

IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE ITALIANO E COMPARATO



Rivista trimestrale – open access

DIRETTORE RESPONSABILE:

Prof. Ferruccio Auletta

COMITATO EDITORIALE:

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

Prof. Nicola Rascio - Prof. Fabio Santangeli

COMITATO SCIENTIFICO:

Prof. Giovanni Verde - Prof. Francesco Astone - Prof. Giampiero Balena

Prof. Paolo Biavati - Prof. Salvatore Boccagna - Prof. Ulisse Corea

Prof. Giuseppe della Pietra - Prof. Pascale Deumier - Prof. Pietro Franzina

Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Silvia Izzo Prof. Giovanni Leone - Prof. Antonio Marzocco

Prof. Roberta Metafora - Prof. Giorgio Giuseppe Poli - Prof. Giovanni Raiti

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

COMITATO DI VALUTAZIONE:

Dottore Eduardo Campese (Consigliere presso la Prima sezione civile della Corte di cassazione)
Professore Bruno Capponi (Università Luiss “Guido Carli”)
Professore Domenico Dalfino (Università degli studi di Bari Aldo Moro)
Professore Claudio De Fiores (Università degli studi della Campania, L. Vanvitelli)
Dottore Stanislao De Matteis (Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione)
Professore Francesco De Santis (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professoressa Ludovica Decimo (Università degli studi di Sassari)
Professore Romolo Donzelli (Università di Macerata)
Professore Federico Ferraris (Università degli studi di Milano – Bicocca)
Professore Giuseppe Finocchiaro (Università degli studi di Brescia)
Professoressa Maria Francesca Ghirga (Università degli studi dell’Insubria)
Professore Andrea Graziosi (Università degli studi di Ferrara)
Professore Albert Henke (Università degli studi di Milano)
Professore Luigi Iannicelli (Università degli studi di Salerno)
Professore Gianpaolo Impagnatiello (Università di Foggia)
Professoressa Rita Lombardi (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professoressa Concetta Marino (Università degli studi di Catania)
Professore Jordi Nieva-Fenoll (Universitat de Barcelona)
Professoressa Ilaria Pagni (Università degli studi di Firenze)
Professoressa Silvia Rusciano (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professore Raffaele Santoro (Università degli studi della Campania L. Vanvitelli)
Dottore Marcello Sinisi (Presidente di sezione presso il Tribunale di Napoli)
Professore Marcello Stella (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professore Michele Vanzetti (Università degli studi di Milano)
Professoressa (aggregata) Valeria Verde (Università degli studi della Campania L. Vanvitelli)
Professore Alberto Villa (Università degli studi di Milano Bicocca)
Professore Alberto Villata (Università degli studi di Milano – Bicocca)
Dottore Sergio Zeuli (Consigliere di Stato presso la VII sezione del Consiglio)

REDAZIONE:

Capo redazione: Dott.ssa Valentina Capasso
Dott. 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



MARCO PAPALEO

**Il procedimento di definizione accelerata dei ricorsi per Cassazione *ex art. 380-bis c.p.c.*:
incompatibilità dell'autore della proposta a partecipare al Collegio giudicante e *ius
superveniens***

Il contributo, premessi brevi cenni sul principio costituzionale di terzietà e imparzialità del giudice, si sofferma sul procedimento di decisione accelerata dei ricorsi per cassazione *ex art. 380-bis c.p.c.*, introdotto dal d.lgs. 149/2022 e in ultimo modificato dal d.lgs. 164/2024, c.d. “correttivo”. In particolare, l’analisi si concentra su due questioni, entrambe oggetto di recenti pronunce delle Sezioni Unite: la possibilità che l’autore della proposta di definizione accelerata possa partecipare al successivo collegio giudicante in caso di deposito di rituale istanza di decisione; il regime transitorio applicabile in esito all’abrogazione – ad opera del d.lgs. 164/2024 – del requisito della “nuova procura speciale” per la presentazione della citata istanza.

The essay provides a reconstruction of the constitutional principle of the impartiality and neutrality of the judge and then focuses on the accelerated decision-making process for appeals to the Court of Cassation, ruled by article 380-*bis* of the Italian Code of Civil Procedure, introduced by Legislative Decree 149/2022 and recently amended by Legislative Decree 164/2024. In particular, the analysis focuses on two issues, both addressed in recent rulings by the United Sections: the issue of whether the author of the proposal for accelerated resolution can participate in the subsequent judging panel in case of a duly filed request for a decision; and the transitional regime applicable following the repeal – by Legislative Decree 164/2024 – of the requirement for a “new special power of attorney.”

