla istanza di rimborso formulata dal contribuente rispetto a una decisione della Commissione che abbia qualificato come aiuti di stato illegittimi le agevolazioni fiscali alle imprese per calamità naturali.

Senza salti concettuali, un'ultima considerazione attiene all'arbitrato, non più quello di investimento ma quello societario. Di recente la Sezione I della Cassazione italiana ha ritenuto valida la clausola compromissoria statutaria che rimetta ad arbitri esteri la risoluzione delle liti societarie¹⁸. Oltre ad avere la Cassazione ha imperniato il ragionamento su un opinabile e labile distinguo tra norme processuali derogabili e inderogabili, dimenticandosi che Cass., Sez. Un., 9 maggio 2016, n. 9341 aveva invece ribadito "la natura sostanziale e non meramente processuale della regola posta dal novellato art. 829, terzo comma, c.p.c.", la Sezione I ha rimarcato la necessità di promuovere la c.d. cultura dell'arbitrato. Così, la Cassazione finisce per accettare che lo statuto di una società di capitali possa tranquillamente fissare in Svizzera, piuttosto che in Cina, la sede degli arbitrati societari, appagandosi del fatto che, comunque, un minimo controllo *a posteriori* sulla conformità del lodo all'ordine pubblico italiano potrà comunque essere volto in sede di (opposizione al) riconoscimento del lodo estero. Non sembra avere alcun peso, nella economia della decisione, il grave *vulnus* al principio di effettività del diritto unionale (eminentemente rilevante proprio in ambito societario), insito nella sottrazione delle liti societarie alla giurisdizione, eventualmente anche solo nella fase impugnatoria del lodo, dei giudici togati. L'invito è dunque tornare a riflettere, alla luce del grintoso cambio di marcia della Corte di Giustizia, sulle implicazioni del principio di effettività e diritto processuale nazionale. Ne abbiamo qui lumeggiato appena un frammento.

Marcello Stella

Associato dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

¹⁷ Non emerge, peraltro, dalla motivazione della Cassazione, se la esistenza della Decisione della Commissione fosse stata portata a cognizione del giudice tributario nel processo di merito di annullamento del diniego del rimborso dei tributi versati dalla impresa contribuente.

¹⁸ Cass., sez. I, 4 aprile 2025, n. 8911 in *Giur. it.*, 2025, 1778 ss., con note cautamente adesiva di A. ROMANO e fortemente e reputo giustamente critica di G. VERDE.



GIUSEPPE DELLA PIETRA

Uno spettro si aggira per l'Italia: la sentenza a contraddittorio non integro

La Cassazione nega rilievo al difetto d'integrità del contraddittorio quando non vi sono ragioni per accogliere nel merito l'impugnazione. Il saggio prova a mostrare che l'indirizzo, ispirato dalle istanze di economia e di durata ragionevole, in realtà tradisce ambo le aspirazioni perché incapace di risolvere definitivamente la contesa fra i litiganti.

The Court of Cassation deems the violation of the compulsory joinder of parties to be irrelevant when the appeal is meritless. The essay attempts to show that this approach, inspired by economic and reasonable time needs, actually betrays both aspirations because it is incapable of definitively fix the dispute between the litigants.

Sommario: 1. La svolta della Cassazione in punto di litisconsorzio necessario. – 2. Fallacia delle ragioni a base del nuovo indirizzo. – 3. Il motivo recondito. – 4. L'auspicato ritorno all'antico.

1. La svolta della Cassazione in punto di litisconsorzio necessario

C'era una volta una Repubblica in cui il rilievo in sede d'impugnazione, anche in Cassazione, del difetto d'integrità del contraddittorio imponeva l'annullamento della sentenza e la rimessione della causa nel grado in cui si era verificato il vizio; e ciò senza se e senza ma, chiunque fosse stato l'autore della svista, da chiunque fosse stato promosso il gravame, chiunque (parte o giudice) avesse rilevato il difetto, sol che la mancanza del litisconsorte fosse emersa prima del passaggio in giudicato della decisione¹.

L'orizzonte di questa visione era nitido. La sentenza a contraddittorio non integro è *inutiliter data*: si volge, cioè, a regolare una fattispecie astratta del tutto scollata da quella reale e di fatto inesistente, con l'effetto che la sentenza non riveste alcuna utilità, neppure per le parti teoricamente vittoriose. In conseguenza, ciascuno dei litiganti (parte o pretermesso) può spendere in un nuovo giudizio la stessa vicenda, affinché sia finalmente regolata nella sua compiutezza anche soggettiva.

Quel Paese, almeno per la Cassazione, non esiste più. Il principio di ragionevole durata, l'istanza di economia dei giudizi, il contrasto all'abuso del processo, il richiamo ai principi di lealtà e probità, una lettura spinta dell'interesse ad agire (e a impugnare) inducono ormai la

¹ Tracce di questo indirizzo si trovano ancora in Cass., 2 febbraio 2024, n. 3134; Cass., 20 febbraio 2023, n. 5287; Cass., 31 marzo 2022, n. 10361; Cass., 15 luglio 2021, n. 20243; Cass., 22.2.2021, n. 4665; Cass., 5 novembre 2020, n. 24639; Cass., 12 marzo 2020, n. 7040. In dottrina, per tutti, G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, p. 210 ss.

suprema Corte a escludere quell'approdo, le volte in cui la sentenza registri esito sfavorevole alla parte che fa valere il vizio².

Adducono i massimi giudici che, nel caso, l'annullamento della sentenza non sarebbe di alcuna utilità né per le parti pretermesse, né per la parte soccombente. Non per le prime, atteso che la sentenza già accorda loro la palma della vittoria; non per il secondo, che, in ragione dell'esito sfavorevole, non ha motivo di dolersi dell'inopponibilità della sentenza ai litisconsorti lasciati fuori. Residuerebbe, per il soccombente, la mera aspirazione alla ripetizione del giudizio, con l'auspicio che la riapertura della partita davanti a nuovi giudici sortisca esito diverso e migliore di quello attinto a contraddittorio non integro. Questo, però, per la Cassazione, non è interesse meritevole di tutela, tanto più quando la mancanza del litisconsorte necessario poteva ben essere colta dalla parte soccombente, che, in questo caso, è sospetta di averla capziosamente taciuta nella prospettiva di servirsene *secundum eventum*, e perciò è tanto più immeritevole di giovare in sede d'impugnazione.

In questo clima, la censura volta a far valere il difetto d'integrità del contraddittorio, lungi dal sortire gli effetti dissolutivi degli artt. 383 e 354 c.p.c., si stima inammissibile, perché volta a piegare la figura del litisconsorzio a una finalità strumentale che la lettura degli istituti processuali in chiave costituzionalmente orientata non può (più) consentire.

Fine dei giochi, vien da dire. Chi nascondeva nella manica l'asso del litisconsorte pretermesso³ per ribaltare il tavolo all'ultima partita è servito. Quella carta, ormai neutralizzata dalla Cassazione, non gli servirà più.

Sia concesso, nel solco di chi si è già autorevolmente espresso sulla vicenda⁴, dissentire da questo indirizzo.

2. Fallacia delle ragioni a base del nuovo indirizzo

Fallaci, a mio avviso, sono le basi del ragionamento che conduce a negare rilievo al difetto d'integrità del contraddittorio in caso di esito del giudizio sfavorevole a chi deduce il vizio.

Vuole la Cassazione che, in questo caso, la nullità della sentenza è esclusa dall'inutilità dell'integrazione verso i pretermessi che, vittoriosi nel giudizio a contraddittorio manchevole, non possono che gioire della sentenza pur resa senza la loro partecipazione.

La prospettiva è falsata per più aspetti.

² Cass., 14 dicembre 2024, n. 32519; Cass., 28 giugno 2024, n. 17893; Cass. 14 marzo 2024, n. 6815; Cass., 13 luglio 2023, n. 20091; Cass., 24 gennaio 2020, n. 1630; Cass., 26 settembre 2019, n. 24071, in *Corr. giur.*, 2020, 10, p. 1258, con nota di B. ZUFFI, *L'abuso dell'abuso del processo: la Cassazione disapplica l'art. 102 c.p.c., invocando il «prisma dell'interesse ad agire» e l'obbligo di lealtà e probità* e postilla di C. CONSOLO, *Vera nullità se violato l'art. 102 c.p.c. ma con qualche finesse nel fissare le parti davvero necessarie*; Cass., 30 gennaio 2009, n. 2461.

³ Fra i casi più frequenti, quello della parte che fino alle soglie della Cassazione tace di essere in regime di comunione con l'altro coniuge che, perciò, è contitolare dei beni contesi e litisconsorte necessario nelle liti che li concernono.

⁴ V. le note di Zuffi e Consolo cit. *supra*.

In primo luogo, assumere che la sentenza sfavorevole alla parte che si duole del vizio sia per ciò solo, e senz'altro, utile per il litisconsorte pretermesso postula una valutazione in chiave oggettiva dell'esito del processo che nella realtà non si dà. Non perché, a prima vista, il pretermesso si contrappone al soccombente, già per questo può concludersi che la pronunzia, infausta per il secondo, sia giovevole per il primo.

L'indagine sul *gradimento* della sentenza in capo al pretermesso non può essere svolta in via astratta e preventiva, perché involge scelte personali che sono insondabili per il giudice e che restano rimesse al foro interno della parte. Una decisione che rigetta la domanda dell'attore verso i litisconsorti, benché all'apparenza sfavorevole al primo e favorevole ai secondi, potrebbe non esserlo per i pretermessi, i quali, appunto perché estranei a quel giudizio, non hanno potuto esprimersi sulla domanda dell'attore⁵.

Sta in ciò, a mio giudizio, il vizio di prospettiva della Corte. Non esiste un esito della lite che può dirsi *a priori* senz'altro profittevole per il litisconsorte pretermesso. Solo la parte ritualmente convocata può prendere posizione sulla domanda dell'attore, al limite anche esprimendo indifferenza con la contumacia. Nel silenzio imposto dalla pretermessione, invece, non è dato ricavare che la sentenza, sol perché ha dato torto all'attore, soddisfa in pieno tutti i litisconsorti, anche quelli che, appunto perché tralasciati, non sono stati posti in grado di esprimersi.

Né è dato al giudice di discernere, fior da fiore, quando la sentenza è senz'altro favorevole al litisconsorte pretermesso e quando residuano margini per dubitare che l'esito gli sia gradito. Si tratta di un apprezzamento nel quale possono convergere mille fattori, anche personali, sovente inconoscibili e, comunque, non valutabili da altri che non sia la parte la quale, regolarmente citata, deve poterli spendere costituendosi, o consapevolmente tacerli restando contumace. Con il riflesso che, ove non convocata, non è dato al giudice di sostituirsi al litisconsorte pretermesso per ascrivergli un giudizio di *favorevolezza* della sentenza che da nulla può inferirsi. E, del resto, non su questo discernimento riposa la soluzione della Cassazione, che discorre di pronunzia favorevole *tout court*, sol perché in chiave formale il pretermesso si contrapponeva all'attore che ha visto respinta la sua domanda, senza margini di deliberazione da parte del giudice.

S'innesta in tal punto il secondo fattore di dissenso con l'argomento della suprema Corte. Non sempre in materia di litisconsorzio è possibile scorgere una contrapposizione fra l'attore, da una parte, e i litisconsorti dall'altra. Talora il contrasto è di tutti contro tutti o, se si vuole, neppure vi è conflitto, ma armonia d'intenti verso lo scopo comune, sia pur perseguito con

⁵ Si dia il caso in cui il condòmino evochi gli altri condòmini per sentir accertare l'usucapione del terrazzo condominiale. Il condòmino pretermesso potrebbe aver interesse a sentir riconosciuta la proprietà in capo all'attore onde ridurre le spese di riparazione a carico del condominio. O si faccia l'ipotesi che, nell'azione surrogatoria, il debitore surrogato, ma pretermesso, desideri che la domanda del creditore surrogante venga accolta, in modo da chiudere definitivamente ogni partita sia a monte col suo creditore, sia a valle col suo debitore.

l'idea di far valere al meglio il proprio diritto⁶. In questi casi, l'argomento della Cassazione non soccorre, perché non può sancirsi neppure in prospettiva astratta che la sentenza giovi al pretermesso. L'omogeneità delle posizioni esclude che quella pronunzia si possa stimare benefica per il pretermesso e sfavorevole per chi, nel proporre la domanda, ha ommesso di evocarlo in giudizio.

Certo, esistono liti in cui all'attore solitario si oppone un manipolo di litisconsorti necessari che, dal punto di vista oggettivo, formano un unico centro d'interessi. Già, però, dover distinguere fra casi in cui la contrapposizione esiste e casi in cui il contrasto si diluisce nella convergenza dei litisconsorti allo scopo comune mostra la corda di un criterio che, se non vale per tutti i casi, non può assurgere a regola generale.

3. Il motivo recondito

La debolezza delle ragioni che escludono l'interesse del pretermesso alla riapertura del processo fa nascere il sospetto che il motivo portante del diniego stia dal versante del ricorrente. Chi impugna non meriterebbe di rigiocarsi la partita perché il suo interesse non sorge da una lesione del diritto di difesa o del contraddittorio, ma dalla mera speranza che il nuovo giudizio attinga un esito diverso da quello appena celebrato⁷. Di qui l'inammissibilità di una censura che (questo il retropensiero) l'impugnante avrebbe anche potuto evitare, sol che avesse prestato più attenzione al novero dei litisconsorti, e – si può sospettare – abbia perfino conosciuto per tempo e artatamente celato per riservarsela in caso di esito negativo del grado in cui è resa la decisione impugnata.

In tal punto il mio dissenso dall'indirizzo della Corte è ancor più reciso.

L'aspirazione a rinnovare il giudizio al solo fine di conseguire un risultato diverso e migliore non è, ritengo, la deplorable evenienza che, con il consueto richiamo alle esigenze di economia processuale, al principio di ragionevole durata, alla lettura funzionale e antiformalistica delle norme processuali, la Cassazione vuol far passare. Colui che denuncia in sede di legittimità il difetto di un litisconsorte necessario combatte per guadagnarsi una *chance*, e il fine, a mio avviso, non merita la censura che il S.C. gli riserva.

A ben riflettere, l'anelito a sovvertire l'esito della lite in virtù della sola circostanza che il giudizio si ripete (perfino a bocce ferme: si pensi all'art. 345 c.p.c.) non solo non è così inusitata, ma direi che è connaturata al giudizio d'impugnazione. A voler portare alle estreme, ma naturali conseguenze l'idea della Corte, neppure l'appello dovrebbe essere ben visto, quante volte (e son le più frequenti) l'appellante aspiri a conseguire una diversa decisione sulla

⁶ Si pensi, per tutte, alla domanda di scioglimento della comunione.

⁷ È, a ben leggere, lo stesso spirito alla base ieri dell'indirizzo del S.C., oggi dell'art. 37 c.p.c., che vietano all'attore soccombente di far valere in sede d'impugnazione il difetto relativo di giurisdizione: non è dato – questo il sottotesto – a chi avrebbe potuto scegliere con più cura il giudice della causa, di spendere il vizio per riguadagnare un grado di giudizio in forza del proprio errore: così già B. ZUFFI, *op. cit.*, p. 1265 e C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 1271.

base del materiale raccolto in primo grado. Pur qui l'impugnante ambisce a una mera ripetizione del giudizio sulla base dello stesso materiale di causa, ma la "speranza" (come la definisce la suprema Corte) è, se non costituzionalizzata, senz'altro garantita a livello di fonte ordinaria.

Né il discorso è diverso nei casi in cui, con l'appello, si faccia valere un vizio in rito. In disparte l'opinione di chi scrive sul principio di offensività (o di effettività del pregiudizio, come lo chiama la Cassazione), nella prospettiva del S.C. non si avrebbe interesse a dedurre, già in appello, l'errore processuale che non implica rimessione al primo giudice, perché la conseguente nullità non accorda alcun beneficio a chi spende il vizio, tenuto comunque a dedurre anche l'errore sul merito. Men che meno avrebbe senso dedurre il difetto che implica rimessione, nel quale è insito (dall'angolo visuale della parte che fa valere il vizio) lo scopo di mera ripetizione del primo grado, nella sola speranza che il giudice ci ripensi o, ancor meglio, che il diverso giudice eventualmente designato esiti una decisione opposta.

Insomma, ragionevole durata, economia dei giudizi, abuso del processo si svelano sempre più spiriti che aleggiavano incorporei sul processo, ma pronti a prender forma se si tratta d'imprimere agli istituti una virata forse da quel dì auspicata, ma oggi resa possibile da un neomalthusianesimo giudiziario che, a parità di risorse, punta a una definizione intesa come chiusura purchessia della vicenda processuale, più che come soluzione definitiva della lite.

4. L'auspicato ritorno all'antico

Sta nell'ultimo inciso, a mio parere, il vero punto debole della deriva efficientista in punto di litisconsorzio necessario.

La parte che intende dolersi del difetto d'integrità del contraddittorio è senz'altro, in chiave soggettiva, colei che aspira egoisticamente a demolire la sentenza e a riaprire il fronte delle ostilità in appello. In chiave oggettiva, però, chi impugna mira a conseguire una regolamentazione utile della vicenda concreta, di là dal se, come e quando si sia potuto accorgere della mancanza di un litisconsorte. Chi lamenta la mancanza della parte necessaria denuncia che la sentenza non ha la capacità di regolare il rapporto sottostante perché governa una fattispecie solo all'apparenza corrispondente a quella effettiva, ma nella sostanza inesistente, in quanto declinata in giudizio senza la partecipazione di un suo terminale soggettivo necessario⁸.