Sommario: 1. Introduzione – il principio di terzietà e imparzialità del giudice; 2. La giurisprudenza costituzionale; 3. Il ruolo dell’autore della “proposta” all’interno del procedimento accelerato; 4. Il regime transitorio in relazione all’abrogato requisito della “nuova procura speciale”.

1. Introduzione – il principio di terzietà e imparzialità del giudice

Il principio costituzionale di terzietà e imparzialità del giudice è sancito dall’art. 111, co. 2, Cost., nella sua formulazione successiva alla riforma operata dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2¹.

¹ V. G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 cost.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1185.

È opportuno notare che, anche prima di tale novella, già da tempo la giurisprudenza costituzionale² e la dottrina³ ritenevano il canone del giusto processo “iscritto nel codice genetico del costituzionalismo”⁴, sulla scorta del dettato dell’art. 24, co. 1 e 2, Cost. Senza tacere, peraltro, la rilevanza sovranazionale di quest’ultimo, testimoniata dall’art. 6 della CEDU, che garantisce il “*diritto a un equo processo*” amministrato da parte di un “tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge”.

I due caratteri di terzietà e imparzialità, secondo autorevoli commentatori⁵, non sono da considerare come una semplice e ridondante endiadi. In particolare, il concetto di terzietà si riferisce ad una estraneità “ordinamentale”⁶ rispetto alle istanze delle parti (ed in particolare rispetto a quelle della magistratura requirente, specie nel processo penale⁷). Quanto invece all’imparzialità, essa ha a che fare con il profilo soggettivo del giudice, che non può e non deve essere influenzato da pregiudizi o interessi esterni, all’atto della formazione del suo libero convincimento. In altre parole, mentre la terzietà si ricollega alla posizione istituzionale del giudice, l’imparzialità riguarda la sua dimensione “operativa”⁸.

Nondimeno, è evidente che tra i due concetti esista un nesso di “coessenzialità”⁹, atteso che il difetto degli stessi in capo al giudice¹⁰ comporta la sua incompatibilità con il processo. Dal

² V., *ex multis*, C. cost., 22 dicembre 1961, n. 70, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 1284, con nota di M. CAPPELLETTI.

³ V., *ex multis*, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 287: in particolare, l’A. identifica “tutta una serie di norme costituzionali che fanno corona all’art. 24, configurando quello che altrove chiamano il *due process of law*”, riferendosi agli artt. 25 (che sancisce il principio del giudice naturale, nonché quello di legalità), 102 (che vieta l’istituzione di giudici straordinari o speciali), 104 (che sancisce l’autonomia e indipendenza della magistratura), 111 (che, nel suo vecchio testo, imponeva già l’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali), 113 (che tutela il diritto all’azione del cittadino nei confronti della P.a.) Cost.

⁴ L’espressione si ritrova in G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e «giusto processo»*, in *Rass. parl.*, 1999, p. 539.

⁵ V. S. CHIARLONI, *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, Milano, 2008, p. 403 nonché F. PETRELLI, *La terzietà come legittimazione*, in *Quest. giust.*, 2018, I, p. 10.

⁶ L’espressione è di M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 595; utilizzata anche in F. PETRELLI, *La terzietà come legittimazione*, *ibidem*.

⁷ Ma – come si sottolinea anche in M. FABIANI, *Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo*, in *Judicium online*, 2010 – nel processo civile sarebbero in tensione con il principio di terzietà del giudice tutte quelle situazioni in cui l’ordinamento giuridico, *ex art.* 2907 c.c., prevede che la tutela giurisdizionale dei diritti da parte del giudice si attivi *ex officio*: si prenda ad esempio la disciplina dell’art. 268 c.c., la quale prevede che, in caso di impugnazione del riconoscimento di un figlio naturale, il giudice possa assumere d’ufficio “i provvedimenti che ritenga opportuni nell’interesse del figlio”. Altro esempio è dato dall’art. 6 l. fall., che, fino alla riforma operata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, prevedeva la possibilità che il giudice dichiarasse d’ufficio il fallimento.

⁸ V. in tal senso G. PECORELLA, *terzietà del giudice. parità delle parti: scriverlo nell’art. 111 non basta. per il modello accusatorio in costituzione*, in *Diritto di difesa*, 2020, p. 539; nonché F. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2002, p. 22.

⁹ Espressione di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Milano, 2005, p. 6.

¹⁰ *Rectius*, analoghe garanzie deve fornire anche l’arbitro: si v. *infra*, in nota 13, nonché M. MOROTTI, *Affinità e divergenze tra arbitrato e processo: tra equivalenza e flessibilità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2025, p. 1003; M. STELLA, *Imparzialità degli*

punto di vista costituzionale, essa implica un *vulnus* ai canoni di cui all'art. 111 Cost., impedendo lo svolgimento di un "processo coerente con quei valori di civiltà giuridica, che in un determinato contesto storico sono espressi o condivisi dalla collettività"¹¹.