Parrà paradossale, ma è proprio quel ricorrente a lavorare per l'efficienza, l'economicità e la durata il più possibile ragionevole del processo. Con la sua impugnazione punta a far sì che sul tronco del giudizio già pendente s'innesti una sentenza utile per tutti i titolari del rapporto, di là dal fatto che l'impianto delle impugnazioni (e, segnatamente, il requisito dell'interesse) rimette a lui, sconfitto in appello, il compito di denunciare il vizio. La scelta opposta (oggi

⁸ Così anche B. ZUFFI, *op. cit.*, p. 1266 ss. e C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 1271.

indotta dalla Cassazione, di astenersi dalla censura) abbrevia senz'altro la durata del processo (di quel singolo processo), favorendo persino l'immediato passaggio in giudicato della sentenza, ove non censurabile per altre ragioni. Schiude, però, la possibilità di far valere in un nuovo, distinto giudizio l'inutilità del provvedimento formalmente passato in giudicato (o, se impugnato per altri profili, comunque esecutivo), ma avente a oggetto un rapporto inesistente, e perciò incapace di vincolare le parti alle sue statuizioni.

Ecco il punto critico dell'indirizzo qui discusso. Sottrarre al soccombente il potere di spendere in Cassazione la mancanza del litisconsorte necessario, è soluzione sì funzionale all'economia dei giudizi e alla durata ragionevole dei processi, ma all'essenziale condizione di concepire la sentenza a contraddittorio non integro come idonea comunque a regolare efficacemente il rapporto sottostante. La preclusione che in questa prospettiva promanerebbe dal giudicato varrebbe, in un colpo solo, a sanare il vizio, a rendere utile l'intero giudizio e a impedire che la stessa vicenda possa impegnare altro giudice in un nuovo processo.

Simile esito, però, non è mai dichiarato dalla Cassazione, e francamente non pare prospettabile. Segnatamente nei casi di litisconsorzio *secundum tenorem rationis* (ma, per le considerazioni di cui al superiore § 1, l'approdo non mi pare diverso anche per le altre specie di litisconsorzio necessario⁹), non è concepibile che la sentenza a contraddittorio non integro spieghi efficacia vincolante non solo per il litisconsorte pretermesso e le altre parti ipoteticamente vittoriose, ma neppure per colui che, soccombente in appello, vorrebbe dedurre il vizio in Cassazione e se ne vede interdetta la possibilità. Lo scollamento fra il rapporto come malamente sciorinato nel giudizio e quello effettivamente intercorrente fra tutti i titolari impedisce che il provvedimento possa riuscire utile per nessuna delle parti del rapporto, con l'effetto che chiunque, fra esse, può introdurre nuovamente il medesimo giudizio (questa volta fra le giuste parti), tanto più colui che oggi si vede interdetto il ricorso in Cassazione, ma domani potrà resistere al tentativo di far valere via esecutiva la sentenza deducendone in un nuovo giudizio l'inutilità, verosimilmente con le forme dell'opposizione all'esecuzione.

Da questo angolo visuale, la scelta operata dalla Cassazione pare francamente scentrata rispetto all'obiettivo. Negare al soccombente di dedurre in Cassazione la mancanza del litisconsorte necessario appaga senz'altro i giudici della causa, che così disinnescano l'esplosivo che la parte ha semmai celato per l'intero processo e deciso di attivare solo in ultima istanza. Comporta, però, che il vizio, tutt'altro che dissolto, séguiti a minare la sentenza, solo

⁹ Restringe, invece, l'inservibilità della sentenza a contraddittorio non integro ai soli casi di litisconsorzio determinato da ragioni di ordine sostanziale, G. BALENA, *Diritto processuale civile*, I, Bari, 2025, p. 213.

all'apparenza integra, così lasciando intatto un nodo che, non sciolto in quel giudizio, viene soltanto rinviato a un nuovo, prossimo contenzioso fra tutte le parti¹⁰.

Se davvero si vuole operare contro la proliferazione delle cause e la lunga durata dei processi (di tutti i processi), non resta che tornare all'antico: il difetto d'integrità del contraddittorio induce la cassazione della sentenza in ogni caso, comunque sia emerso e da chiunque denunciato¹¹. Con buona pace della coscienza del singolo giudice, che non potrà più illudersi di aver lavorato per il sistema sol perché ha neutralizzato un vizio che si ripresenterà tal quale nel nuovo giudizio che qualcuno avrà senz'altro ragione di promuovere. E con profitto dell'istanza di concentrazione, perché è senz'altro più efficiente concludere più tardi, ma utilmente un unico giudizio che non definirne immediatamente uno con la probabilità (che rasenta la certezza) che domani qualcuno dei contendenti ne aprirà altro identico.

Giuseppe della Pietra

Ordinario dell'Università degli studi di Napoli Parthenope

¹⁰ Con il pernicioso effetto, rimarcato da C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 1271 s., che ove la domanda sia soggetta a un termine di decadenza, l'avvio di un nuovo giudizio sarà ormai precluso dal maturare di quel termine, quando, invece, la rinnovazione del giudizio conserva all'attore l'effetto impeditivo della domanda originaria.

¹¹ L'inversione di tendenza sembra impressa da Cass., SS.UU., 29 agosto 2025, n. 24172, che annovera espressamente il difetto d'integrità del contraddittorio fra i vizi relativi a questioni «fondanti» insuscettibili di dar luogo a giudicato implicito e, perciò, rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado.



ALESSANDRO CARISSIMO

Riflessioni sull'art. 700 c.p.c., (anche) alla luce della riforma Cartabia

In tema di provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., la presenza di un controcredito certo, liquido ed esigibile, idoneo a integrare un'eccezione di compensazione, vantato dal resistente, esclude la sussistenza del *fumus boni iuris* dell'asserito inadempimento, impedendo la concessione della misura cautelare volta ad ottenere l'anticipazione degli effetti restitutori della risoluzione del contratto di affitto di azienda.

(Tribunale Avezzano, ord., 27/01/2025)

Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. consente di ottenere qualcosa in più e di diverso dal sequestro giudiziario, giacché, mentre con la tutela anticipata degli effetti restitutori ex art. 700 c.p.c. ci si assicura la pronta disponibilità della partecipazione societaria e di conseguenza il pieno esercizio dei diritti connessi (patrimoniali ed economici), il sequestro giudiziario ex art. 670 c.p.c. assolve la funzione cautelare limitata alla mera conservazione statica del bene, con esercizio dei diritti connessi alla partecipazione da parte di un custode giudiziario.

(Tribunale Brescia, sez. impr., ord., 10/02/2025)

In tema di appalto, è ammissibile la domanda cautelare di rilascio del cantiere proposta dal committente nei confronti dell'appaltatore che, senza giustificato motivo, abbia sospeso i lavori oltre il termine essenziale pattuito per il loro completamento, comportando così la perdita di benefici fiscali rilevanti (*Superbonus 110%*) e arrecando pregiudizi economici e strutturali al cantiere; tale condotta integra un grave inadempimento idoneo a fondare la risoluzione del contratto ex art. 1454 c.c. e giustifica l'urgenza del provvedimento ex art. 700 c.p.c. finalizzato a consentire il completamento dei lavori con altro operatore.

(Tribunale Firenze, ord., 11/03/2025)

In tema di provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., la presenza di rifiuti e macerie abbandonati dall'appaltatore in area condominiale integra sia il *fumus boni iuris* sia il *periculum in mora*, configurato dal rischio attuale per la sicurezza, la salubrità e la fruizione delle parti comuni, nonché dall'intralcio alla prosecuzione dei lavori. Ne consegue l'ammissibilità della domanda cautelare volta alla rimozione dei rifiuti e al ripristino dei luoghi, con applicazione di una penale ex art. 614-bis c.p.c. per ogni giorno di ritardo nell'adempimento.

(Tribunale Varese, ord., 30/07/2025)¹

¹ Per i testi integrali delle ordinanze, di cui è stata riportata soltanto la massima, v. Trib. Avezzano, ord., 27 gennaio 2025, in *Banca dati De Jure*; Trib. Brescia, sez. impr., ord., 10 febbraio 2025, in *Il caso.it*, 2025; Trib. Firenze, ord., 11 marzo 2025, in *Arch. loc. cond. e imm.*, 4, 2025; Trib. Varese, ord., 30 luglio 2025, in *Banca dati De Jure*.

Il contributo prende le mosse da alcune recenti ordinanze di merito in tema di provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., per interrogarsi sulla nozione attuale di "residualità" del rimedio atipico alla luce del nuovo assetto delineato dalla riforma Cartabia. Il lavoro ricostruisce, in chiave diacronica e sistematica, come la rielaborazione degli artt. 657 e 658 c.p.c. (non) abbia ridotto gli spazi che, nella prassi, venivano colmati proprio dall'art. 700 c.p.c. La tesi sostenuta è che la residualità non rappresenti un limite, ma una vera e propria riserva di giustizia, destinata a operare ogni volta in cui l'apparato processuale tipizzato, pur aggiornato dal legislatore, non sia in grado di soddisfare in modo adeguato e tempestivo la necessità di tutela del diritto sostanziale.

This contribution takes as its point of departure several recent first-instance orders concerning urgent measures under Article 700 of the Italian Code of Civil Procedure, in order to reassess the contemporary notion of the "residual" character of this atypical remedy in light of the framework introduced by the Cartabia reform. The article reconstructs, through a diachronic and systematic analysis, how the reconfiguration of Articles 657 and 658 c.p.c. have (not) progressively narrowed the space which, in practice, had traditionally been filled by Article 700 c.p.c. The thesis advanced is that residuality does not operate as a limitation, but rather as a genuine reserve of justice, intended to intervene whenever the typified procedural apparatus - though updated by the legislature - fails to provide an adequate and timely protection of the substantive right at stake.

Sommario: 1. Introduzione: la casistica oggetto delle ordinanze in commento. – 2. Sulla nozione di residualità. – 2.1 *Focus* sul pregiudizio imminente ed irreparabile. – 2.2 Residualità e pregiudizio imminente e irreparabile nelle ordinanze in commento. – 2.3. (ancora) Sul rapporto tra sequestro giudiziario e provvedimento d'urgenza. – 3. Un ambito d'applicazione ridotto alla luce del nuovo apparato processuale tipizzato? Gli artt. 657 e 678 c.p.c. – 3.1. (*Segue*) Sul rapporto tra il provvedimento d'urgenza e il (nuovo) procedimento semplificato di cognizione.

1. Introduzione: la casistica oggetto delle ordinanze in commento

L'insieme delle ordinanze ex art. 700 c.p.c. rese dai Tribunali di Avezzano, Varese, Brescia (sez. imprese) e Firenze compone un quadro applicativo estremamente significativo, nel quale il provvedimento d'urgenza² viene chiamato a misurarsi con situazioni fattuali molto diverse -

² Senza pretesa di completezza, si rinvia a A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza: art. 700-702 c.p.c.*, Bologna, 2016; A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Torino, 2012; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel*

affitto di ramo d'azienda, appalto edilizio, gestione di rifiuti in ambito condominiale, aumento di capitale sociale - ma attraversate da due fili rossi comuni: il problema della residualità del rimedio atipico rispetto alle misure tipiche e la definizione del pregiudizio imminente e irreparabile richiesto dalla norma.

Nel caso deciso dal Tribunale di Avezzano (ord. 27 gennaio 2025), la domanda cautelare è proposta dalla società concedente un ramo d'azienda nei confronti dell'affittuaria morosa, al fine di ottenere, in via d'urgenza, il rilascio dell'azienda stessa. Il giudice abruzzese ricostruisce con cura la fisionomia dell'art. 700 c.p.c., insistendo sul suo duplice carattere atipico e sussidiario: la norma è pensata per fronteggiare "*pregiudizi atipici*" mediante "*provvedimenti che appaiono, secondo le circostanze, più idonei*", ed è utilizzabile "*fuori dai casi regolati*", ossia quando l'ordinamento non offre misure cautelari tipiche adeguate alla situazione concreta. In questo contesto, viene espressamente affermata l'ammissibilità, in astratto, della tutela d'urgenza in tema di rilascio di azienda, ma il ricorso viene rigettato per difetto del *fumus boni iuris*: a fronte della morosità dedotta, la resistente oppone un controcredito certo, liquido ed esigibile di importo largamente superiore, allegando fatture e contratto di locazione. Il Tribunale rileva che, nella prospettiva sommaria propria del giudizio cautelare, non è possibile apprezzare il grave inadempimento ex art. 1455 c.c., sì che la carenza del *fumus* assorbe ogni ulteriore questione, compreso il *periculum*. Il provvedimento assume così un rilievo paradigmatico: da un lato riafferma, sul piano sistematico, la natura atipica e residuale

processo civile: artt. 700-702 cod. proc. civ., Napoli, 1955; G. CASSANO G., *La tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.: guida ai provvedimenti d'urgenza*, Santarcangelo di Romagna, 2016; A. PENTA, *I procedimenti cautelari d'urgenza*, Milano, 2022; L. VIOLA, *Il procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2013; G. BUFFONE, *Art. 700 c.p.c. e la procedura d'urgenza*, Santarcangelo di Romagna, 2013; P. SGUOTTI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 2018; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova 1982; G. BASILICO, *Imminenza del pregiudizio e funzione preventiva della tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 61 ss.; C. E. BALBI, voce *Provvedimenti di urgenza*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., VI, Torino, 1997; F. CARBONARA, *Limiti oggettivi dell'«anticipazione» giuridica, «strumentalità attenuata» ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di L. LANFRANCHI, A. CARRATTA, Torino 2005, p. 373 ss.; R. CONTE, *La nozione di irreparabilità nella tutela d'urgenza del diritto di credito (sviluppi giurisprudenziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 216 ss.; U. COREA, *Limiti della tutela d'urgenza anticipatoria di sentenze dichiarative e costitutive*, in *Corriere giur.*, 2015, p. 548 ss.; C. DELLE DONNE, *Linee evolutive della tutela (anticipatoria) d'urgenza nell'esperienza applicativa e in alcune scelte del legislatore: l'irrelevanza della durata del giudizio di merito e l'emancipazione dall'eseguità forzata*, in *Riv. esec. forzata*, 2014, p. 722 ss.; E. A. DINI, G. MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano 1997; L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, A. SALETTI, Milano 2015, p. 249 ss.; R. GIORDANO, *Provvedimenti di urgenza e strumentalità c.d. attenuata*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1677 ss.; R. MARTINO, *Tutela innominata d'urgenza e discrezionalità del giudice (brevi note a margine di un recente volume su "I provvedimenti d'urgenza")*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 925 ss.; R. TARANTINO, *Il periculum in mora nel sequestro giudiziario e la «sussidiarietà» della tutela cautelare atipica*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 493 ss.; F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1277 ss.; F. VERDE, *I provvedimenti di urgenza*, Padova 2005; E. VULLO, *Tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente a fondamento della domanda cautelare*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2072 ss.; ID., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. CHIARLONI e C. CONSOLO, II, Torino, 2005, p. 1249 ss.; F. FIORUCCI, *Tutela d'urgenza: ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2014.

dell'art. 700 c.p.c.; dall'altro lato mostra come, sul piano applicativo, il filtro del *fumus* resti decisivo nel selezionare le ipotesi in cui la tutela d'urgenza può effettivamente operare.

Di taglio diverso è l'ordinanza del Tribunale di Varese (30 luglio 2025), resa in materia di appalto edilizio, ma con un oggetto immediato più circoscritto: i committenti chiedono che l'appaltatore sia obbligato, in via urgente, a rimuovere a proprie spese le macerie e i rifiuti edili abusivamente depositati nel giardino condominiale, con nomina di un commissario *ad acta* in caso di inottemperanza e applicazione di una penale *ex art. 614-bis c.p.c.*

Il giudice lombardo affronta in modo puntuale il tema del *periculum in mora*, definendolo come quel pregiudizio che, se non fronteggiato "*prima*" dell'esito del giudizio di merito, non consentirebbe una piena reintegrazione del diritto leso. In questa prospettiva, non si tratta solo di valutare la gravità del danno, ma soprattutto la sua collocazione temporale rispetto ai tempi del processo. Il Tribunale, pur non soffermandosi diffusamente sulla residualità rispetto ad altri strumenti, considera implicitamente l'art. 700 c.p.c. come la via più idonea a ottenere, in tempi compatibili, il ripristino dello stato dei luoghi, evidenziando come, in situazioni di questo tipo, la tutela cautelare abbia una funzione non soltanto conservativa, ma anche ripristinatoria.

Sul versante dei rapporti societari si colloca l'ordinanza del Tribunale di Brescia, sezione specializzata in materia di imprese (10 febbraio 2025), relativa all'esercizio del diritto di opzione in un aumento di capitale: il socio ricorrente chiede un provvedimento d'urgenza per poter sottoscrivere, almeno in parte, la propria quota di aumento, a fronte del rifiuto ingiustificato da parte della società. Il giudice bresciano coglie l'occasione per una presa di posizione di grande rilievo sistematico sul rapporto tra sequestro giudiziario e art. 700 c.p.c., affermando che il provvedimento d'urgenza consente di ottenere "qualcosa in più e di diverso" rispetto al sequestro: mentre quest'ultimo assolve una funzione di mera conservazione statica del bene, con esercizio dei diritti rimesso al custode, la misura *ex art. 700 c.p.c.* è in grado di assicurare al socio la pronta disponibilità della partecipazione e, con essa, l'effettivo esercizio dei diritti patrimoniali e amministrativi connessi.

Ne emerge una nozione di residualità non rigida ma funzionale: il ricorso all'art. 700 non è escluso per il solo fatto che l'ordinamento conosca, in astratto, il sequestro giudiziario; è escluso solo quando quest'ultimo, in concreto, sia in grado di offrire una tutela altrettanto efficace e tempestiva.

Infine, l'ordinanza del Tribunale di Firenze (sez. III, 11 marzo 2025) interviene, ancora una volta, in materia di appalto edilizio, ma con un ulteriore elemento di complessità: la sospensione ingiustificata dei lavori oltre il termine essenziale pattuito comporta non solo il blocco del cantiere, ma anche la perdita dei benefici fiscali legati al Superbonus 110% e l'aggravarsi di pregiudizi economici e strutturali sull'immobile. Il giudice fiorentino ritiene fondata la domanda cautelare di rilascio del cantiere, volta a consentire al committente di proseguire i lavori con altra impresa.