Quanto invece alle conseguenze processuali, l'incompatibilità del giudice con il processo si traduce nell'obbligo, per quest'ultimo, di astensione dal giudizio¹². Ove il magistrato non vi adempia, l'ordinamento prevede la facoltà, in capo a ciascuna delle parti, di ricusarlo¹³ con istanza diretta ad un giudice diverso¹⁴ da quello asseritamente incompatibile¹⁵.

A ben vedere, nel processo civile, detta facoltà è meglio qualificabile come un onere: infatti, in difetto di istanza di ricusazione nei confronti del giudice che omette di astenersi, la violazione

arbitri, decadenza e ricusazione nella riforma del c.p.c., in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 231; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Obbligo di disclosure e imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 1047.

¹¹ Così è definito il "giusto processo" in G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 cost.*, *ibidem*; nello stesso senso, cfr. L. P. COMOGLIO, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 739. V. anche M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, *ibidem*.

¹² Si v. in tal senso l'art. 51 c.p.c., al quale fanno rinvio l'art. 17 c.p.a. e, per il processo tributario, l'art. 6, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546; quanto invece al processo penale, si v. gli artt. 34, 35, 36 c.p.p.

¹³ Si v. l'art. 52 c.p.c., al quale fanno rinvio l'art. 18 c.p.a. e, per il processo tributario, l'art. 6, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546; quanto invece al processo penale, si v. l'art. 37 c.p.p. Quanto in particolare al processo civile, l'istanza di ricusazione, presentata con ricorso, introduce un sub-procedimento incidentale regolato dagli artt. 53 e 54 del codice di rito, che sospende il giudizio principale. In esito all'eventuale istruttoria sommaria (cfr. art. 53 c.p.c.: "*udito il giudice ricusato e assunto, quando occorre, le prove offerte*"), è emessa un'ordinanza non impugnabile. Ove quest'ultima accolga l'istanza, in essa è designato il giudice – persona fisica che dovrà sostituire quello ricusato e presso il quale continuerà il processo principale. Qualora, invece, il ricorso sia rigettato o dichiarato inammissibile, oltre ai provvedimenti in ordine alle spese, potrà essere comminata altresì una pena pecuniaria di importo non superiore a Euro 250, ai sensi dell'art. 54, co. 3, c.p.c. Dalla comunicazione dell'ordinanza alle parti, decorre il termine semestrale entro cui riassumere il giudizio principale, con le ordinarie forme di cui all'art. 125 disp. att. del codice di rito. Analogamente, nel procedimento arbitrale è possibile la ricusazione dell'arbitro mediante ricorso al presidente del Tribunale della sede dell'arbitrato. Quest'ultimo provvede con ordinanza non impugnabile, statuendo sulle spese.

¹⁴ Nel processo civile, ex art. 53 c.p.c., giudice competente a decidere sull'istanza è il presidente del tribunale se è ricusato un giudice di pace; il collegio se è ricusato uno dei componenti del Tribunale o della Corte d'appello o della Corte di cassazione. Nel processo amministrativo, ex art. 18 c.p.a., ed in quello tributario, ex art. 6 d.lgs. 546/1992, giudica sull'istanza di ricusazione del componente del collegio il medesimo organo collegiale, previa sostituzione del magistrato ricusato. Nel processo penale, ex art. 40 c.p.p., giudice competente è la Corte d'appello se è ricusato un giudice del Tribunale, della Corte di assise, della Corte di assise di appello o della Corte d'appello (in quest'ultimo caso, necessariamente in sezione diversa da quella cui appartiene il giudice ricusato); se è ricusato un giudice della Corte di cassazione decide una sezione della Corte, diversa da quella a cui appartiene il giudice ricusato.

¹⁵ Per un maggiore approfondimento dell'istituto della ricusazione nel processo civile, si rimanda a A. TEDOLDI, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in *Commentario del Codice di procedura civile* a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2015; C. CONSOLO, *Ricusazione del giudice per precedente cognizione della causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 189; A. TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 983; nonché, sebbene precedente alla riforma dell'istituto operata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, A. PANZAROLA, *La ricusazione del giudice civile. Il problema dell'impugnabilità della decisione*, Bari, 2008.

di tale obbligo non è deducibile in sede di impugnazione¹⁶, salvo il caso estremo di interesse diretto del giudice in causa¹⁷.

Venendo in particolare alle ipotesi di incompatibilità previste dal Codice di procedura civile, l'obbligo di astensione del giudice sorge nei cinque casi di cui all'art. 51 c.p.c.¹⁸ Di queste cinque ipotesi¹⁹, quella che ha ricevuto la maggiore attenzione da parte della giurisprudenza costituzionale e della dottrina²⁰ è quella di cui all'art. 51, co. 1, n. 4: in particolare, come si vedrà meglio oltre (*sub* § 2), all'espressione "grado del processo" è attribuito un significato diverso e più ampio rispetto a quello proprio di espressioni quali "primo grado" o "grado di appello".