In questa prospettiva, il pregiudizio imminente e irreparabile non è colto soltanto nella perdita secca del beneficio fiscale - difficilmente recuperabile in sede di merito - ma anche nel rischio di deterioramento del cantiere in stato di abbandono e nella compromissione degli equilibri economici complessivi dell'operazione. L'irreparabilità, dunque, assume una connotazione insieme economica e temporale, strettamente legata alla finestra di fruibilità del *bonus* e alla dinamica materiale dell'opera edilizia³.

Le decisioni in commento offrono, pertanto, un interessante spaccato applicativo del provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, consentendo di misurare, attraverso una necessaria e breve disamina dei concetti di "residualità" e di "pregiudizio imminente ed irreparabile", la perdurante vitalità dell'istituto, anche dopo la riforma Cartabia, la quale - attraverso la rielaborazione degli artt. 657 e 658 c.p.c. - sembra(va) destinata a ridefinirne lo spazio operativo.

2. Sulla nozione di residualità

Se si sposta lo sguardo dalle singole fattispecie decise dai giudici di merito al piano sistematico, il primo profilo che impone di essere messo a fuoco è quello della funzione residuale del provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* rispetto all'insieme delle misure cautelari nominate.

Orbene, per cogliere il ruolo effettivo del provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* è necessario partire dalla struttura complessiva del sistema cautelare codicistico. Le misure tipiche disciplinate dal codice⁴ sono costruite secondo modelli relativamente chiusi: per ciascuna di esse il legislatore definisce il tipo di situazione sostanziale protetta, individua uno specifico *periculum* che giustifica l'intervento anticipato e prefigura il contenuto tipico del provvedimento, modellato su quel particolare rischio⁵. È però evidente che un catalogo siffatto, per quanto articolato, non può ambire a coprire l'intera gamma delle situazioni in cui

³ Se si colgono nel loro insieme, queste decisioni disegnano un quadro variegato ma coerente sul piano della residualità: Avezzano si richiama al modello classico dell'art. 700 c.p.c. come rimedio atipico e sussidiario, in via generale; Brescia ne compie una lettura evolutiva, sottolineando che il carattere residuale va verificato alla luce della funzionalità concreta delle misure tipiche, non in astratto; Varese e Firenze, pur non tematizzando espressamente il problema, mostrano in controluce una residua preferenza per i provvedimenti d'urgenza *ex art. 700*, ogniquale volta il sistema non offra strumenti tipici in grado di assicurare, con pari tempestività, la tutela del diritto invocato. Le divergenze - a ben vedere - si giocano, piuttosto, sulla soglia di accesso alla tutela: più rigorosa ad Avezzano, dove l'approfondita contestazione del credito induce il giudice a fermarsi già sul *fumus*; più elastica a Varese, Brescia e Firenze, dove il *periculum* viene letto in modo ampio, valorizzando la dimensione dinamica delle posizioni sostanziali coinvolte.

⁴ Basti pensare a sequestri, denunce di nuova opera e di danno temuto, procedimenti di istruzione preventiva, oltre alle "urgenze" incorporate in alcuni procedimenti speciali.

⁵ Così L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (Artt. 700-702 c.p.c.)*, cit., p. 4, e Id., *Proposta di un modello di misura cautelare generale*, p. 749 ss., secondo cui si devono intendere come misure cautelari tipiche "quelle che leggi processuali civili collegano ad apposite azioni, coordinante, a loro volta, a predeterminate situazioni sostanziali", sicché queste non possono trovare tutela nella misura di cui all'art. 700 c.p.c.

un diritto si espone a un pregiudizio immediato, tale da svuotare di significato la successiva tutela di merito⁶.

Se si tiene fermo che il diritto di azione, garantito dall'art. 24 Cost.⁷, ha una vocazione intrinsecamente atipica e che la tutela cautelare ne rappresenta un presidio essenziale di effettività, appare quasi inevitabile che l'ordinamento si doti di uno strumento capace di intercettare anche quei pericoli che sfuggono agli schemi nominati. In questo spazio si colloca l'art. 700 c.p.c., concepito come norma di chiusura del sistema: una "valvola di sicurezza" che abilita il giudice ad adottare, in via provvisoria, quei provvedimenti d'urgenza che, secondo le circostanze, appaiono più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione di merito, quando il diritto azionabile sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile⁸.

⁶ G. SICCHIERO, *Le vendite speciali*, Padova, 2009, p. 176 ss., il quale evidenzia che la norma di cui all'art. 700 c.p.c. vanta carattere "sussidiario e dunque non vi si può fare ricorso in tutti i casi in cui l'ordinamento prevede rimedi tipici, intendendosi per tali non solo quelli previsti dal codice di procedura civile, ma anche quelli indicati nel codice civile o in leggi speciali." Similmente L. DITTRICH, *IL provvedimento d'urgenza*, cit., p. 179 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2023, secondo cui, tale limite della tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. è da rinvenire ove la tutela tipica innanzi al *periculum* rappresentante dal ricorrente trovi la propria fonte in una norma non solo del codice di rito, ma anche *extra codicem*, dovendo essere intesa - la riserva di legge contenuta nella disposizione *de qua* - con riferimento a tutte le misure tipiche previste dall'ordinamento giuridico.

⁷ V. F. P. LUISO, *Diritto Processuale Civile*, IV, Milano, 2025, p. 283 e ss., il quale evidenzia che una tutela cautelare generale è costituzionalmente necessaria, in quanto connessa al diritto di azione previsto dall'art. 24 Cost. La tutela cautelare rientra quindi in quel generale principio del processo, in virtù del quale la parte che è costretta a rivolgersi al giudice deve essere messa, alla fine del processo, se ha ragione, nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se non avesse dovuto ricorrere all'intervento giurisdizionale. Lo stesso principio vale, ovviamente, per la parte nei cui confronti è infondatamente ottenuta la tutela. Tale fondamento costituzionale, a ben vedere, è alla base di più sentenze della Corte costituzione. Basti pensare a Corte Cost., 27 dicembre 1974, n. 284, in *Giur. Cost.*, 1974, p. 3338 ss., in cui viene evidenziata l'importanza di una misura cautelare atipica, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale ove sussista il concreto rischio che i tempi processuali possano mettere a repentaglio la fruttuosità della stessa, e quindi prevenire il pericolo di una pronuncia di merito che - di fatto - risulti essere inefficace, se non addirittura *inutiliter data* in quanto tardiva. O, ancora, a Corte Cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1887, in cui si legge "esige rispetto il principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità desumendola e al contempo confrontandola con richiami di disposizioni normative e provocando l'inserzione nel codice di rito civile del 1942 dell'art. 700, che si esibisce quale espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, comma 1", con la conseguenza che "dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito dal fumus boni iuris è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito".

⁸ Come osservato da G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2023, p. 295-297. Per l'A., mentre le misure cautelari tipiche prevedono in modo puntuale il tipo di diritto tutelato, il *periculum* rilevante e il contenuto del provvedimento, il legislatore non può codificare in via nominata tutte le situazioni nelle quali un diritto rischia di subire un pregiudizio immediato tale da svuotare la futura tutela ordinaria. Poiché il diritto d'azione è strutturalmente atipico e la cautela ne costituisce presidio imprescindibile, l'ordinamento affianca alle misure tipiche uno strumento residuale - quello dell'art. 700 c.p.c. - idoneo a fronteggiare ogni ulteriore esigenza di protezione urgente. Da ciò deriva l'atipicità del provvedimento d'urgenza: esso può riguardare qualsiasi diritto; il *periculum* è definito in via ampia come minaccia di un pregiudizio imminente e irreparabile; il contenuto del provvedimento è modellato su ciò che, nel caso concreto, appare più idoneo ad

L'atipicità dei provvedimenti d'urgenza si riflette su tutti i profili che caratterizzano le misure nominate. Quanto alla situazione giuridica protetta, non è confinata a categorie predeterminate: può trattarsi di qualsiasi diritto o posizione soggettiva suscettibile di tutela civilistica, dai diritti reali ai diritti di credito, dalle situazioni relative alle posizioni personali fino agli interessi con contenuto prevalentemente patrimoniale⁹. Quanto al *periculum*, la formula del pregiudizio "imminente e irreparabile" non rinvia a un tipo di rischio tipizzato (come accade, ad esempio, per il pericolo di infruttuosità dell'esecuzione forzata nel sequestro conservativo), ma a una categoria elastica, che richiede di volta in volta una valutazione calata nel concreto. Quanto, infine, al contenuto del provvedimento, la clausola dei provvedimenti "più idonei" segnala una naturale vocazione anticipatoria: spesso la misura cautelare è chiamata a riprodurre, in via provvisoria, gli effetti della futura sentenza di accoglimento, senza che ciò escluda la possibilità di provvedimenti meramente conservativi o regolatori, destinati a cristallizzare lo stato di fatto o a imporre una disciplina provvisoria del rapporto. Su questo sfondo si innesta il profilo forse più delicato dell'istituto: la sua funzione residuale. L'*incipit* dell'art. 700 c.p.c. - "fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo" - è stato tradizionalmente inteso nel senso che la tutela d'urgenza atipica non è esperibile quando, per la difesa del diritto minacciato, sia concretamente utilizzabile una misura cautelare tipica o un procedimento speciale dotato di una propria fase urgente. In questa prospettiva, l'area di operatività del provvedimento d'urgenza coinciderebbe con ciò che resta "scoperto" dal sistema delle misure nominate: dove il legislatore ha già previsto un rimedio

assicurare provvisoriamente gli effetti del merito, con prevalente funzione anticipatoria ma senza escludere provvedimenti meramente conservativi. La norma, infine, è utilizzabile solo *fuori dei casi* espressamente regolati dalle misure tipiche, configurandosi così la natura sussidiaria dell'art. 700 c.p.c.

⁹ In dottrina è stato osservato che la formulazione ampia dell'art. 700 c.p.c. - che fa riferimento, senza ulteriori specificazioni, al "diritto" da tutelare - denota un ambito applicativo non limitato a categorie predeterminate. In una prima fase si era ritenuto che la tutela d'urgenza fosse riservata ai soli diritti assoluti, ritenuti gli unici realmente esposti a un pregiudizio irreversibile e non adeguatamente reintegrabile ex post. Tale impostazione si fondava sull'idea che solo per tali diritti il decorso del tempo potesse compromettere in modo definitivo il godimento del bene, mentre i diritti di credito - astrattamente monetizzabili - sarebbero sempre riparabili tramite risarcimento. L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale ha progressivamente superato questa lettura selettiva: il riferimento non è più alla natura del diritto, bensì alla qualità del pregiudizio e all'infungibilità dell'utilità da preservare. Il rimedio è dunque esperibile anche rispetto ai diritti di credito, purché il danno temuto sia concretamente irreparabile o non adeguatamente eliminabile mediante ristoro per equivalente, specie quando il credito sia funzionalmente connesso alla tutela di interessi primari o quando sussista un rilevante scarto tra il vulnus subito e la riparazione differita nel merito. Posto ciò, per ragioni di economia dello scritto, si rinvia a Cfr. C. CONSOLO, F. P. LUIO, *Codice di Procedura civile commentato*, III-IV, Milano, 2000, p. 3057 ss.; A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 13 ss.; L. P. COMOGGIO, *Il procedimento cautelare in generale - Le singole misure cautelari*, in L. P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II, *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, Bologna 2005, p. 84 ss.; A. SCARPA, *I Provvedimenti d'urgenza*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 250 ss.; Trib. Pisa, 4 marzo 2014, in www.dejure.com, secondo cui "tale rimedio viene spesso utilizzato per la tutela di situazioni impensate ed impensabili dal legislatore del 1942". Ci si intende riferire a quei "nuovi diritti che, nati dal diffondersi della evoluzione di massa e dallo sviluppo tecnologico dei sistemi informativi, non hanno trovato, o l'hanno trovata con il passare del tempo, una adeguata collocazione nel catalogo delle situazioni sostanziali tutelabili di derivazione codicistica".

specifico e tempestivo, il ricorso all'art. 700 c.p.c. sarebbe, in linea di principio, inutile o addirittura inammissibile¹⁰.

Questa lettura, tuttavia, si rivela troppo rigida se la si confronta con la complessità delle situazioni concrete. È stato progressivamente chiarito che la residualità non può essere ridotta alla rappresentazione di una *extrema ratio* astratta, evocabile solo quando manchi del tutto un modello nominato. Piuttosto, essa va intesa in chiave integrativa: la tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. è chiamata a coprire l'area dei bisogni cautelari che le misure tipiche non riescono a soddisfare in modo adeguato, sia nei casi in cui tali misure manchino, sia nelle ipotesi in cui, pur esistendo, non siano in grado di neutralizzare il pregiudizio nei tempi o con il contenuto richiesti dal caso concreto. In altre parole, non basta che nell'ordinamento esista, in astratto, uno strumento cautelare tipico: occorre che questo sia effettivamente praticabile e, soprattutto, idoneo a evitare il danno che si vuole scongiurare¹¹.

In questa direzione si colloca anche la distinzione, spesso proposta, tra limiti "interni" e limiti "esterni" di applicazione dell'art. 700 c.p.c. Tra i primi rientra, appunto, il vincolo testuale "fuori dei casi regolati", che segnala l'esigenza di coordinare la misura atipica con i modelli nominati, evitando sovrapposizioni ridondanti; tra i secondi rientrano invece le restrizioni elaborate dall'interprete nel tentativo di prevenire un uso eccessivamente espansivo del rimedio¹². La chiave sta nel modo in cui si legge quella clausola di esclusione: se la si riferisce alla combinazione concreta di diritto, *periculum* e contenuto della misura, la preclusione al ricorso al 700 opera solo quando il caso rientra effettivamente nell'area coperta da una misura tipica funzionante; se, viceversa, si guarda solo alla natura del diritto in astratto, si finisce per restringere indebitamente l'ambito operativo della norma di chiusura.

¹⁰ È stato osservato (da G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 70) che la clausola d'apertura dell'art. 700 c.p.c. ("fuori dei casi regolati...") vada intesa nel senso che l'esclusione dell'intervento atipico non riguarda solo la misura cautelare tipica prevista dal legislatore, ma anche la specifica fattispecie di diritto e di *periculum* che quella misura è destinata a presidiare. Ne deriva che il ricorso al provvedimento d'urgenza è, in linea generale, precluso ogniqualvolta ricorrano indistintamente gli elementi costitutivi di una cautela tipica, la cui esistenza è già ritenuta dal legislatore idonea a fronteggiare quel determinato rischio. Sul punto, si veda altresì V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, secondo cui questa impostazione ermeneutica si fonda sull'idea che ogni norma cautelare tipica non individua solo l'effetto da produrre, ma anche la fattispecie che ne condiziona l'operatività; onde l'art. 700, nel far riferimento ai "casi regolati", deve essere letto come rinvio alle fattispecie tipiche e ai relativi presupposti, ai quali non può non raccordarsi anche l'effetto che la tutela cautelare è chiamata a realizzare.

¹¹ Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 334 ss. Nello specifico, l'A. qualifica la residualità dell'art. 700 c.p.c. come indice della sua funzione di *norma di chiusura* del sistema cautelare: la scelta del legislatore del 1942, diversamente da quello del 1865, presuppone infatti il riconoscimento di ulteriori spazi di tutela d'urgenza non coperti dalle misure tipiche. Tale clausola di chiusura è stata altresì letta come manifestazione di un potere cautelare generale, ma entro confini ben determinati: la tutela atipica resta ancorata, da un lato, alla deducibilità del diritto in un giudizio ordinario di cognizione, e, dall'altro, alla presenza di un pregiudizio imminente e irreparabile. In questo quadro, l'esercizio del potere cautelare ex art. 700 c.p.c. segue un percorso vincolato, imponendo al giudice di muoversi entro tali presupposti nella valutazione dell'ammissibilità e concedibilità del rimedio.

¹² Sempre per ragioni di economia dello scritto, si rinvia, per completezza, a G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 67-100.

Da questa prospettiva discende un'impostazione più equilibrata: la funzione residuale dell'art. 700 c.p.c. non è ancorata alla mera tipologia del diritto sostanziale - che può ben essere lo stesso tutelato da misure nominate - bensì alla concreta possibilità di "far funzionare" una misura tipica a presidio di quel diritto, rispetto allo specifico pericolo dedotto. La tutela d'urgenza deve arretrare quando tutti i presupposti di una misura nominata risultano in concreto integrati e quella misura è idonea, per struttura e tempi, a fronteggiare il pregiudizio; al contrario, quando il *periculum* prospettato non coincide con quello tipizzato dal legislatore, o la misura tipica si riveli strutturalmente inadeguata a neutralizzare il danno, l'accesso all'art. 700 non può dirsi precluso solo perché il diritto, in astratto, sarebbe riconducibile a un diverso schema cautelare.

È in questo senso che la norma viene qualificata, con espressione ormai consueta, come "norma di chiusura" del sistema cautelare: non perché attribuisca al giudice un potere indistinto, ma perché consente di colmare gli spazi che i procedimenti tradizionali non coprono, ancorando tuttavia l'intervento a due punti fermi - l'esistenza di un diritto azionabile in via ordinaria e la presenza di un pregiudizio imminente e irreparabile - che delimitano il perimetro della discrezionalità giudiziale.

In definitiva, la residualità del provvedimento d'urgenza non può essere letta come una clausola puramente "notarile", destinata a un controllo meramente formale sull'esistenza di misure tipiche astrattamente pertinenti. Essa implica, al contrario, una verifica sostanziale: il giudice è chiamato a misurare il bisogno concreto di tutela prospettato dall'istante rispetto all'insieme degli strumenti disponibili, valutando se le misure nominate siano realmente in grado di scongiurare il pregiudizio lamentato. Solo all'esito di questa valutazione, condotta caso per caso, è possibile stabilire se il rimedio ex art. 700 c.p.c. debba cedere il passo a un modello tipico, oppure rappresenti, nella situazione data, l'unico strumento capace di preservare l'effettività della tutela giurisdizionale.

In tale prospettiva, si pongono, a conferma del suddetto orientamento, le ordinanze in epigrafe, da cui si denota una percezione del provvedimento d'urgenza come strumento privilegiato in tutte quelle situazioni in cui è necessario "sbloccare" rapidamente un rapporto in crisi per evitare danni a catena.

2.1 Focus sul pregiudizio imminente ed irreparabile

Come visto sopra, il *discrimen* tra le misure cautelari tipiche e il rimedio atipico di cui all'art. 700 c.p.c. - e, dunque, il fondamento stesso del suo carattere residuale - si colloca anzitutto sul terreno del pregiudizio dedotto dalla parte che invoca la tutela. È la qualità del pericolo prospettato, più ancora che la natura del diritto azionato, a giustificare il ricorso al provvedimento d'urgenza.

Prima di misurare tale requisito alla luce delle ordinanze oggetto di nota, occorre soffermarsi, sia pur nei limiti propri di un commento giurisprudenziale, sulla nozione di “pregiudizio imminente e irreparabile” impiegata dal legislatore.

La formula adottata dall’art. 700 c.p.c. - “pregiudizio imminente e irreparabile” - è, almeno sul piano letterale, più rigorosa rispetto ad altre espressioni che avevano fatto ingresso nei lavori preparatori, ove si evocava un pregiudizio “grave e non facilmente e sicuramente riparabile”¹³. L’aggettivo “irreparabile” sembra evocare, ad una prima lettura, un’impossibilità radicale di porre rimedio alla lesione, mentre l’originario riferimento alla “non facilità e sicurezza” della riparazione suggeriva piuttosto una prospettiva relativa, legata alla concreta efficacia dei rimedi successivi. La prassi interpretativa, tuttavia, ha finito per attenuare la rigidità della lettera, riconducendo la nozione positiva di irreparabilità a una valutazione sostanziale: ciò che rileva non è l’assoluta impossibilità di riparare, ma l’inidoneità dei mezzi ordinari (risarcitori o reintegratori) ad assicurare, in concreto, una soddisfazione adeguata del diritto leso¹⁴.

Il punto di partenza è l’individuazione dell’“oggetto” del pregiudizio.

Il testo dell’art. 700 c.p.c. fa riferimento al “diritto” che si intende far valere in via ordinaria: il pregiudizio, dunque, non colpisce in astratto il patrimonio del soggetto, né genericamente la sua sfera personale, ma aggredisce il diritto azionato nella sua dimensione dinamica, vale a dire nel momento del suo esercizio e della concreta realizzazione dell’interesse che ne costituisce il contenuto¹⁵. Nella fase meramente statica - la semplice titolarità del diritto - non

¹³ Il riferimento è all’art. 324 del progetto Carnelutti, in cui si richiedevano atti tali da poter “*ledere in modo grave e non facilmente e sicuramente riparabile un diritto controverso*”, riproducendo espressioni analoghe adoperate per altre fattispecie. Esempio è l’art. 373 c.p.c., che, al fine di ottenere la sospensione dell’esecuzione della sentenza impugnata in Cassazione, esige che questa possa implicare un “*grave e irreparabile danno*”. Sul punto v. S. SATTA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, II, Milano, 1962, p. 256 ss., il quale evidenzia che attraversa tale formula il “*legislatore ha voluto soccorrere per quelle sole ipotesi in cui l’esecuzione della sentenza potesse dar luogo alla modificazione di una situazione non più restaurabile*”. Altro esempio è altresì l’art. 431, comma 3, c.p.c., in merito al rito del lavoro, il quale, per la sospensione dell’esecuzione da parte del giudice d’appello, prevede che da essa possa derivare un “*gravissimo danno*”.

¹⁴ Sul punto, in dottrina, si sono distinti tre diversi orientamenti. Un primo orientamento la riconduce ai soli diritti assoluti, ritenendo che solo rispetto a tali situazioni soggettive - caratterizzate da un potere immediato ed esclusivo sul bene - il ritardo nella tutela possa determinare una lesione non più reversibile (cfr. S. SATTA, *Op. cit.*, p. 271 ss.). Un secondo indirizzo amplia la prospettiva e ritiene che l’irreparabilità ricorra ogniqualvolta la parte, durante il processo, sia priva di strumenti rimediali efficaci a neutralizzare il danno, specie nei casi in cui l’oggetto del diritto o il risultato perseguito sia costituito da beni infungibili (v. L. MONTESANO, *I provvedimenti d’urgenza nel processo civile (Artt. 700-702 c.p.c.)*, cit., p. 77 ss.; A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 12). Secondo una terza impostazione, più comprensiva, il danno è irreparabile non solo quando la reintegrazione in forma specifica sia impossibile o il risarcimento non sia suscettibile di valutazione economica, ma ogniqualvolta né la reintegrazione per equivalente né altri rimedi eccezionali siano idonei a garantire la piena soddisfazione del diritto dedotto in giudizio: l’irreparabilità sussiste, in altri termini, ogni volta in cui anche solo una parte dell’interesse sostanziale rischi di restare definitivamente pregiudicata (cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 251 ss.; C. CALVOSA, voce *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 451 ss.).

¹⁵ In tal senso G. ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 120-121, secondo cui il pregiudizio cautelare incide primariamente sulla dimensione dinamica del diritto, ossia sul suo concreto esercizio nei rapporti giuridici, più che sul profilo

vi è ancora spazio per la tutela d'urgenza; l'intervento cautelare presuppone che l'esercizio del diritto sia già in atto o quantomeno in procinto di esplicarsi, e che proprio in questo frangente la situazione giuridica venga minacciata da un evento idoneo a comprometterne in modo serio il soddisfacimento.

Da questo angolo visuale si comprende perché il pregiudizio possa provenire tanto da un fattore "interno" alla relazione obbligatoria o reale (si pensi all'inadempimento in un rapporto di durata), quanto da un fatto "esterno" imputabile al convenuto o a terzi, purché idoneo a incidere, durante il tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria, sulla concreta possibilità di conseguire il bene della vita cui il diritto è preordinato¹⁶.

statico della mera titolarità. Se la minaccia riguarda l'impedimento o la compromissione dell'attuazione del diritto nei confronti dei terzi, essa colpisce direttamente la possibilità per il titolare di realizzare l'interesse sostanziale sotteso alla posizione giuridica soggettiva: in altri termini, mette a rischio la stessa fruizione del contenuto che l'ordinamento gli riconosce.

¹⁶ Sarebbe fuorviante confinare l'area di operatività dell'art. 700 c.p.c. alle sole ipotesi in cui il pericolo discenda dalla lentezza fisiologica del processo di cognizione: la norma guarda alla minaccia che incombe "durante" quel tempo, non necessariamente "a causa" di quel tempo. Ogni fatto sopravvenuto, che in quella finestra temporale ponga a rischio in modo serio e non tollerabile il soddisfacimento del diritto, può integrare il pregiudizio rilevante ai fini dell'urgenza. Su questo sfondo si inserisce la nota questione della c.d. "personalizzazione" del pregiudizio. Una parte della giurisprudenza, specie in materia di rapporto di lavoro, ha talora valorizzato in modo marcato le condizioni soggettive del titolare del diritto, arrivando a configurare quasi un ius singulare processuale in favore di determinate categorie, in cui la lesione sarebbe per definizione irreparabile in ragione dei valori costituzionali coinvolti (si pensi alla funzione alimentare della retribuzione). Una simile impostazione rischia di spostare l'asse dalla qualità del diritto alla qualità della persona, snaturando il ruolo dell'art. 700 c.p.c. come strumento generale di tutela dei diritti. Una lettura più equilibrata consente però di recuperare, in misura non marginale, la dimensione personale senza cadere in derive soggettivistiche. Se il pregiudizio incide sul diritto nella sua fase dinamica, è inevitabile che la valutazione dell'irreparabilità si intrecci con le concrete esigenze del titolare, nella misura in cui esse siano immediatamente e strumentalmente collegate alla soddisfazione dell'interesse protetto. Così, la lesione del diritto alla retribuzione potrà considerarsi irreparabile quando la mancata percezione del salario, nelle more del processo, si traduca nella impossibilità di far fronte alle esigenze minime di vita proprie e del nucleo familiare: non perché il lavoratore appartenga a una "categoria protetta", ma perché, in quella situazione concreta, il diritto a essere retribuito si salda indissolubilmente con interessi esistenziali che un risarcimento differito non sarebbe in grado di compensare. Analogamente, nel campo dei diritti della personalità, la stessa natura della posizione sostanziale esige una valutazione che tenga conto delle qualità del titolare: una violazione del diritto all'immagine, a parità di condotta illecita, può assumere una gravità radicalmente diversa a seconda del contesto in cui la persona è ritratta e del ruolo sociale che essa ricopre, e dunque riflettersi in modo più o meno irreversibile sulla sfera identitaria e reputazionale. L'importante è che il baricentro resti fermo: il pregiudizio deve avere ad oggetto il diritto, ossia l'interesse giuridicamente protetto, e le condizioni soggettive rilevano solo in quanto siano strettamente e immediatamente connesse al modo in cui quel diritto si esercita e si realizza, e contribuiscano ad attribuire alla lesione il carattere dell'irreparabilità. Non è sufficiente che la situazione personale del titolare renda "spiacevole" il danno; occorre che il rapporto tra diritto e posizione soggettiva sia tale da trasformare quella lesione in una compromissione stabile dell'interesse tutelato, non recuperabile per equivalente. Sul punto, per maggior esaustività, si rinvia a S. LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza*, in AA. VV., *I processi speciali - Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 167 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 251 ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile (Artt. 700-702 c.p.c.)*, cit.; ID., *Sul provvedimento d'urgenza come misura cautelare innominata e come mezzo di composizione provvisoria di controversie giuridiche*, (nota a Trib. Milano, 15 dicembre 1955), in *Foro it.*, 1955, I, c. 93; A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 59 ss.

Passando al requisito dell'“imminenza”, la dottrina¹⁷ ha giustamente sottolineato come si tratti di un concetto relativo, refrattario a definizioni rigide. Ciò che l'art. 700 c.p.c. pretende è che l'evento dannoso sia sul punto di verificarsi o comunque sia già inserito in un *iter* causale in stato avanzato, tale per cui la minaccia non si presenti come mera eventualità futura, ma come rischio concreto, attuale e incombente. Il pregiudizio non è imminente solo perché potrebbe astrattamente verificarsi prima della sentenza di merito; occorre che, avuto riguardo alla normale durata del giudizio ordinario, l'intervallo temporale che separa la situazione attuale dalla realizzazione dell'evento lesivo sia obiettivamente breve, o perché il processo produttivo del danno è già iniziato, o perché vi sono elementi univoci che ne attestano l'imminente verifica¹⁸.

In questo quadro assume rilievo anche il fattore tempo nella condotta dell'istante. La massima secondo cui i diritti assistono i diligenti e non i dormienti non può essere trasformata in una presunzione assoluta di insussistenza dell'imminenza ogni volta che la parte si attivi tardivamente; nondimeno, un atteggiamento di protratto attendismo può essere sintomatico del fatto che il pericolo non abbia, in concreto, quel grado di urgenza che giustifichi l'intervento d'urgenza. Se la situazione pregiudizievole si protrae invariata per un lungo lasso di tempo senza che il titolare avverta la necessità di reagire, è coerente domandarsi se essa presenti ancora i caratteri dell'attualità e della incombente verifica dell'evento dannoso¹⁹. Viceversa, quando gli effetti pregiudizievoli permangono e tendono ad aggravarsi,

¹⁷ Su tutti, G. ARIETA, *Op. cit.*, p. 123; L. MONTESANO, *Op. cit.*, p. 78.

¹⁸ v. C. CALVOSA, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Milano, 1967, p. 449 ss., per il quale, sebbene ogni definizione generale sia per sua natura problematica, l'“imminenza” del pregiudizio presuppone che l'evento dannoso sia in procinto di incidere sul bene tutelato: occorre, cioè, che il processo causale lesivo sia già in atto, oppure quantomeno predisposto in modo diretto e univoco. Nello specifico l'A. esclude che l'imminenza possa “*pensarsi correlata alla durata del processo di merito*”, in quanto per poter configurarsi la condizione di imminenza “*occorre fare riferimento allo spazio temporis intercorrente tra il momento in cui si paventa il verificarsi dell'evento pregiudiziale e la realizzazione concreta dell'evento stesso*”.

¹⁹ In tal senso A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 44. Nella giurisprudenza di merito, Pretura Roma, 28 novembre 1988, in *Temi Rom.*, 1989, p. 430 ss., in cui si legge che “*è inammissibile il provvedimento cautelare ex art. 700 c. p. c. a tutela di una situazione soggettiva il cui pregiudizio denunciato perdura, all'evidenza, da un lasso di tempo sufficientemente lungo, di talché il ricorrente avrebbe potuto far valere le proprie ragioni in via ordinaria, atteso, altresì, che il requisito dell'urgenza del pregiudizio menzionato deve sussistere oggettivamente e non per l'inerzia dimostrata dalla parte*”. Tale assunto è, inoltre, desumibile dal concetto di “tolleranza”, in ordine alla irreparabilità del danno, elaborato dalla dottrina. A tal proposito v. G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 126, che sottolinea come il secondo elemento opera quale limite al primo: l'irreparabilità sorge quando, pur essendo teoricamente configurabile una reintegrazione per equivalente, il convenuto non sia in concreto in grado di assicurare il *tantundem*. In questa prospettiva, il pregiudizio irreparabile non coincide con ogni divario tra gli effetti della futura decisione di merito e il ristoro per equivalente determinato dalla durata del processo, ma solo con quella discrepanza che, superando la soglia della normale tollerabilità, determina un apprezzabile squilibrio a carico della parte che si assume nel giusto. O, ancora, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., secondo cui sarebbe preferibile “*ampliare i confini della intollerabilità*”, non solo dal “*rispetto della puntualizzazione della reintegrazione*”, ma anche dalla “*osservanza del principio della economia dei giudizi, non disgiunta dall'opportunità, onninamente sentita, di contenere, nei più ristretti limiti, la liquidazione dei danni, fin troppo evidente*”.

il decorso del tempo, pur imputabile alla parte, non è di per sé sufficiente a escludere l'imminenza, specie ove risulti che il danno minacciato sia destinato a trasformarsi, in tempi brevi, in una compromissione irreversibile del diritto.

Ben più articolata è la nozione di "irreparabilità" del pregiudizio. Un'interpretazione strettamente letterale dell'aggettivo - nel senso di danno assolutamente non rimediabile in alcun modo - condurrebbe a restringere l'area di operatività dell'art. 700 c.p.c. a ipotesi del tutto eccezionali, rendendo di fatto marginale l'istituto. Per evitare questo esito, la riflessione teorica ha elaborato una nozione più duttile, fondata sull'idea di uno "scarto" tra la piena soddisfazione cui il diritto aspira e ciò che, in concreto, i rimedi successivi sono in grado di restituire.

Da un primo punto di vista, l'irreparabilità si manifesta come irreversibilità degli effetti del pregiudizio²⁰. È in questa prospettiva che la tutela d'urgenza assume la sua funzione più tipicamente preventiva, tesa ad evitare che il diritto venga colpito in modo irreversibile, preservando la possibilità stessa di una sua futura attuazione integrale.

Vi è poi un secondo profilo, più vicino al terreno risarcitorio, in cui l'irreparabilità si coglie nella inadeguatezza o estrema difficoltà della reintegrazione per equivalente. Ciò accade, anzitutto, quando il contenuto del diritto sia prevalentemente non patrimoniale, sì che la quantificazione del danno - anche con l'ausilio degli strumenti offerti dal sistema - non sia in grado di approssimare in misura accettabile la perdita subita. Ma si verifica anche quando, pur trattandosi di diritti a prevalente contenuto economico, le caratteristiche del pregiudizio o le condizioni soggettive del convenuto rendano altamente incerta la possibilità di conseguire, in concreto, l'equivalente monetario²¹.

essendo che la realizzazione, mediante provvedimenti d'urgenza, del principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, rende superflui giudizi di risarcimento di danno".

²⁰ Si pensi alle situazioni in cui il diritto è connesso a momenti temporali unici o a occasioni non ripetibili: la perdita del diritto di voto in un'assemblea decisiva, la mancata partecipazione a un'operazione societaria in cui si decide l'assetto proprietario, la dispersione definitiva di una clientela a seguito di condotte concorrenziali scorrette. In tutti questi casi, se il pregiudizio si verifica prima della decisione di merito, anche un successivo accoglimento della domanda, con condanna risarcitoria, non potrà più restituire al titolare la posizione sostanziale che gli sarebbe spettata; la lesione incide sul diritto nella sua fase di esercizio in modo tale da distruggerne definitivamente il contenuto o da svuotare di significato i poteri che ne costituiscono espressione.

²¹ Ad esempio, la difficoltà di prova dell'ammontare, l'imprevedibilità delle conseguenze ulteriori, l'incapienza patrimoniale del debitore sono tutti fattori che concorrono a trasformare un danno, in astratto risarcibile, in un pregiudizio sostanzialmente irreparabile. V. A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 60-64, il quale osserva come sia ormai superata la tradizionale impostazione che limitava l'irreparabilità del danno ai soli diritti assoluti, escludendone l'applicazione ai diritti di credito e potestativi. L'indirizzo oggi prevalente valorizza, invece, una concezione più ampia del requisito, ravvisandolo non solo quando la reintegrazione in forma specifica sia impossibile o quando il risarcimento non sia suscettibile di valutazione economica, ma anche - e soprattutto - quando vi sia uno scarto apprezzabile tra la piena soddisfazione del diritto e quanto conseguibile mediante gli ordinari rimedi risarcitori. In questa prospettiva si colloca anche l'orientamento che individua l'irreparabilità nel carattere infungibile del bene o del risultato perseguito, o ancora nello sviamento della clientela in tema di concorrenza sleale, dove la perdita subita nel tempo non risulta integralmente reversibile. Ne deriva una progressiva apertura della tutela d'urgenza anche a posizioni soggettive di contenuto patrimoniale, in

Da questo punto di vista, ciò che assume rilievo non è qualsiasi scarto tra la situazione ideale che deriverebbe da una decisione immediata e gli effetti di una tutela tardiva, ma soltanto quella discrepanza che, avuto riguardo al contenuto del diritto e alle caratteristiche del caso concreto, superi la soglia della normale tollerabilità. L'irreparabilità, in altri termini, si colloca a metà strada tra l'assoluta impossibilità di riparare e la mera differenza fisiologica tra soddisfazione anticipata e soddisfazione differita: essa sussiste quando il sacrificio imposto al titolare, per effetto del tempo del processo, travalica il limite che l'ordinamento ritiene accettabile in vista della tutela ordinaria.