Nei prossimi paragrafi, dunque, sarà illustrata l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità relativa all'art. 51, co. 1, n. 4, c.p.c., per poi verificare la presenza o meno di un'incompatibilità relativa alla posizione dell'autore della "proposta" di definizione accelerata, ove questi partecipi all'adunanza camerale fissata in seguito all'istanza di decisione.

2. La giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di incompatibilità del giudice *ex* art. 51, co. 1, n. 4, c.p.c. è indissolubilmente legata alle pronunce rese dalla stessa Corte in ambito penale. Infatti, numerose sono le declaratorie di illegittimità costituzionale che hanno colpito l'art. 34, co. 2, c.p.p.²¹, nella parte in cui vieta di partecipare al processo al giudice che abbia

¹⁶ V. in tal senso Cass., 8 maggio 2019, n. 12057.

¹⁷ V. Cass., 12 novembre 2009, n.23930.

¹⁸ La prima ipotesi, già accennata, è quella in cui il giudice abbia un interesse diretto in causa; la seconda riguarda il caso della parentela o convivenza con una delle parti o dei difensori; la terza ha ad oggetto la pendenza di una causa, di rapporti di credito o debito o di grave inimicizia con una delle parti o dei difensori; la quarta ipotesi è quella dello svolgimento di altri ruoli (difensore, consulente, testimone, arbitro) nella medesima controversia o dell'aver conosciuto della stessa in altro grado del processo; la quinta ipotesi di astensione obbligatoria, infine, riguarda il caso in cui il giudice sia tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti, oppure amministratore o gerente di enti, associazioni, comitati o società o stabilimenti che abbiano interesse in causa.

¹⁹ Ad esse si aggiunge quella, *ex* art. 51, co. 2, c.p.c., delle "gravi ragioni di convenienza" in presenza delle quali il giudice può chiedere al capo del proprio ufficio giudiziario l'autorizzazione ad astenersi. Tuttavia, trattandosi di un caso di astensione facoltativa, la mancata astensione del giudice non è causa di nullità degli atti da questo compiuti *ex* art. 158 c.p.c., né le parti del giudizio possono ricusarlo.

²⁰ V. in particolare G. SCARSELLI, *Terzietà del giudice e processo civile*, in *Foro it.*, 1996, XII, p. 3616: nel contributo, l'A., commentando una sentenza della Corte costituzionale relativa al processo penale – ossia C. cost., 24 aprile 1996, n. 131 – sosteneva già la possibilità di estendere al processo civile i principi formati nella giurisprudenza costituzionale in materia di incompatibilità del giudice nel processo penale.

²¹ Le sentenze di illegittimità costituzionale relative all'art. 34, co. 2, c.p.p. sono ben diciannove: tra di esse, a titolo di esempio, si ricordano la prima – C. cost., 26 ottobre 1990, n. 496 – pubblicata dopo solo un anno e due giorni dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34, co. 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del giudice delle indagini preliminari con il successivo giudizio abbreviato; nonché C. cost., 6 settembre 1995, n. 432, in cui si censura la medesima disposizione nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato.

emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare, disposto il giudizio immediato, emesso il decreto penale di condanna, o che abbia deciso sull'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, non disciplinando, invece, i molteplici altri casi di incompatibilità individuati dalla Corte costituzionale.

La vasta giurisprudenza costituzionale sviluppatasi intorno a detta disposizione ha visto svilupparsi alcuni principi poi ribaditi dalla Consulta anche in relazione all'art. 51 c.p.c. citato²². Una materia in cui la Corte costituzionale è giunta, in ambito penale, a conclusioni opposte rispetto all'ambito civile, è quella cautelare. Nella pronuncia del 6 settembre 1995, n. 432, la Corte aveva affermato l'incompatibilità a partecipare al dibattimento del g.i.p. che avesse disposto una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato. Viceversa, solo due anni dopo²³, la medesima Corte aveva ritenuto immune da vizi di costituzionalità la mancata previsione dell'incompatibilità del giudice della fase cautelare del giudizio civile (nella specie, nel giudizio *a quo* si trattava di un procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.) a partecipare alla successiva – eventuale – fase di merito.

Tale diversità di conclusioni era fatta derivare dalla differenza dei presupposti che giustificavano, da un lato, l'irrogazione di una misura cautelare personale, e, dall'altro, la concessione di un provvedimento cautelare in sede civile. Se, nel primo caso, è necessaria una valutazione negativa sull'esistenza di cause di proscioglimento, accompagnata dalla presenza di una *"alta probabilità dell'esistenza del reato e della sua attribuibilità all'indagato"*²⁴, in ambito civile è sufficiente, per la concessione della misura cautelare, oltre al c.d. *periculum in mora*²⁵, il mero *fumus boni iuris*²⁶.

Dunque, da un lato il giudizio cautelare penale presuppone una valutazione che cade *"pressoché sulla medesima res iudicanda"*²⁷ rispetto al giudizio di merito; dall'altro, i provvedimenti cautelari adottati dal giudice civile sono basati su un mero giudizio di verosimiglianza del diritto controverso scevro da ogni *"valutazione contenutistica"* sui fatti rilevanti per il giudizio di merito²⁸.

²² Senza tacere, peraltro, che altri di essi sono stati confinati dalla Corte all'ambito penale, *"per la particolarità e le diversità dei sistemi processuali"*: cfr. C. cost., 15 ottobre 1999, n. 387.

²³ Cfr. C. cost., 27 ottobre 1997, n. 326, in *Foro it.*, 1998, IV, p. 1007 con nota di G. SCARSELLI.

²⁴ Cfr. la suddetta C. cost., 6 settembre 1995, n. 432.

²⁵ Ossia il pericolo attuale che il diritto della parte che chiede la tutela cautelare possa essere pregiudicato nelle more di un ordinario giudizio di merito: v. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, 2024.

²⁶ Ossia la verosimiglianza del diritto fatto valere in giudizio: v. anche in questo caso C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, 2024.

²⁷ Cfr. C. cost., 27 ottobre 1997, n. 326; in termini analoghi, si parla – in C. cost., 24 aprile 1996, n. 131, sempre relativa alla materia penale – di *"duplicazione di giudizi della medesima natura presso lo stesso giudice"*.

²⁸ Cfr. C. cost., 27 ottobre 1997, n. 326.

Un'evoluzione di tale giurisprudenza si è verificata in una sentenza di poco successiva²⁹, relativa al giudizio di repressione della condotta antisindacale³⁰ ex art. 28, l. 300/1970.

In tale caso, la Corte costituzionale aveva affermato l'incompatibilità del giudice della fase sommaria a partecipare alla successiva opposizione. In particolare, con sentenza interpretativa di rigetto³¹, i giudici costituzionali avevano precisato che tale incompatibilità derivava dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, co. 1, n. 4, c.p.c.: infatti, l'espressione "grado del processo", secondo la Corte, deve essere intesa come quella "*fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata [...] da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario*"³².

Nella specie, il procedimento in questione – a differenza di quello cautelare, che è *in re ipsa* strumentale al giudizio di merito – si caratterizza come autonomo rispetto alla sua fase di opposizione, essendo il provvedimento definitorio dello stesso in grado di assumere valore di pronuncia definitiva, con effetti di giudicato tra le parti; inoltre, poiché sia il decreto che l'eventuale sentenza emanata in esito all'opposizione sono provvedimenti decisori sul merito dell'azione, sussiste anche l'identità di *res iudicanda* tra le due valutazioni.

Dunque, come sottolineato in dottrina³³, la giurisprudenza costituzionale ha operato una distinzione tra pronunce di tutela sommaria decisoria³⁴, da una parte, e provvedimenti sommari meramente provvisori e strumentali al giudizio di merito, dall'altra. Solo in relazione all'autore dei primi, afferma la Corte, sussiste l'incompatibilità con il giudizio di merito³⁵.

²⁹ Cfr. C. cost., 15 ottobre 1999, n. 387.

³⁰ Ossia, con la definizione teleologica che ne dà il legislatore, ogni comportamento diretto a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero: v. M. ESPOSITO – L. GAETA – A. ZOPPOLI – L. ZOPPOLI, *Diritto del lavoro e sindacale*, Torino, 2020, p. 172.

³¹ Si tratta di una sentenza con cui la Corte costituzionale afferma la legittimità costituzionale di una disposizione, nella misura in cui essa sia interpretata in un determinato modo. V. sul punto S. M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2022.

³² Cfr. C. cost., 15 ottobre 1999, n. 387.

³³ V. G. SCARSELLI, *La Consulta detta le nuove regole sull'incompatibilità del giudice nel processo civile*, in *Foro it.*, 1999, XII, p. 3441, nota 16.

³⁴ Nel senso di provvedimenti idonei a fare discendere il giudicato sulle statuizioni contenute in essi, così incidendo direttamente sui diritti soggettivi delle parti.