Alla luce di queste coordinate, il requisito del "pregiudizio imminente e irreparabile" si presenta come il vero fulcro selettivo dell'intervento ex art. 700 c.p.c. Esso impone al giudice una valutazione complessiva, in cui l'imminenza e l'irreparabilità non operano come clausole autonome e indipendenti, ma si illuminano a vicenda: il pericolo è davvero imminente solo se minaccia di produrre effetti non più integralmente recuperabili; il danno è irreparabile solo se la sua verifica, rispetto ai tempi del processo ordinario, si colloca in una zona in cui la tutela di merito giungerebbe troppo tardi per colmare lo scarto creato dal decorso del tempo.

2.2 Residualità e pregiudizio imminente e irreparabile nelle ordinanze in commento

Le coordinate teoriche sin qui tracciate - tanto sul piano della funzione residuale del rimedio ex art. 700 c.p.c., quanto sul terreno del "pregiudizio imminente e irreparabile" - trovano un banco di prova significativo nelle ordinanze di Avezzano, Varese, Brescia e Firenze, che declinano in modo diverso, ma tendenzialmente convergente, i due profili.

precedenza ritenute estranee all'ambito applicativo dell'art. 700 c.p.c. La conclusione cui giunge l'autore è dunque di tipo "relativo": l'irreparabilità deve essere valutata in concreto, con riguardo alla capacità del risarcimento per equivalente di soddisfare integralmente il diritto minacciato. Solo quando tale equivalenza risulti inadeguata - per la natura dell'interesse o per la qualità del pregiudizio - la tutela d'urgenza trova ragione di essere, mentre resta esclusa nelle situazioni pienamente ristorabili in via ordinaria. Nello stesso senso G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 127-128. L'Autore osserva che non ogni minaccia al diritto è idonea a giustificare la tutela d'urgenza: rilevano solo quei pregiudizi che, per la loro natura, possono compromettere in modo definitivo la concreta realizzazione del diritto stesso. In questo primo senso, l'irreparabilità è definita in chiave preventiva: il rimedio ex art. 700 c.p.c. mira ad evitare che l'offesa, incidendo sulla fase dinamica del diritto e sul momento del suo esercizio, produca effetti irreversibili tali da vanificare la soddisfazione dell'interesse sostanziale. Emblematica è l'ipotesi in cui il pregiudizio, incidendo sull'esercizio di prerogative connesse alla titolarità di partecipazioni sociali in prossimità di un'assemblea, rischi di rendere inutilizzabili poteri o facoltà essenziali. Accanto a questa prima accezione, l'Autore ne individua una seconda, riferibile alle situazioni in cui la lesione ha già iniziato a produrre effetti: qui l'irreparabilità discende non tanto dall'irreversibilità della minaccia, quanto dall'inadeguatezza della tutela per equivalente, specie quando si tratti di diritti di contenuto non patrimoniale o quando la quantificazione del danno risulti particolarmente complessa. È il caso, ad esempio, delle condotte di concorrenza sleale integranti sviamento di clientela, in cui l'intervento d'urgenza rappresenta l'unico mezzo idoneo a prevenire un pregiudizio difficilmente eliminabile in sede di merito. Ne deriva una nozione bifronte di irreparabilità: da un lato, come rischio di effetti irreversibili che la cautela intende scongiurare; dall'altro, come incapacità del risarcimento di offrire una tutela effettiva rispetto a pregiudizi già in atto o in via di consolidamento.

Nel caso deciso dal Tribunale di Avezzano, la domanda cautelare di rilascio del ramo d'azienda viene espressamente ricondotta, in astratto, nell'alveo di applicazione dell'art. 700 c.p.c. Il giudice riconosce che, di fronte alla crisi di un rapporto di affitto d'azienda, la mera custodia del complesso aziendale - ottenibile tramite misure tipiche di segno conservativo - non sarebbe sufficiente a soddisfare l'interesse del concedente, il quale ha piuttosto bisogno di recuperare la disponibilità effettiva del compendio per reimmetterlo nel circuito produttivo. La riacquisizione dell'azienda, in questa prospettiva, offre "utilità ulteriori e diverse" rispetto alla sola gestione neutrale del bene: consente di salvaguardare l'avviamento, preservare la redditività e prevenire i riflessi regressivi sull'intera operazione imprenditoriale. In tal senso, l'ordinanza abruzzese si colloca nel solco di quell'impostazione che legge la residualità non come un mero divieto di sovrapposizione astratta con le misure tipiche, ma come esigenza di verificare se, in concreto, queste ultime siano davvero in grado di neutralizzare il pregiudizio prospettato²².

²² v. Trib. Santa Maria Cpa Vetere, 9 agosto 2011, in *Il caso*, 2011, secondo cui "Nel caso di affitto di ramo d'azienda è ammissibile il ricorso allo strumento atipico e d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., atteso che, da un lato, non risultano esperibili i rimedi accelerati e semplificati di cui all'art. 658 c.p.c. e seguenti e, dall'altro, lo strumento tipico del sequestro giudiziario ex art. 670 c.p.c. non appare idoneo a realizzare le esigenze del ricorrente, che non attengono tanto e solo al profilo della conservazione e della gestione momentanea ed ordinaria del bene azienda, quanto piuttosto ai profili del rilancio di un'attività aziendale sostanzialmente ferma e del recupero di rapporti contrattuali che intorno alla stessa ruotano. Inoltre, il rimedio del rilascio dell'azienda ottenuto ex art. 700 c.p.c. appare maggiormente funzionale ad assicurare che il ramo di azienda concesso in affitto riprenda la sua piena funzionalità ed operatività, piena funzionalità ed operatività che non sarebbe assicurata da un provvedimento di sequestro giudiziario che, tendenzialmente, è emesso in un'ottica conservativa del bene, ovvero soprattutto nell'ottica di impedire deterioramenti, alterazioni o sottrazioni del bene". O, ancora, Trib. Torino, 24 febbraio 2021, in *Foro it.*, 2021, V, 1831, che aderisce all'orientamento maggioritario in giurisprudenza secondo cui, A fronte della domanda di risoluzione di un contratto di affitto di azienda, il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. può disporre la sua restituzione all'affittante solo se l'azienda è minacciata da un pericolo di danno grave e irreparabile nel tempo necessario a far valere il diritto in via ordinaria. In tal senso, anche Trib. Ivrea, 11 luglio 2019, *Foro it.*, 2019, I, 3748. Tale questione rientra nel più ampio tema di quali siano gli effetti anticipabili in via d'urgenza: la giurisprudenza e la dottrina sono divise tra chi ritiene che non siano ammissibili provvedimenti d'urgenza che anticipino gli effetti di una sentenza di mero accertamento o costitutiva (*ex multis*, Trib. Cuneo 12 aprile 2012, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Procedimenti cautelari*, n. 13, e *Giur. merito*, 2012, 2355; Trib. Padova, 16 settembre 2004, in *Corriere giur.*, 2005, 409, con nota di C. PETRILLO, *Riconosciuta infine a chiare lettere la inconciliabilità tra tutela ex art. 700 c.p.c. ed efficacia di accertamento*. L'A. è critica e sottolinea come il provvedimento d'urgenza di mero accertamento è inammissibile perché privo di reale utilità cautelare: esso non anticipa alcuna "certezza giuridica", non esercita coazione sul resistente e si risolve nella sola verifica del *fumus*, senza vera misura cautelare; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, *I processi speciali e l'esecuzione forzata*, Bari, 2023, p. 274 ss.) e chi, invece, sostiene che non siano rinvenibili limiti all'ammissibilità di una pronuncia d'urgenza di questo tipo (Trib. Roma 2 dicembre 2009, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Procedimenti cautelari*, n. 34, e *Giur. comm.*, 2011, II, 656, con nota di D. D'ADAMO, *La compatibilità tra l'azione di accertamento del diritto previsto dall'art. 2476, 2° comma, c.c. e i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, la quale sostiene che tutela d'urgenza e azione di mero accertamento sono pienamente compatibili: il provvedimento ex art. 700 può eliminare uno stato d'incertezza pregiudizievole e rafforzare provvisoriamente il diritto, purché sussista un vero *periculum*; Trib. Perugia 16 marzo 2009, in *Giur. comm.*, 2011, II, 687, con nota di C. A. NIGRO, *La clausola sui pareri e le autorizzazioni degli accomandanti tra ingerenza, nullità parziale per violazione del relativo divieto e riqualificazione del rapporto contrattuale* (che critica l'uso della tutela d'urgenza nel caso deciso dal giudice perugino, osservando come l'art. 700 c.p.c. sia stato impiegato in modo improprio, trasformando la cautela in una pronuncia

Su questo sfondo, tuttavia, il Tribunale di Avezzano nega la misura per difetto del *fumus boni iuris*, a causa del controcredito certo, liquido ed esigibile fatto valere dalla resistente in misura largamente superiore ai canoni non corrisposti. La sommaria delibazione sulla gravità dell'inadempimento ex art. 1455 c.c. non consente di ritenere, allo stato, prevalente la posizione del concedente, sicché la questione del pregiudizio imminente e irreparabile resta assorbita. Il provvedimento assume, per questa via, un rilievo paradigmatico: conferma che la "porta d'ingresso" all'art. 700 c.p.c. è duplice, perché alla verifica della residualità - svolta in senso ampio e funzionale - si affianca un rigoroso controllo sulla tenuta del *fumus*, idoneo a bloccare la tutela d'urgenza anche laddove il *periculum* appaia, in astratto, particolarmente intenso (perdita dell'avviamento, rischio di chiusura della struttura assistenziale, ecc.)²³.

Diversa è la postura del Tribunale di Brescia, che, nel confrontarsi direttamente con il rapporto tra sequestro giudiziario e tutela d'urgenza, evidenzia come il vincolo di indisponibilità tipico del sequestro assicuri solo la conservazione statica del bene, senza garantire al socio la possibilità di sottoscrivere tempestivamente le azioni né di esercitare i diritti amministrativi e patrimoniali connessi. Il provvedimento d'urgenza, invece, attribuisce al ricorrente una utilità qualitativamente diversa: la disponibilità immediata della partecipazione e dei poteri che ne derivano. Il *discrimen* torna così a collocarsi sul terreno del pregiudizio dedotto. L'imminenza è qui scandita in termini strettamente temporali (la finestra ridotta per la sottoscrizione dell'aumento), mentre l'irreparabilità si declina come irreversibilità della perdita del diritto di opzione e della correlata *chance* di incidere sulla futura *governance* societaria: un risarcimento per equivalente non potrebbe più "ricostruire" la situazione giuridica che il socio avrebbe conseguito esercitando l'opzione nei tempi dovuti²⁴.

dichiarativa di nullità - tipica del merito - e così oltrepassando i limiti di strumentalità propri della misura urgente); L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 469 ss.).

²³ Come noto, tra i due requisiti esiste un rapporto di interdipendenza: il *periculum in mora* è infatti subordinato al *fumus boni iuris* cosicché, perché la misura d'urgenza possa essere concessa, se il *fumus* è alto è sufficiente un *periculum* basso e viceversa. In tal senso F. P. LUIO, *Il nuovo procedimento cautelare*, in *Il nuovo processo ordinario e sommario di cognizione*, a cura di C. CECHELLA, D. AMADEI, D. BUONCRISTIANI, Milano, 2006, p. 105 ss. Si veda altresì Id., *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Milano, 2025, p. 286, il quale evidenzia che il giudice della cautela non può fondare il proprio convincimento sull'esistenza del diritto da proteggere attraverso un accertamento pieno, né può avvalersi di un'istruttoria ordinaria, poiché ciò vanificherebbe la funzione stessa dell'urgenza, ritardando il provvedimento fino a renderlo inutile. È tuttavia necessario che il giudice maturi una *pur sommaria* persuasione circa la fondatezza del diritto azionato. Tale esigenza va letta in rapporto all'atipicità della misura ex art. 700 c.p.c., la quale, a differenza delle cautele tipiche, non predetermina né la natura del diritto tutelabile, né la specifica configurazione del *periculum*, né gli effetti del provvedimento, richiedendo così un apprezzamento meno vincolato ma non per questo privo di un minimo di verifica sulla serietà della pretesa. In giurisprudenza, Tribunale Roma, 14 gennaio 2003, in *De Jure online*, secondo cui "Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. non può essere considerato, all'interno di un procedimento ordinario intentato per ottenere la risoluzione del contratto, come una misura per ottenere in via anticipata il pagamento di somme dovute per canoni d'affitto d'azienda scaduti".

²⁴ v. Cass., 7 novembre 2008, n. 26842, in *Notariato*, 2009, 2, 134, secondo cui "La violazione delle norme in tema di diritto di opzione determina l'annullabilità e non la nullità del deliberato assembleare, non avendo tale violazione alcuna valenza di ordine generale, ma essendo, invece, funzionale all'interesse del singolo socio a mantenere inalterata la sua partecipazione proporzionale al capitale sociale anche in caso di aumento del capitale medesimo. Non può, conseguentemente, configurarsi

Sul versante degli appalti, il Tribunale di Firenze valorizza il profilo temporale del pregiudizio sino a farne la chiave di volta dell'urgenza. La sospensione ingiustificata dei lavori oltre il termine essenziale pattuito non si traduce soltanto in un ritardo nell'esecuzione, recuperabile in tesi con un risarcimento per i maggiori costi o per la mancata fruizione anticipata dell'opera; essa pone a rischio la stessa possibilità di completare l'intervento entro i termini fissati per la fruizione del *Superbonus* 110%, con la conseguente perdita del beneficio fiscale, e alimenta un deterioramento progressivo del cantiere, esposto alle intemperie e al disordine tipico di una situazione di abbandono.

Il giudice fiorentino riconosce che tale assetto di interessi non può essere efficacemente protetto attraverso i soli strumenti tipici. Da qui la scelta di fare leva sull'art. 700 c.p.c. per ottenere il rilascio del cantiere, così da consentire al committente di affidare i lavori a un nuovo appaltatore.

Ancora una volta, l'imminenza è marcata dal combinarsi di due fattori: la finestra ristretta per il completamento degli interventi ai fini del *bonus* e la progressione del degrado materiale del manufatto; l'irreparabilità, a sua volta, si alimenta proprio di questa struttura temporale, giacché la perdita del beneficio fiscale e il sovraccosto indotto dal protrarsi dell'inadempimento non possono essere integralmente neutralizzati da una condanna risarcitoria resa a distanza di anni²⁵.

la nullità (per illiceità dell'oggetto) di una deliberazione che sacrifichi il diritto di opzione al solo scopo di azzerare fraudolentemente la partecipazione del socio alla società, atteso, peraltro, che l'intento di piegare la deliberazione a finalità di prevaricazione della minoranza è da tempo ricondotto dalla giurisprudenza alla figura dell'eccesso di potere, inteso come violazione del canone di buona fede nell'esecuzione dei rapporti contrattuali, dal quale deriva l'annullabilità della deliberazione". Sul punto, si rinvia, altresì, Trib. Cassino, 1° dicembre 2000, in *La Società*, 2001, p. 607 ss.; Trib. Roma, 12 marzo 2001, *ivi*, 2001, 1093. In dottrina, cfr. C. FERRI, *I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 120 ss.; G. RUFFINI, *Considerazioni sulla sospensione dell'efficacia di una delibera assembleare invalida di s.r.l. mediante provvedimento ante causam ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. comm.*, 1998, 25, p. 272 ss.; S. RUGGERO, *Art. 700 c.p.c. e deliberazioni assembleari*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1620.