³⁵ In relazione a tale ricostruzione, sembrerebbe di dover concludere che anche in materia di procedimento monitorio ex artt. 633 ss. c.p.c. il giudice che emette il decreto ingiuntivo non possa rivestire la funzione di giudice nel giudizio di opposizione; senonché – come si afferma in modo convincente in M. FABIANI, *Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo*, in *Judicium online*, 2010 – in questo caso viene a mancare il requisito dell'identità di *res iudicanda* tra il giudizio sommario a carattere decisorio ed il successivo giudizio di opposizione. Infatti, nella prima fase del procedimento monitorio, il giudice decide *inaudita altera parte* e sulla base delle sole prove documentali allegate dal ricorrente, mentre, in sede di opposizione, è il solo fatto dell'instaurazione del contraddittorio che modifica l'oggetto della cognizione del giudice. A sostegno di tale interpretazione – come sottolinea G. SCARSELLI, *La Consulta detta le nuove regole*, *ibidem* – basti pensare alle misure cautelari concesse con decreto *inaudita altera parte*, ex art. 669-sexies, co. 2, c.p.c.: anche in questo caso la

A tale principio è stata data continuità in una successiva sentenza dei giudici costituzionali, in cui è stato considerato “altro grado del processo” anche il giudizio di opposizione alla sentenza di fallimento ex art. 18 l. fall, il quale, fino alla riforma del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5³⁶, si svolgeva avanti al medesimo ufficio giudiziario che dichiarava il fallimento con sentenza, ossia il Tribunale. Pertanto, anche in questo caso, con sentenza interpretativa di rigetto, la Corte ha sancito l’incompatibilità a giudicare sull’opposizione ex art. 18 l. fall. del giudice facente parte del collegio che ha dichiarato l’apertura del fallimento.

Infine, ulteriori esempi di fasi *lato sensu* impugnatorie si ricavano da altre pronunce della Consulta³⁷: si tratta del giudizio di reclamo dinanzi al collegio avverso l’ordinanza che, ex art. 630 c.p.c., dichiara l’estinzione del processo esecutivo ovvero rigetta l’eccezione ad essa relativa. Anche in questo caso, con sentenza manipolativa additiva³⁸, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.c., nella parte in cui non prevede che il giudice che ha emesso l’ordinanza reclamata non possa partecipare al collegio che decide sul reclamo.

3. Il ruolo dell’autore della “proposta” all’interno del procedimento accelerato

Alla luce dei sopracitati arresti della Corte costituzionale, diversi commentatori si sono interrogati sulla possibilità che il presidente di sezione che redige la proposta – o il consigliere da questi delegato – possa far parte del collegio che si riunisce in camera di consiglio per l’effetto dell’istanza di decisione ritualmente proposta ex art. 380-bis, co. 2, c.p.c.³⁹

V’è stato chi⁴⁰ ha fatto riferimento alla figura dell’interesse in causa – ex art. 51, co. 1, n. 1, c.p.c. – del giudice autore della “proposta”, dal momento che questi sarebbe naturalmente portato, in camera di consiglio, a difendere quanto da lui sostenuto nel proprio precedente opinamento. Sembrano, tuttavia, più condivisibili le opinioni di quanti affermano il carattere

compatibilità del giudice che ha emesso il decreto con quello che emette la successiva ordinanza di modifica, revoca o conferma del provvedimento deriva proprio dal fatto che l’integrazione del contraddittorio è sufficiente, da sola, a far venir meno l’identità di *res iudicanda*.

³⁶ Con essa, il giudice competente per il reclamo è stato individuato nella Corte d’appello competente per territorio.

³⁷ Cfr. C. cost., 23 dicembre 2005, n. 460, nonché C. cost., 17 marzo 2023, n. 45.

³⁸ Si tratta di una sentenza con cui la Corte costituzionale afferma l’illegittimità costituzionale di una disposizione, nella parte in cui essa “non prevede” qualcosa: per effetto della sentenza, dunque, alla norma colpita dalla declaratoria di incostituzionalità è “aggiunto” un frammento. V. sul punto S. M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2022.

³⁹ In estrema sintesi, l’art. 380-bis c.p.c. ha introdotto, in sostituzione della c.d. “sezione-filtro”, un procedimento accelerato per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati. La disposizione prevede la comunicazione, a colui che ha presentato un ricorso affetto da detti vizi, di una “proposta di definizione accelerata”. Il ricorrente, a questo punto, deve scegliere tra il deposito di un’istanza di decisione e la completa inerzia. Nel primo caso, il giudizio rientrerà nei binari del rito ordinario; tuttavia, in caso di decisione del collegio in conformità alla “proposta”, seguirà l’applicazione automatica dell’art. 96, co. 3 e 4, del codice di rito. Nella seconda ipotesi, invece, il giudizio si estinguerà decorso il termine di 40 giorni dalla comunicazione, con l’esonero del ricorrente dall’obbligo di cui all’art. 13, co. 1-quater, D.P.R. 115/2002. Per una disamina più approfondita dell’istituto, v., in questa rivista, M. CIRULLI, *L’art. 380 bis c.p.c. dopo il decreto correttivo*.