²⁵ Quanto al c.d. *Superbonus*, in giurisprudenza, ovviamente recente (considerata l'entrata in vigore della normativa), nello stesso senso Trib. Firenze, 19 settembre 2022, in *Quotidiano Giuridico*, 2022, per cui "l'obbligo, gravante sul proprietario del fondo, di consentire l'accesso ed il passaggio nella sua proprietà, ex art. 843 c.c., non trova la sua fonte in un diritto di servitù a favore del fondo finitimo, integrando, per converso, gli estremi di una obligatio propter rem che si risolve in una limitazione legale del diritto del titolare del fondo, funzionale al soddisfacimento di una utilità occasionale e transeunte del vicino e consistente nel dovere di consentire l'accesso o la momentanea occupazione degli spazi necessari al compimento delle operazioni di manutenzione e rifacimento dei muri perimetrali dell'edificio finitimo tutte le volte in cui l'impedimento dell'accesso stesso renderebbe impossibile il compimento delle necessarie riparazioni. Conseguentemente è legittimo il provvedimento con il quale venga ordinato ad un condomino di permettere l'accesso al proprio immobile per l'esecuzione dei lavori condominiali di manutenzione straordinaria assistiti da vantaggi fiscali *superbonus* 110% e *bonus facciate*"; in dottrina, v. P. PRATO, *Superbonus: la costituzione del fondo speciale e profili di invalidità della delibera condominiale*, in *Arch. loc. cond. e imm.*, 2023, p. 214. Quanto al tema dell'appalto, in ordine alla tutela ex art. 700 c.p.c., v. Trib. Pescara, 19 dicembre 2011, in *P.q.m.*, 2011, 2-3, p. 123 ss., in cui si legge che "Il ricorso dell'appaltante alla tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. al fine di ottenere dal subappaltatore la restituzione del cantiere, è legittimo ed ammissibile non comportando decisioni sulla proprietà o sul possesso dei beni. Il pregiudizio fatto valere non appare evitabile mediante il ricorso al sequestro giudiziario, che non attribuisce al ricorrente il godimento pieno e immediato del bene e comporta altresì effetti (nomina del custode,

Infine, l'ordinanza del Tribunale di Varese offre un esempio particolarmente chiaro di come il requisito del pregiudizio imminente e irreparabile possa trovare declinazioni significative in contesti apparentemente "minori", quali la gestione dei rifiuti in ambito condominiale. Il deposito prolungato e abusivo di macerie nel giardino comune non integra solo un danno economicamente apprezzabile (mancato ripristino dell'area, spese di smaltimento, eventuale deprezzamento delle unità immobiliari), ma incide direttamente sulle condizioni igienico-sanitarie, sul decoro dell'edificio e sulla possibilità stessa per i condomini di fruire dello spazio comune. Proprio la natura di questi interessi - in parte non patrimoniali, in parte difficilmente monetizzabili - rende evidente come la semplice prospettiva di un ristoro per equivalente a distanza di tempo non sia idonea a garantire una piena reintegrazione. L'imminenza del pregiudizio si coglie nel carattere progressivo del degrado: più a lungo i rifiuti restano depositati, più alta è la probabilità che l'area divenga insalubre o inutilizzabile; l'irreparabilità si misura, invece, sulla difficoltà di ricostruire *ex post* una situazione di equilibrio igienico, estetico e funzionale ormai compromessa. Non è un caso che il Tribunale opti per un ordine di *facere* immediato, corredato dalla minaccia di una penale *ex art. 614-bis c.p.c.*: si tratta di strumenti che esprimono, nella pratica, proprio quella duplice dimensione - preventiva e repressiva - che connota la nozione di pregiudizio imminente e irreparabile come criterio selettivo dell'intervento d'urgenza²⁶.

amministrazione in custodia) non congrui rispetto alle esigenze della tutela invocata. Il diritto di ritenzione esercitato dal subappaltatore è illegittimo dovendo ritenersi, in virtù del principio simul stabunt simul cadent, che il venir meno del contratto di appalto comporta inevitabilmente l'inefficacia di quello di subappalto"; Trib. Torre Annunziata, 13 novembre 2003, in Guida al Diritto, 2004, 16, p. 60 ss., secondo cui "l'appaltatore, fino alla consegna dell'opera al committente, detiene la stessa in virtù di rapporto obbligatorio e deve, pertanto, essere considerato detentore qualificato. Di conseguenza, la mancata consegna dell'opera (nella specie, immobile da ricostruire) integra gli estremi dello spoglio solo qualora l'opera predetta sia effettivamente conclusa e non vi siano contestazioni relativamente alla regolarità nell'adempimento dei reciproci obblighi contrattuali. Esclusivamente in tal caso, il committente che voglia ottenere, in via d'urgenza, la consegna dell'immobile può esperire, nei confronti dell'appaltatore, l'azione di reintegra nel possesso, con conseguente preclusione del ricorso alla diversa tutela, concessa, ma solo in via residuale, dall'articolo 700 del c.p.c., da ritenersi, al contrario, ammissibile in tutti quei casi in cui, alla stregua di quanto precedentemente esposto, non sia configurabile lo spoglio".

²⁶ In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 13 giugno 2006, in *Corriere del Merito*, 2006, 12, p. 1401, con nota adesiva di A. TEMPESTA, *Il g.o. può ordinare alla P.A. di adottare misure volte al miglioramento dell'ambiente?*; il quale condivide l'impostazione in punto di ammissibilità dell'azione inibitoria contro la P.A. tramite art. 700 c.p.c., quando sia in gioco la tutela di diritti fondamentali. L'autore ribadisce che, in simili evenienze, il giudice ordinario dispone del potere di adottare misure urgenti inibitorie anche verso la pubblica amministrazione, purché la misura richiesta si limiti a interrompere la condotta lesiva e non si traduca in una surrettizia sostituzione del giudice all'amministrazione nell'individuazione delle modalità tecniche attraverso cui perseguire l'obiettivo di tutela ambientale. La nota valorizza dunque la distinzione - fatta propria dal provvedimento - tra potere inibitorio e potere conformativo, ritenendo corretta la decisione nella parte in cui esclude che il giudice possa prescrivere specifiche misure tecniche non predeterminate dall'ordinamento, ma ammette l'utilizzo dell'art. 700 c.p.c. per impedire la prosecuzione dell'attività dannosa. Si veda altresì Trib. Torino, 20 marzo 2000, in *Rass. Giur. Farm.*, 2001, 63, p. 16 ss., in cui si legge che *"Il diritto alla salute è un diritto soggettivo perfetto riconducibile all'art. 32 cost. non è suscettibile di affievolimento ad interesse legittimo a seguito della adozione di atti amministrativi (che ne abbiano limitato l'esercizio) e che possono essere disapplicati dal giudice ordinario cui va ascritta la giurisdizione a tutela (anche in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c.) della relativa lesione."*; Pretura San Miniato, 25 giugno 1988, in *Toscana Lavoro Giur.*, 1990, 240, secondo cui

Se si leggono congiuntamente, le quattro ordinanze confermano dunque il quadro teorico delineato in precedenza. Da un lato, la residualità dell'art. 700 c.p.c. è interpretata in chiave funzionale: essa non impedisce il ricorso al rimedio atipico solo perché, in astratto, esistono misure tipiche riferibili al medesimo diritto (sequestro giudiziario nel caso societario, strumenti conservativi nei rapporti di affitto d'azienda, giudizio di merito con domande di risoluzione negli appalti), ma impone di verificare se tali misure siano concretamente idonee a neutralizzare il pregiudizio nei tempi e con il contenuto richiesti dal caso concreto. Dall'altro lato, la nozione di "pregiudizio imminente e irreparabile" emerge come il vero snodo operativo del sistema: l'imminenza si traduce in un rischio effettivo, attuale e incombente, scandito dalle scansioni temporali del caso; l'irreparabilità si declina tanto in termini di irreversibilità degli effetti lesivi - tra perdita definitiva di diritti o occasioni non replicabili - quanto di inadeguatezza strutturale dei soli rimedi per equivalente.

Proprio in questa intersezione tra residualità e pregiudizio, le decisioni di Avezzano, Varese, Brescia e Firenze mostrano la perdurante vitalità del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nel compito di preservare l'effettività della tutela giurisdizionale, anche - come si vedrà - nel quadro rinnovato dalla riforma Cartabia.

2.3. (ancora) Sul rapporto tra sequestro giudiziario e provvedimento d'urgenza

Dalle pronunce di Avezzano e di Bergamo derivano, orbene, delle conferme in ordine al rapporto di residualità tra sequestro giudiziario e la misura cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. Come noto, infatti, all'interno del sistema cautelare codicistico, il sequestro giudiziario di cui all'art. 670, n. 1, c.p.c. rappresenta il modello tipico di misura destinata a presidiare, in chiave conservativa, beni mobili, immobili o aziende quando ne sia controversa la proprietà o il possesso - anche nell'ambito di controversie fondate su pretese personali²⁷ - in vista della futura esecuzione in forma specifica. La sua funzione è quella di sottrarre il bene alla sfera di uno dei litiganti, affidandolo alla custodia (o alla gestione) di un terzo, così da garantirne l'integrità materiale e giuridica fino alla definizione del giudizio di merito e alla successiva esecuzione del comando restitutorio o di consegna.

"Appartiene al giudice ordinario, in base alla previsione normativa di cui all'art. 18, l. 8 luglio 1986, n. 349, la cognizione della domanda tendente alla tutela del diritto alla salute ed all'ambiente salubre, proposta mediante ricorso ex art. 700 c. p. c., con il quale venga richiesta, con provvedimento d'urgenza la sospensione della costruzione di una discarica in prossimità di un centro abitato; non sono però legittimati ad agire, in tale giudizio, né i privati cittadini che ritengano direttamente leso il loro diritto alla salute dall'opera in via di realizzazione, né i comitati ambiente sprovvisti delle specifiche caratteristiche di riconoscimento di cui all'art. 13, l. 349/86".

²⁷ Su tutti, A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 ss.; V. DENTI, *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale, L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, p. 261 ss.; P. VERCELLONE, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, in *Quaderni del CSM*, 1996, p. 505 ss.; G. RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, in *Dir. Inf.*, VI, 2007, p. 1042 ss.

In questo quadro, il *periculum* che sorregge il sequestro giudiziario assume una fisionomia peculiare²⁸. Il rischio che il legislatore intende prevenire è, in via di principio, quello - anche solo potenziale - di una dispersione materiale o di una gestione rovinosa o infedele del bene, tale da compromettere la fruttuosità dell'eventuale esecuzione specifica. È sufficiente, in altri termini, che vi sia un'apprezzabile possibilità che, se il bene restasse nella disponibilità esclusiva di una delle parti, la futura attuazione coattiva della decisione trovi un oggetto deteriorato, alienato o diversamente sottratto alla sua funzione²⁹.

Proprio perché calibrato su questa finalità conservativa e su un *periculum* così "diffuso"³⁰, il sequestro giudiziario non è chiamato a soddisfare l'esigenza del ricorrente di conseguire, subito, il bene della vita cui aspira, bensì a garantirgli che, al termine del processo, quell'oggetto sarà ancora in condizione di essere materialmente consegnato o rilasciato. L'orizzonte è quello dell'integrità della *res*, non quello dell'immediata realizzazione dell'interesse sottostante al diritto fatto valere³¹.

Su questo sfondo si innesta il problema del rapporto con il provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* Se, infatti, tale rimedio è utilizzabile "*fuori dei casi regolati*" dalle misure tipiche, il punto decisivo diventa stabilire quando, a fronte di una controversia su un bene determinato, il ricorso alla tutela d'urgenza debba cedere il passo al sequestro giudiziario e quando, invece, esso rimanga aperto.

²⁸ Esso non si struttura come un "pericolo nel ritardo" rigidamente ancorato a un evento lesivo già in fase avanzata di concretizzazione, ma è formulato in chiave più ampia come "opportunità di disporre la custodia o la gestione temporanea dei beni". Così F. CORSINI, *Il sequestro giudiziario di beni*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di S. CHIARLONI, C. CONSOLO, Torino, 2005, p. 870 ss.

²⁹ v. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 251 e 252, che, tra le varie ragioni di pericolo, individua il "*pericolo che deriva dalla cattiva gestione del bene stesso*", rappresentando due esempi: *il bene in questione è un immobile, che deve essere mantenuto e riparato. Se l'attuale possessore (o detentore) non lo cura, alla fine del processo l'attore otterrà un bene deteriorato; il bene in questione è un'azienda. Se l'attuale possessore (o detentore) non lo gestisce bene. Alla fine del processo l'attore otterrà un'azienda senza più avviamento commerciale*.

³⁰ v. P. BERTOLLINI, art. 669 bis -840, in *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da C. CONSOLO, Milano, 2018, p. 418 ss.; R. CONTE, art. 670-705, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Milano, 2014, p. 535 ss.

³¹ In buona sostanza il *periculum in mora* è integrato anche dal mero rischio, pur astratto, che i beni oggetto di controversia siano esposti - nel corso del giudizio di merito - a deterioramento, alterazione o sottrazione, rendendo necessario sottrarli alla libera disponibilità del detentore al fine di preservare l'utilità pratica della futura decisione. In tal senso Cass., 10 novembre 1992, n. 12087, in *Rep. Foro It.*, 1992, voce *Sequestro conservativo, giudiziale e convenzionale*, n. 13, secondo cui "*per il sequestro giudiziario, non è richiesto il pericolo, concreto e attuale, di sottrazione o alterazione del bene, essendo sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso*". V., altresì, in dottrina, A. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Torino, 1949, p. 165 ss., secondo cui il divieto di disporre giuridicamente del bene sequestrato è considerato immanente alla struttura stessa dell'istituto: l'alienazione, infatti, risulterebbe ontologicamente incompatibile con la funzione conservativa del sequestro, che mira a garantire la permanenza del bene sino alla conclusione della controversia e alla sua restituzione a chi sarà dichiarato titolare.

La chiave di lettura che oggi appare più convincente - e che meglio si armonizza con la nozione funzionale di residualità richiamata *supra* - è quella che sposta il fuoco dal solo dato oggettivo del bene e del diritto azionato al tipo di pregiudizio dedotto. L'inammissibilità dell'art. 700 c.p.c. non discende dal semplice fatto che l'ordinamento conosca, per il medesimo bene, una misura tipica come il sequestro giudiziario, ma dal fatto che il *periculum* prospettato dal ricorrente coincida con quello che il sequestro è strutturalmente in grado di neutralizzare e che il contenuto della misura tipica sia idoneo a fornire, in concreto, una tutela non inferiore a quella che si chiederebbe in via atipica³².

Diversamente, se (al contrario) il ricorrente allega un pregiudizio che va oltre o altrove rispetto alla mera esigenza di "custodia o gestione temporanea" del bene - perché ciò che è in gioco non è solo l'integrità materiale, ma la possibilità di sfruttarne subito le potenzialità economiche o di esercitare diritti strettamente temporalizzati - allora il rapporto tra sequestro e provvedimento d'urgenza muta di segno. In questi casi, il sequestro giudiziario non è più il rimedio "concorrente" che rende superflua la tutela ex art. 700 c.p.c., ma uno strumento strutturalmente inadeguato a fronteggiare il pregiudizio prospettato; sicché la residualità dell'art. 700 non può essere invocata per escluderne l'impiego³³.

Le ordinanze in commento permettono di misurare questa dinamica su terreni differenti.

Nel caso di Avezzano, viene sottolineato come la riacquisizione dell'azienda in capo al concedente offra utilità radicalmente diverse dalla mera custodia: essa consente di evitare la

³² In tal senso R. ALIBERTI, *La residualità della misura ex art. 700 c.p.c. in relazione a quelle ex artt. 670 n. 1 e 702-bis c.p.c.*, in *Il Corriere del Merito*, 2013, n. 10, p. 957, la quale evidenzia che la clausola "fuori dei casi regolati" implica l'inammissibilità della tutela d'urgenza solo quando il *periculum* dedotto sia già adeguatamente fronteggiabile mediante una misura tipica. La verifica della residualità va dunque condotta sul terreno del *periculum in mora*: il ricorso all'art. 700 c.p.c. resta ammissibile ogniqualvolta il pregiudizio prospettato non coincida con quello tipizzato dal legislatore né risulti neutralizzabile attraverso gli strumenti cautelari espressamente previsti dal codice di rito o *extra codicem*.

³³ Letta in questa prospettiva, la clausola "fuori dei casi regolati" esige che si verifichi se, rispetto al concreto bisogno di protezione, il sequestro giudiziario sia in grado di offrire "misure assicurative analoghe" a quelle che la parte chiede in via atipica. Solo ove la risposta sia positiva - perché l'interesse è meramente conservativo e il *periculum* si esaurisce nella possibilità di dispersione o cattiva gestione del bene - l'accesso al provvedimento d'urgenza dovrà essere negato per difetto di residualità; diversamente, la presenza di una misura tipica non è, di per sé, ostativa. In tal senso R. CONTE, *Tutela del diritto alla restituzione dell'azienda tra sequestro giudiziario e provvedimento d'urgenza*, in *Giur. It.*, 2004, p. 81 ss., secondo cui, esemplificando, ove il creditore tema un pregiudizio derivante non dalla possibile *infruttuosità* dell'esecuzione, bensì dall'impatto immediato che il mancato soddisfacimento del credito produce sulla sua capacità di adempiere verso i propri obbligati, il *periculum* dedotto non coincide con un pericolo di perdita della garanzia patrimoniale (*rectius*: della fruttuosità dell'esecuzione). Ne consegue che tale pregiudizio non è neutralizzabile tramite sequestro conservativo, pur essendo quest'ultimo la misura tipica a presidio dei diritti di credito. In seno alla giurisprudenza di merito cfr. Trib. civ. Catania, ord., 22 dicembre 2014, in *Foro it.*, 2015, IX, c. 2560 (con nota di R. TARANTINO, *adesiva*), il quale stabilisce che "*In caso di controversia sulla detenzione o sul possesso di determinati beni, quale è quella che si ingenera in ipotesi di domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e connessa domanda restitutoria ex art. 1458 c.c., la tutela anticipatoria atipica d'urgenza alla restituzione del bene può ricorrere in casi eccezionali e solo qualora il sequestro giudiziario non sia idoneo, tenuto conto delle sue finalità tipiche, a tutelare, nelle more dello svolgimento del giudizio di merito, le peculiari esigenze del caso concreto*"; Trib. Milano, 14 agosto 1997, in *Foro It.*, 1998, I, 241, per cui "*è tutelabile in via d'urgenza il diritto di obbligazione contrattuale in quanto il pregiudizio irreparabile va ravvisato nell'insieme dei riflessi negativi proiettati su tutta la sfera del soggetto leso*".

paralisi dell'attività produttiva, di preservare l'avviamento e di scongiurare il rischio che il dissesto dell'affittuario determini la chiusura o il depotenziamento irreversibile dell'impresa. Di fronte a un simile pregiudizio - che incide sulla funzionalità economica dell'azienda e non solo sulla sua integrità materiale - il sequestro giudiziario, con il suo *periculum* modellato sull'"opportunità di custodia" e sul suo contenuto essenzialmente statico, non è in grado di restituire alla parte ciò di cui ha bisogno: non basta conservare il bene, occorre renderlo fruibile a fini produttivi. In questo senso, la stessa ammissibilità in astratto del rilascio d'azienda ex art. 700 c.p.c. presuppone una lettura della residualità che prende sul serio la specificità del pregiudizio dedotto e non si arresta alla mera esistenza di un rimedio tipico riferibile al medesimo cespite.