⁴⁰ V. R. VACCARELLA, *Note sull’art. 380 bis c.p.c.*, in *Judicium online*, 2023.

“decisorio”⁴¹ della “proposta”, propendendo per l’incompatibilità dell’autore della suddetta *ex art. 51, co. 1, n. 4, c.p.c.*⁴². In tesi, infatti, quest’ultimo conoscerebbe della causa in altro “grado del processo”, termine inteso nell’accezione datane dalla giurisprudenza costituzionale sopra ricordata.

Convieni, a questo punto, esaminare partitamente ciascuno dei requisiti che – alla luce di C. cost., 15 ottobre 1999, n. 387 – devono sussistere perché una fase processuale distinta dalla precedente possa dirsi “altro grado del processo”.

Quanto al “carattere di autonomia” di ciascuna delle due partizioni del procedimento accelerato – quella che si conclude con la comunicazione della “proposta” e quella che si apre con l’istanza di decisione – convieni ribadire che solo all’apparenza la “proposta” di definizione accelerata non configura un atto potenzialmente idoneo ad acquisire carattere definitivo: al contrario, quale che sia l’esito del procedimento *ex art. 380-bis c.p.c.*, essa produrrà in ogni caso effetti giuridici permanenti.

In particolare, qualora sia depositata rituale istanza di decisione *ex art. 380-bis, co. 2, c.p.c.*, la “proposta” condiziona anche la successiva ordinanza definitiva del giudizio⁴³, atteso che, se il collegio riterrà di provvedere in conformità alla suddetta, dovrà (automaticamente ed acriticamente, secondo l’indirizzo giurisprudenziale ad oggi maggioritario⁴⁴) condannare l’istante, oltre che alle spese processuali, anche per responsabilità processuale aggravata ai sensi dell’art. 96, co. 3 e 4, c.p.c.

Viceversa, nel caso in cui l’opinamento non sia “opposto” con l’istanza di decisione, la Corte non potrà che emanare un provvedimento⁴⁵ che, pur essendo qualificato in modo diverso⁴⁶, ha il medesimo effetto concreto del rigetto del ricorso proposto dal destinatario della

⁴¹ Nel senso ricordato *supra*, in nota 34.

⁴² V. B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento “accelerato”*, in *Il Proc.*, 2023, I, p. 313; nonché R. TISCINI, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite.*, in *Judicium online*, 2023.

⁴³ In tal senso, v. B. CAPPONI, *Una novità assoluta*, *ibidem*.

⁴⁴ Inaugurato da Cass., Sez. un., 27 settembre 2023, n. 27433.

⁴⁵ Si tratta del decreto di estinzione *ex art. 391 c.p.c.*, il quale, come detto, si limita a prendere atto dell’acquiescenza alla proposta e a dichiarare l’estinzione del giudizio. In materia, cfr. anche il convincente argomento – in F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il “vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite”)*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. FAZZALARI, Napoli, 2006, p. 13, nota 18 – relativo alla lettera dell’art. 391 c.p.c., che, nei casi di estinzione del giudizio, assegna al Presidente di sezione il potere di “provvede[re]” con decreto. Secondo l’A., tale potere si pone in antitesi rispetto a quello di “decidere” (o, si potrebbe aggiungere, a quello di “pronunciare” – *ex art. 375 c.p.c.* – ed a quello di “deliberare” – *ex art. 380 c.p.c.*), sempre di competenza del collegio. In altre parole, quello esercitato dal presidente di sezione nell’emettere il decreto di estinzione *ex art. 391 c.p.c.* non sarebbe un potere giurisdizionale, assomigliando molto di più ad un potere amministrativo della giurisdizione. Dunque, così si spiegherebbe la previsione di tale competenza – monocratica – nell’ambito di una Corte necessariamente collegiale, ai sensi dell’art. 67 ord. giud.

⁴⁶ Proprio in questo, in particolare, starebbe la “frode delle etichette” di cui si è scritto in questa rivista. V. sul punto G. DE CESARE, *Il nuovo procedimento accelerato per la decisione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamenti infondati e l’astuzia del legislatore*.

“proposta”, ossia il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, con i relativi effetti sulle rispettive sfere giuridiche delle parti. Alla luce di ciò, si può ribadire il carattere autonomo tanto della “proposta” quanto della fase processuale che essa conclude.