Ancora più netta è la posizione assunta dal Tribunale di Brescia, che evidenzia come il sequestro giudiziario, per quanto astrattamente configurabile sui titoli o sulle partecipazioni, svolga una funzione meramente conservativa: esso blocca la disponibilità del bene, ma lascia in capo al custode l'esercizio dei diritti e, soprattutto, non garantisce al socio la concreta possibilità di sottoscrivere le nuove azioni e di partecipare, con la propria quota, all'operazione di rafforzamento patrimoniale.

La misura ex art. 700 c.p.c., al contrario, è idonea a "dare qualcosa in più e di diverso": essa può consentire al ricorrente di acquisire immediatamente la partecipazione corrispondente alla quota di aumento, mettendolo nelle condizioni di esercitare i diritti patrimoniali (dividendi, diritti di opzione successivi) e amministrativi (voto, impugnazioni) collegati alla qualità di socio. Qui il pregiudizio imminente ed irreparabile non è il rischio di dispersione del bene, ma la perdita definitiva dell'occasione di entrare (o restare) in una determinata posizione societaria, legata a una finestra temporale ristretta³⁴.

In questa prospettiva, il Tribunale di Brescia offre una declinazione particolarmente chiara del criterio di residualità: proprio perché il sequestro giudiziario tutela un *periculum* e perché il risultato perseguito dal socio non è sovrapponibile alla neutralizzazione di quel pericolo, il rimedio tipico non può essere considerato "sostitutivo" del provvedimento d'urgenza. La residualità non è allora letta come un automatismo che impone di preferire sempre la misura nominata quando sia solo astrattamente configurabile, ma come un criterio di riparto che impone di verificare se, rispetto al concreto pregiudizio dedotto, il sequestro sia davvero in grado di soddisfare il bisogno di tutela con la stessa efficacia e tempestività.

In sintesi, il dialogo tra le ordinanze in commento e la ricostruzione teorica conferma che il rapporto di residualità tra sequestro giudiziario e art. 700 c.p.c. non può essere risolto attraverso un semplice confronto "per oggetti" (stesso bene, stesso diritto), ma esige una

³⁴ Vien da sé che una volta spirato il termine di opzione, il socio escluso non potrà più conseguire, neppure in esecuzione di una sentenza favorevole, la stessa struttura partecipativa che l'operazione di aumento aveva disegnato. Una eventuale condanna risarcitoria non sarà in grado di restituire il complesso di diritti, poteri e chance correlate alla posizione che egli avrebbe occupato nella compagine sociale.

verifica puntuale del *periculum* allegato e del contenuto della tutela richiesta: ogniqualvolta la parte invochi, non la sola conservazione del bene, ma l'immediata possibilità di esercitare poteri e facoltà che il tempo del processo renderebbe altrimenti definitivamente irrealizzabili, il sequestro giudiziario tende a rivelarsi strutturalmente insufficiente e il provvedimento d'urgenza recupera, a pieno titolo, la propria funzione integrativa del sistema cautelare.

3. Un ambito d'applicazione ridotto alla luce del nuovo apparato processuale tipizzato? Gli artt. 657 e 678 c.p.c.

La riforma Cartabia interviene, in apparenza, su un terreno distante dalla tutela d'urgenza, ma finisce con il determinare uno spostamento significativo del baricentro sistematico entro cui si colloca l'art. 700 c.p.c. L'estensione dell'intimazione di licenza e di sfratto all'affitto di azienda, così come la contestuale rimodulazione dell'art. 658 c.p.c. in materia di morosità, disciplinano in via tipica una serie di situazioni che, nella prassi, costituivano terreno privilegiato di applicazione del provvedimento d'urgenza, soprattutto quando la disponibilità immediata del complesso aziendale rappresentava il nucleo del conflitto e l'unico modo per evitare compromissioni difficilmente reversibili dell'attività economica.

Se si osserva la vicenda normativa nel suo sviluppo, il quadro appare ancora più nitido. La prima modifica dell'art. 657 c.p.c. (d.lgs. 149/2022) ha introdotto nell'ambito dell'intimazione di licenza e sfratto anche i contratti di affitto di azienda, includendoli tra le ipotesi per le quali è previsto un procedimento speciale a cognizione accelerata: un approdo che la giurisprudenza aveva già sfiorato ma che non aveva mai potuto tematizzare con certezza in assenza di copertura legislativa. La successiva interpretazione della Cassazione del 13 novembre 2024 - che, prima ancora dell'entrata in vigore del correttivo, ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 658 c.p.c. al contratto di affitto di azienda in caso di morosità - ha confermato la tendenza del sistema a "tipizzare" ciò che, fino a quel momento, era rimesso alla duttilità del provvedimento *ex art.* 700 c.p.c. e, in misura minore, al sequestro giudiziario. L'intervento del legislatore, soprattutto nella versione definitiva dell'art. 658 c.p.c.³⁵ introdotta dal d.lgs. 164/2024, consolida definitivamente questo approccio: l'affittuario

³⁵ Prima del correttivo Cartabia, v. F. P. LUISO, *Il nuovo processo civile: commentario breve agli articoli riformati del Codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 320-321, secondo cui "la norma ha esteso l'utilizzabilità della convalida di licenza o sfratto per finita locazione ai rapporti di comodato e di affitto di azienda [...]. Non è stato viceversa esteso all'affitto di azienda il procedimento di sfratto per morosità, previsto dall'art. 658 c.p.c., nonostante la precisa previsione in tal senso della legge delega. Non è chiaro se ciò è dipeso da una svista o da una precisa volontà normativa". È solo il caso di precisare che l'applicabilità dell'art. 658 c.p.c., nel silenzio/nella dimenticanza del legislatore (sempre prima del correttivo Cartabia), era già stata risolta da Cass., 13 novembre 2024, n. 29253, in *Riv. Esec. Forzata*, 2025, II, p. 355. Trattasi, a ben vedere, di orientamento già condiviso in dottrina: su tutti, v. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 316 ss. Sul punto, si rinvia a M. SPADARO, *Sfratto per morosità e affitto di azienda tra orientamenti giurisprudenziali e novità legislative*, in *Esecuzione forzata*, 2025, II, p. 355 ss. L'A., difatti, ricostruisce il dibattito sorto dopo la riforma Cartabia sull'applicabilità del procedimento per convalida di sfratto, *ex artt.* 657-658 c.p.c., al contratto di affitto di azienda, evidenziando come l'intervento delegato del 2022, modificando il solo art. 657 c.p.c., abbia generato dubbi sulla possibilità di intimare lo sfratto

d'azienda moroso è ora assoggettato allo stesso procedimento accelerato previsto per il conduttore di beni immobili, con un meccanismo che consente al locatore o concedente di ottenere in tempi ristretti sia l'ingiunzione di pagamento dei canoni scaduti, sia la liberazione dell'azienda. Una scelta che incide direttamente sul terreno della tutela cautelare, perché offre un rimedio tipico e strutturato per situazioni che prima erano coperte - e spesso solo così potevano essere adeguatamente presidiate - dalla tutela interinale anticipatoria³⁶.

A fronte di questo riassetto, si pone inevitabilmente la questione di come si riconfiguri la residualità dell'art. 700 c.p.c.: non più, o non soltanto, come risposta ai "vuoti" del sistema, ma come strumento che continua a operare ogniqualvolta il rimedio tipico, pur previsto, non sia idoneo, in concreto, a scongiurare il pregiudizio prospettato. La tipizzazione, infatti, non coincide con la completa sostituzione della tutela d'urgenza. Che alcune fattispecie siano oggi attratte nella sfera di applicazione degli artt. 657 e 658 c.p.c. non implica che il provvedimento d'urgenza debba arretrare sempre e comunque di fronte al procedimento speciale: ciò che muta non è la natura dell'art. 700, bensì il contesto in cui la residualità deve essere valutata. La nuova configurazione degli artt. 657 e 658 c.p.c. delimita infatti una parte dell'area tradizionalmente coperta dall'art. 700 c.p.c., ma non elimina l'esigenza di un rimedio capace di intervenire nella fase patologica del rapporto contrattuale al di fuori delle ipotesi tipizzate. L'esperienza pre-riforma offre un dato significativo: molte controversie riguardanti la restituzione di beni aziendali erano mosse non (o non solo) da morosità, ma da condotte inadempienti eterogenee, spesso incapaci di ricadere dentro lo schema ristretto

per morosità anche all'affittuario di azienda, in assenza di analoga modifica del successivo art. 658. Ricostruiti i due orientamenti emersi nei tribunali (uno negativo, fondato sulla tassatività dei casi di sfratto; l'altro favorevole, fondato sulla lettura sistematica del rinvio alle "modalità dell'articolo precedente"), l'A. dà conto della decisione della Cassazione n. 29253/2024, la quale - valorizzando il combinato disposto degli artt. 657 e 658 c.p.c. e la *ratio legis* della riforma - ha ammesso l'applicabilità del procedimento speciale anche ai contratti di affitto di azienda (e di ramo d'azienda), purché ricomprendenti almeno un immobile. L'A. però critica tale limitazione: osserva che né il dato letterale né la *ratio* acceleratoria della disciplina giustificano la condizione della presenza di un bene immobile nell'azienda, richiamando, in tal senso, la coerenza sistematica con gli artt. 447-bis e 21 c.p.c., da sempre applicati all'azienda "in quanto tale". Conclude dunque nel senso di ritenere applicabili gli artt. 657-658 c.p.c. all'affitto di azienda (o ramo), anche in assenza di beni immobili, alla luce della successiva novella del 2024 che ha espressamente incluso l'affittuario di azienda nel perimetro dell'art. 658 c.p.c.

³⁶ Come noto la formulazione dell'art. 700 c.p.c. - che presuppone il *fumus* di un'azione destinata a sfociare in un giudizio ordinario di cognizione - impone di escluderne l'applicazione tanto nell'ambito dei procedimenti speciali disciplinati dal libro IV del codice (artt. 633-805 c.p.c.) quanto nei procedimenti in camera di consiglio. Poiché la misura d'urgenza mira ad anticipare, in via provvisoria, gli effetti della futura decisione di merito nel processo ordinario, resta incompatibile con situazioni giuridiche destinate a trovare tutela attraverso forme di giurisdizione diverse da quella ordinaria, e a fortiori con posizioni che abbiano già ottenuto una tutela speciale alternativa. Così G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 75 ss. Nello stesso ordine d'idee L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile: artt. 700-702 cod. proc. civ.*, cit., p. 45 ss., secondo cui il rinvio, operato dall'art. 700 c.p.c., al diritto azionabile in via ordinaria si raccorda con gli artt. 99 e 100 c.p.c., i quali individuano i presupposti sostanziali dell'azione e, specularmente, del dovere del giudice di provvedere. Tali presupposti - costruiti con riferimento al giudizio di cognizione - non possono estendersi ai procedimenti speciali, i cui requisiti non derivano dal generico richiamo a qualsiasi diritto sostanziale tutelabile, ma risultano tipizzati dalle singole norme che attribuiscono le specifiche azioni esercitabili in quelle sedi.

dell'intimazione di sfratto. Ed è proprio in questo spazio "ibrido" - dove l'urgenza nasce da esigenze di continuità economica, dalla necessità di evitare il blocco del ciclo produttivo o dalla perdita di occasioni contrattuali - che il provvedimento d'urgenza ha operato come strumento di supplenza essenziale.

È proprio in questi spazi, che la riforma ha lasciato aperti, che il provvedimento d'urgenza torna ad assumere la sua funzione fisiologica e sistemica: non una tutela "alternativa" rispetto ai procedimenti speciali, ma una tutela "complementare", destinata a intervenire ogniqualvolta la tipicità non riesce ad assorbire la complessità delle situazioni concrete³⁷.

Difatti, per quanto l'intervento riformatore abbia ampliato l'area della tutela tipica, non pare sostenibile che la compatibilità tra procedimento speciale e provvedimento d'urgenza possa essere negata in via aprioristica³⁸.

Non sembra infatti persuasiva l'opzione interpretativa che individua nella formula "*far valere il suo diritto in via ordinaria*" un rimando necessario ed esclusivo al giudizio a cognizione piena, assumendo che l'art. 700 c.p.c. possa operare solo quando l'unica alternativa teorica sia il processo ordinario di cognizione, con conseguente sua inammissibilità ogniqualvolta l'ordinamento abbia approntato un procedimento speciale, a cognizione sommaria, in grado di assicurare una tutela rapida del diritto sostanziale.

Tale impostazione (che, tuttavia, appare costruita più su una gerarchia astratta delle forme del processo che su una valutazione concreta dell'adeguatezza della tutela), presta il fianco, infatti, a non poche obiezioni. Non si vede perché la sola presenza di un procedimento speciale dovrebbe di per sé escludere il ricorso all'art. 700 c.p.c., se non al prezzo di sovrapporre indebitamente la sfera della residualità a quella della mera tipicità³⁹.

³⁷ In tal senso R. CONTE, *Ancora sul rapporto tra provvedimento d'urgenza e sequestro giudiziario*, in *Giur. it.*, 2024, p. 2614-2615, secondo cui "il ricorso al procedimento cautelare (vuoi ex art. 670 c.p.c., vuoi ex art. 700 c.p.c.) resta percorribile per altre ipotesi, quali, per esempio, la risoluzione del contratto per casi di inadempimento dell'affittuario diversi da quello relativo alla morosità". Ne deriva che – a mero titolo esemplificativo – se nel contratto è previsto, quale condizione, l'obbligo per l'affittuario di tenersi disponibile ai fini dell'accesso nel complesso di un potenziale venditore, ed egli si rende inadempiente in tal senso, va a configurarsi un'ipotesi di risoluzione contrattuale, diversa – appunto – dalla morosità di cui all'art. 658 c.p.c.

³⁸ Proprio perché vi sono situazioni nelle quali le esigenze sottese alla domanda cautelare non sono apprezzabili soltanto in termini di rapidità decisionale, bensì in termini di adeguatezza della protezione richiesta: ed è proprio in tali ipotesi che la cautela innominata continua a rappresentare, fisiologicamente, lo strumento più idoneo a preservare l'effettività della tutela giurisdizionale. Sarebbe anzi auspicabile un confronto più meditato – tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – sul delicato equilibrio tra i procedimenti speciali accelerati e il perimetro operativo dell'art. 700 c.p.c., onde evitare letture irrigidite che finirebbero per comprimere, anziché realizzare, il principio di effettività.

³⁹ Così C. E. BALBI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 108. Nello stesso senso, ma con argomentazioni spese in ordine al procedimento monitorio, L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza*, cit., p. 213 ss. Secondo l'A. il procedimento per decreto ingiuntivo – non essendo strutturato come strumento primariamente cautelare – può richiedere tempi incompatibili con l'esigenza di prevenire il pregiudizio imminente, risultando quindi talvolta inidoneo a scongiurarlo. Una posizione analoga è espressa da Vullo, il quale osserva che, così come il creditore può scegliere di introdurre un giudizio ordinario pur sussistendone i presupposti per la via monitoria, sarebbe irragionevole impedirgli l'accesso alla tutela d'urgenza *ante causam* quando ricorrano gli elementi del *fumus* e del *periculum*. Contra A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2023, p. 365 ss.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 256 ss., secondo cui occorre distinguere tra: (a) i procedimenti

Occorre pertanto spostare il baricentro dell'indagine: il fulcro della valutazione è la residualità, intesa non come residuo aritmetico dello spazio normativo non occupato da altri rimedi, bensì come misura dell'effettività della protezione offerta dal sistema; se il procedimento tipico non è in grado di neutralizzare il rischio di un danno immediato e non recuperabile, il provvedimento d'urgenza mantiene la propria funzione istituzionale, anche se lo strumento tipico è astrattamente previsto.

Tale logica impone di riconsiderare con cautela la tesi che esclude in radice l'applicabilità dell'art. 700 c.p.c. quando il diritto sia tutelabile attraverso rimedi basati su forme di cognizione "diverse" da quella ordinaria. Ciò che rileva non è la distanza formale dal processo ordinario, bensì la capacità del procedimento speciale di offrire una tutela pienamente soddisfattiva e tempestiva. È dunque necessario esaminare caso per caso il contenuto dell'azione di merito esperibile nel rito speciale, la funzione che questo è chiamato a svolgere e la sua idoneità a evitare il pregiudizio che si assume imminente. Solo ove tale idoneità risulti effettiva e non meramente teorica, la residualità potrà dirsi integrata; diversamente, la tutela d'urgenza conserva un ambito di operatività che il legislatore - nemmeno con la riforma - ha inteso sopprimere.

In questa prospettiva, ciò che può legittimamente precludere il ricorso all'art. 700 c.p.c. non è l'esistenza di un procedimento speciale, ma la sua effettiva capacità di evitare il danno temuto attraverso gli strumenti già predisposti. È infatti sul terreno dell'effettività - non su quello della tassatività - che si misura la compatibilità tra procedimento speciale e provvedimento d'urgenza.

La residualità dell'art. 700 c.p.c., alla luce della riforma, non si riduce dunque, ma si trasforma. Da clausola che proteggeva ciò che il legislatore non aveva disciplinato, diventa clausola che garantisce la piena effettività della tutela anche laddove il legislatore ha disciplinato, ma non completamente, o non in modo adeguato rispetto alle peculiarità di certi rapporti.

È in questa nuova dialettica - tra tipizzazione e adeguatezza, tra specialità del rito e protezione dell'interesse sostanziale - che la misura d'urgenza continua a svolgere una funzione insostituibile, riaffermando la sua natura di presidio non residuale in senso quantitativo, ma in senso qualitativo.

3.1. (Segue) Sul rapporto tra il provvedimento d'urgenza e il (nuovo) procedimento semplificato di cognizione

sommari non necessari ma alternativi alla cognizione ordinaria - quali il sommario di cognizione, il monitorio e la convalida di licenza o sfratto - che non richiederebbero una tutela cautelare autonoma poiché concepiti per evitare il giudizio ordinario, salvo poi convertirsi in esso ove la controparte si opponga; (b) i procedimenti a cognizione sommaria necessaria per i quali non può escludersi a priori l'ammissibilità della cautela d'urgenza, poiché anche una cognizione abbreviata potrebbe rivelarsi, in concreto, troppo lenta rispetto al pregiudizio minacciato.

Le riflessioni sul provvedimento d'urgenza non possono prescindere nemmeno da qualche considerazione sul nuovo rito semplificato di cognizione.

Sotto il vigore del processo sommario di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c.*, il problema della sua possibile interferenza con la cautela d'urgenza si era posto con una certa intensità, giacché la (sua) collocazione nel Libro IV - tra i procedimenti speciali e in un capo autonomo immediatamente successivo ai procedimenti cautelari - aveva alimentato il grave equivoco di considerarlo un vero e proprio "procedimento sommario" in senso tecnico, e dunque potenzialmente incompatibile con la cautela d'urgenza.

Una parte significativa della dottrina, tuttavia, aveva già sgombrato il campo da questo fraintendimento: la sommarietà del 702-bis non incideva sull'oggetto tutelabile, né comportava una compressione della cognizione, ma riguardava solo lo schema processuale; il legislatore non aveva modellato un - vero e proprio - rito speciale, bensì un modulo alternativo di cognizione piena, reso più agile dall'essenzialità dell'istruttoria e dalla possibilità di concentrare la trattazione in poche udienze, senza alcuna rinuncia all'accertamento completo del merito⁴⁰.

Con l'introduzione del procedimento semplificato di cognizione *ex artt. 281-decies ss.*⁴¹ tale ricostruzione diviene definitiva. Due dati sistematici, in particolare, appaiono dirimenti.

Da un lato, la nuova collocazione del rito nella disciplina generale del processo di cognizione: non più nel libro dei procedimenti speciali (come il giudizio 702-bis), ma all'interno della

⁴⁰ In dottrina, R. CAPONI, *Commento agli artt. 702-bis ss*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 197; B. CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione tra norme e istruzioni per l'uso*, in *Corr. giur.*, 2010, 8, p. 1104; P. BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, cit., p. 189; ID., *Alla prova il nuovo rito a cognizione semplificata*, in *Giur. mer.*, 2010, 9, p. 2168; R. TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1185 ss., i quali configurano un procedimento a cognizione piena, anche se connotato da una struttura semplificata. Ancora M. FABINANI, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, 2010, p. 795 ss., il quale osserva che la "sommarietà può essere riferita non al tipo di cognizione, ma - se mai - alla svalutazione delle forme". Circa la giurisprudenza di merito, si segnala Tribunale Bologna, ord. 26 settembre 2011, in *www.dejure.com*, secondo cui "Il rito sommario, secondo la prevalente interpretazione è rito a cognizione piena, che si distingue dal rito ordinario, per la sua deformalizzazione strutturale rappresentata dall'art. 702-ter, comma 5, c.p.c., che pone come criterio dell'omissione di "ogni formalità" la tutela di quanto essenziale al contraddittorio. Si tratta dunque di un rito semplificato e concentrato, tant'è che il provvedimento definitivo riveste la forma di ordinanza, la cui motivazione è dunque, *ex art. 134 c.p.c.* più succinta della motivazione delle sentenze, contestuali o meno". *Contra* A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 223 ss.; ID., *Appunti sull'ultima riforma*, cit., p. 118 ss., che qualifica il procedimento come sommario, in virtù della sua collocazione, avvalorando la discussione sulla natura del procedimento solo in termini terminologici. A. CARRATTA, *Il nuovo procedimento sommario*, in *Come cambia il processo civile*, a cura di C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, Torino, 2009, p. 135 ss.; ID., *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell'«istruzione sommaria»: prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2010, 902 ss., che configura un procedimento a cognizione sommaria, in quanto presenta una istruzione ed una trattazione deformalizzate; A. A. ROMANO, *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 195. Si veda, altresì, R. CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 1115 ss.; G. POLI, *Sulla "simmetria" del giudicato nel procedimento sommario a cognizione piena*, ivi, 2014, p. 283 ss.

⁴¹ Su tutti, v. A. MERONE, *Il modello semplificato di cognizione tra principi e regole del processo*, Napoli, 2025; G.P. CALIFANO, *Il procedimento semplificato di cognizione (dopo il Correttivo Cartabia)*, Bologna, 2025.

struttura ordinaria del processo civile, segno inequivoco che esso non condivide la natura dei procedimenti sommari tipici, ma costituisce una modalità fisiologica (benché semplificata) della giurisdizione di merito⁴².

Dall'altro, la necessaria conclusione con sentenza idonea al giudicato, che esclude radicalmente la possibilità di assimilare il rito semplificato ai procedimenti sommari non necessari - quei procedimenti nei quali la fase sommaria costituisce solo un primo tempo di una cognizione bifasica, destinata a completarsi nella fase ordinaria -. Qui, al contrario, la cognizione è piena "da subito": non un accertamento *zur Zeit*⁴³, reversibile o destinato a essere sostituito da una fase successiva, ma un giudizio compiuto, definitivo, autosufficiente. Tale struttura decisoria chiarisce già un primo, fondamentale punto: il procedimento semplificato è giudizio pieno, e in quanto tale rientra perfettamente nell'alveo della "*via ordinaria*" evocata dall'art. 700 c.p.c.

Non meno rilevante è osservare che il procedimento semplificato di cognizione non è preordinato alla tutela di specifiche categorie di diritti, né presuppone un particolare grado di evidenza probatoria. Esso si presta, in astratto, alla trattazione di qualunque situazione giuridica sostanziale rientrante nella competenza del tribunale⁴⁴, a condizione che

⁴² L'introduzione del rito semplificato di cognizione – disciplinato dagli artt. 281-*decies* ss. e collocato nel nuovo Capo III-*quater* del Titolo I del Libro II del c.p.c. - segna un deciso mutamento di prospettiva rispetto al previgente procedimento sommario di cognizione, contestualmente abrogato. La scelta legislativa appare apprezzabile sia per la ridenominazione dell'istituto, superando un'etichetta ("sommario") che aveva ingenerato equivoci circa la natura effettiva del modello, sia per la sua ricollocazione sistematica nel Libro II, accanto al rito ordinario. Come da tempo auspicato in dottrina, il legislatore ha così chiarito che si tratta non di un procedimento sommario, ma di un modulo processuale semplificato, pur sempre fondato su una cognizione piena e non meramente abbreviata. Sebbene la nuova disciplina possa superficialmente suggerire una continuità con il previgente procedimento sommario ex artt. 702-bis ss. c.p.c., la collocazione nel Libro II e il mutamento della denominazione non si risolvono in una mera operazione formale. Il legislatore ha infatti introdotto significative innovazioni sostanziali: è stata eliminata la possibilità di separare la domanda principale da quella riconvenzionale che richieda un'istruttoria non "sommaria"; si è prevista la facoltà per l'attore di chiedere, entro la prima udienza, l'autorizzazione a chiamare un terzo ove l'esigenza emerga dalle difese del convenuto; è venuta meno la deformalizzazione nella deduzione e nell'ammissione dei mezzi di prova; l'ambito applicativo risulta più dettagliato, ampliato e in parte connotato da obbligatorietà. Ne emerge un procedimento che non costituisce la mera trasposizione del modello sommario previgente, ma un rito speciale a cognizione piena, strutturalmente alternativo – e parallelo – al rito ordinario, dal quale si distingue per la semplificazione degli adempimenti ma non per la natura e la qualità dell'accertamento, come dimostrato anche dall'esito decisivo ora previsto: non più un'ordinanza, bensì una sentenza.

⁴³ Così M. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 70- bis ss. c.p.c.*, in *Judicium online*, 29 aprile 2010.

⁴⁴ Anzi, è solo il caso di precisare che il procedimento semplificato di cognizione non si atteggia, come il precedente sommario ex art. 702-bis c.p.c., a modulo "speciale" circoscritto alle sole cause rientranti nella competenza del tribunale in composizione monocratica. La riforma Cartabia ha infatti scelto di svincolare il semplificato dal criterio organizzativo della composizione del giudice, rendendolo esperibile, in linea di principio, per tutte le controversie di competenza del tribunale, incluse quelle devolute al collegio, salvo le ipotesi espressamente escluse. Si tratta di un mutamento strutturale non marginale: il rito semplificato è ora un procedimento di merito a cognizione piena, alternativo all'ordinario non per l'oggetto, ma per l'intensità e la razionalizzazione delle forme, purché la causa presenti un grado di complessità istruttoria compatibile con il suo impianto accelerato. Per maggior esaustività si rinvia a G.P. CALIFANO, *Il procedimento semplificato di cognizione (dopo il Correttivo Cartabia)*, cit., p. 18-33.

l'accertamento pieno della pretesa non richieda un'istruttoria complessa per ampiezza, natura o numero dei mezzi istruttori. La semplificazione riguarda dunque il modello processuale, non l'intensità della cognizione né la tipologia delle situazioni tutelabili.

In tale prospettiva, l'*incipit* dell'art. 700 c.p.c. - nella parte in cui subordina il ricorso alla cautela innominata ai casi in cui il diritto debba essere fatto valere "*in via ordinaria*" - non può generare alcuna ombra di incompatibilità tra provvedimento d'urgenza e rito semplificato.

Il problema della residualità, pertanto, non si pone, e non può porsi. Come visto, la residualità evocata dall'art. 700 riguarda non i moduli di merito, ma esclusivamente l'esistenza di misure cautelari tipiche idonee a neutralizzare il pericolo prospettato dalla parte ricorrente. Solo quando l'ordinamento appronta uno specifico rimedio cautelare tipico per la fattispecie considerata, il provvedimento d'urgenza deve arretrare. Non già quando esista un diverso percorso cognitivo, più o meno semplificato, che conduca pur sempre a un accertamento pieno, definitivo e autosufficiente.

D'altra parte, perché una misura possa dirsi "residuale" rispetto a un'altra, entrambe devono appartenere al medesimo *genus* funzionale.

E qui l'equivoco si dissolve: il rito semplificato non è un rimedio cautelare tipico, non è una forma di tutela anticipata, non è destinato a scongiurare un pregiudizio irreparabile; è, a tutti gli effetti, uno dei giudizi di merito ai quali la cautela deve essere strumentale, nei limiti in cui le condizioni di operatività dell'urgenza risultino integrate.

La sola esistenza del rito semplificato, pertanto, non è idonea, di per sé, a escludere il ricorso all'art. 700 c.p.c. La questione va affrontata altrove, e più in profondità, ovvero in ordine alla condizione per cui il procedimento d'urgenza possa essere concesso solo laddove il tempo occorrente per far valere il diritto "*in via ordinaria*" lo esponga ad un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Ciò che rileva, dunque, non è l'astratta possibilità di far valere il diritto mediante il rito semplificato, bensì la verifica concreta dell'esistenza del *periculum in mora*: il giudice, prima di ammettere o escludere la tutela d'urgenza, deve valutare se i tempi necessari alla definizione del giudizio di merito – pur nella sua veste accelerata – siano comunque tali da esporre la situazione giuridica dedotta a un pregiudizio imminente e irreparabile. Solo ove tale rischio risulti effettivo, la misura ex art. 700 c.p.c. conserva la propria funzione strumentale e la propria imprescindibile ragion d'essere⁴⁵.

L'argomento, già formulato dalla dottrina⁴⁶ in relazione al 702-bis, secondo cui la presenza di un procedimento "più rapido" renderebbe superfluo il ricorso alla tutela d'urgenza, non regge né sul piano sistematico né su quello logico. Esso presuppone una concezione puramente

⁴⁵ Osservazioni già formulate in precedenza, ma in ordine al rito sommario (ora abrogato), da R. ALIBERTI, *La residualità della misura ex art. 700 c.p.c. in relazione a quelle ex artt. 670 n. 1 e 702 bis c.p.c., cit.*, p. 966.

⁴⁶ V. nota 39.

formale del rito semplificato, come se l'accelerazione potenziale del rito fosse automaticamente in grado di neutralizzare il pregiudizio dedotto. Ma ciò che conta non è la presenza astratta di un rito più rapido, ma la sua idoneità concreta a impedire il danno imminente e irreparabile.

Il procedimento semplificato è certamente pensato per essere più celere dell'ordinario; ma tale celerità è condizionata da variabili non controllabili dall'attore né dal giudice al momento dell'introduzione del giudizio: la natura delle difese del convenuto, di cui l'attore, nell'atto introduttivo, non può avere conoscenza; l'ampiezza delle questioni controverse, che può richiedere un approfondimento incompatibile con la struttura semplificata; la necessità di una istruttoria non complessa ma non istantanea, che, pur nei limiti dell'art. 281-*undecies*, può richiedere acquisizioni probatorie non conciliabili con la tempestività richiesta dall'urgenza; il possibile mutamento del rito, che, se disposto, determina uno slittamento verso il giudizio ordinario e, quindi, un allungamento dei tempi potenzialmente incompatibile con la neutralizzazione del danno temuto.

Proprio la possibilità del mutamento del rito, unita all'impossibilità per l'attore di prevedere le difese del convenuto, rappresenta un indicatore decisivo del fatto che il procedimento semplificato non può essere elevato a rimedio esclusivo nei confronti del quale l'urgenza andrebbe a priori dichiarata inammissibile. Se il giudice, dopo la prima trattazione, ritiene necessaria un'istruttoria più complessa, il giudizio si trasforma, e i tempi si dilatano. Né tanto meno l'attore può essere gravato dell'onere paradossale di prevedere tale esito, col rischio di vedersi poi precluso il rimedio d'urgenza sulla base di un modello procedimentale che potrebbe, in concreto, rivelarsi inadatto a evitare il danno irrimediabile⁴⁷.

Permane, pertanto, la necessità di una verifica *ex ante* in relazione alla capacità effettiva del giudizio di merito - quale che sia il suo modulo procedurale - di evitare il pregiudizio imminente.

⁴⁷ La formulazione dell'art. 281-*decies* c.p.c., nel delineare le condizioni per l'accesso al rito semplificato, non si distingue per precisione tecnica. Il primo comma afferma che "il giudizio è introdotto" con il rito speciale quando ricorre una delle condizioni previste, tra cui l'assenza di contestazioni sui fatti; tuttavia, tale espressione risulta logicamente problematica, poiché presuppone che l'attore sia in grado, sin dalla fase introduttiva, di prevedere il contenuto delle difese del convenuto, nonché l'eventuale intervento di terzi. Ne deriva una evidente frizione con la fisiologica asimmetria informativa che caratterizza l'avvio del processo. È pertanto necessaria una lettura correttiva della norma, nel senso che il rito potrà essere applicato solo dopo la costituzione delle parti, allorché il giudice - e non già l'attore - possa verificare, con valutazione *ex post*, la ricorrenza effettiva dei presupposti di semplificazione sul piano fattuale e giuridico. In questa prospettiva, è agevole comprendere come una parte attrice prudente, prevedendo la possibilità di contestazioni puntuali, tenderà a evitare l'instaurazione immediata del rito semplificato, onde sottrarsi al rischio di un successivo mutamento del rito, con inevitabile dilatazione dei tempi processuali. Ne consegue che la formulazione attuale dell'art. 281-*decies* c.p.c. rivela una significativa incoerenza tra la ratio acceleratoria perseguita dal legislatore e il meccanismo operativo concretamente delineato. V. M. CIRULLI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in *Il processo civile dopo la Riforma Cartabia*, a cura di A. DIDONE, F. DE SANTIS, Milano, 2023, p. 235 ss.; A. MOTTO, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *Judicium online*, 16 gennaio 2023, p. 2-3.

Da ciò discende una conclusione che appare oggi ineludibile: la compatibilità tra rito semplificato e provvedimento d'urgenza non può essere negata aprioristicamente, perché si muovono su piani diversi. Il primo fornisce una tutela cognitiva piena, ma non necessariamente tempestiva; il secondo assicura la protezione dell'interesse sostanziale contro il rischio che, nelle more del giudizio, esso subisca una compromissione irreversibile. La concorrenza tra i due non è dunque concorrenza tra rimedi, ma concorrenza tra tempi. Il che implica che, quando il procedimento semplificato non sia in grado - per la natura del caso, per le allegazioni della controparte, per l'istruttoria necessaria - di evitare il verificarsi del pregiudizio temuto, la tutela d'urgenza conserva intatta la propria operatività. In definitiva, il nuovo rito semplificato non limita, ma presuppone la permanenza dell'art. 700 c.p.c. come presidio dell'effettività della tutela: esso definisce il merito con maggiore efficienza, ma non assicura - né potrebbe assicurare - la neutralizzazione dei rischi che sorgono durante il tempo fisiologico della cognizione. L'urgenza continua così a rappresentare lo strumento di garanzia per eccellenza, indispensabile ogniqualvolta la cognizione, pur semplificata, risulti temporalmente insufficiente rispetto alla protezione del bene sostanziale.

Alessandro Carissimo
Dottorando

INDICE

Saggi

GIUSEPPE DELLA PIETRA

L'AVVISO AL CANCELLIERE E LA DIMENTICANZA DEL DIFENSORE: L'OMISSIONE NON INVALIDA LA NOTIFICA DELL'IMPUGNAZIONE 610

GINEVRA AMMASSARI

LA TUTELA COATTIVA DEI DIRITTI DEI LAVORATORI 619

VALERIA VERDE

LA PROPOSTA DI CONCILIAZIONE E IL NUOVO RUOLO DEL GIUDICE 655

GIOVANNI CARMELLINO

LA CTU ALLA PROVA DEI PRINCIPI DEL PROCESSO CIVILE DOPO TRE ANNI DALLE SEZIONI UNITE 674

MARCELLO STELLA

GIUDICATO ARBITRALE ED EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO EUROUNITARIO 695

GIUSEPPE DELLA PIETRA

UNO SPETTRO SI AGGIRA PER L'ITALIA: LA SENTENZA A CONTRADDITTORIO NON INTEGRO 709

ROBERTA TISCINI

SUL REGIME DELLE PRECLUSIONI NEL PROCEDIMENTO SEMPLIFICATO DI COGNIZIONE636

ALESSANDRO CARISSIMO

RIFLESSIONI SULL'ART. 700 C.P.C., (ANCHE) ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA716

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.