Per quanto riguarda invece il “contenuto impugnatorio” della seconda fase rispetto alla prima, deve essere sottolineato che le caratteristiche dell’istanza di decisione sono del tutto simili a quelle dell’opposizione o del reclamo. Infatti, con essa, il difensore – fino al recente decreto correttivo, addirittura obbligatoriamente munito di una nuova procura speciale, proprio come tipicamente accade in caso di impugnazione⁴⁷ – richiede al collegio una decisione che, in accoglimento delle sue argomentazioni, si sostituisca alla precedente valutazione sommaria monocratica.

Risultano evidenti, dunque, le analogie con il procedimento di repressione della condotta antisindacale ex art. 28 st. lav.⁴⁸, con il reclamo nei confronti della sentenza dichiarativa del fallimento ex art. 18 l. fall.⁴⁹, e con l’opposizione all’ordinanza che dichiara l’estinzione del processo esecutivo ex art. 630 c.p.c.⁵⁰

Infine, quanto all’identità di oggetto e valutazioni decisorie sul merito dell’azione proposta nella prima fase, deve ricordarsi la possibilità, per la parte che propone istanza di decisione, di introdurre nel processo argomentazioni (meramente illustrative) e documenti idonei a superare l’opinamento manifestato dall’autore della “proposta”⁵¹. Tuttavia, dette facoltà non ostano certo alla conclusione per cui la decisione del collegio si basa sulle medesime argomentazioni e sul medesimo *petitum* su cui si è fondata la “proposta” di definizione accelerata.

Alla luce di quanto esposto e stante il carattere decisorio della “proposta”, sembra dunque di poter ritenere applicabile l’art. 51, co. 1, n. 4, c.p.c. - nell’interpretazione datane dalla giurisprudenza costituzionale - al giudice cui si riferisce il primo comma dell’art. 380-bis c.p.c. Naturalmente, quanto detto dovrebbe valere *a fortiori* nel caso in cui il suddetto sia nominato relatore dal presidente di sezione, ex art. 377, co. 1, c.p.c.⁵²

La tesi fin qui esposta, tuttavia, non è stata accolta dalla giurisprudenza.

Infatti, in esito alla rimessione alle Sezioni unite della “questione di massima di particolare importanza” illustrata, il Supremo Collegio⁵³ ha posto fine al fervente dibattito dottrinale⁵⁴

⁴⁷ V. R. TISCINI, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata*, *ibidem*.

⁴⁸ Cfr. C. cost., 15 ottobre 1999, n. 387.

⁴⁹ Cfr. C. cost., 23 dicembre 2005, n. 460.

⁵⁰ Cfr. C. cost., 17 marzo 2023, n. 45.

⁵¹ Cfr. artt. 372 e 380-bis.1 c.p.c.

⁵² V. B. CAPPONI, *L’art. 380-bis c.p.c. sotto la lente delle Sezioni unite*, in *Judicium online*, 2023.

⁵³ V. Cass., Sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611.

⁵⁴ *Rectius*, il vero contrasto è stato tra la dottrina maggioritaria da un lato e l’unanime giurisprudenza dall’altro. In particolare, tra gli autori più autorevoli si ricordano B. CAPPONI, Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento “accelerato”, in *Il Proc.*, 2023, I, p. 313; nonché R. TISCINI, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata*

sviluppatosi sul punto. Con una decisione definita “motivata e documentata” anche dai più agguerriti detrattori della tesi infine accolta⁵⁵, la Corte ha affermato l’assenza di ogni incompatibilità in capo all’autore della sintetica “proposta”.

Infatti, le Sezioni Unite hanno escluso che possa integrare un “altro grado del processo” la fase del giudizio che si sviluppa in seguito al deposito dell’istanza di decisione *ex art. 380-bis*, co. 2, c.p.c. Infatti, il carattere “monofasico” del procedimento accelerato deriverebbe dalla natura non impugnatoria dell’istanza di decisione. Quest’ultima, afferma la Corte, configurerebbe piuttosto una mera manifestazione del perdurare dell’interesse della parte alla prosecuzione del processo. Viceversa, il comportamento omissivo manifesterebbe *per facta concludentia* la “volontà abdicativa” del ricorrente⁵⁶.

Inoltre, la “proposta” di definizione accelerata difetterebbe anche del carattere decisorio: essa, infatti, sarebbe meramente volta – come le antesignane della stessa⁵⁷ – a provocare il contraddittorio delle parti sul vizio rilevato nel ricorso dal Presidente di sezione, lasciando tuttavia impregiudicato l’esito della decisione finale del collegio e non definendo anticipatamente il giudizio⁵⁸.

In virtù di tali considerazioni, dunque, la Corte ha escluso ogni incompatibilità tra il ruolo di autore della “proposta” e quella di giudice relatore nella camera di consiglio riunitasi per effetto dell’istanza di decisione⁵⁹.

4. Il regime transitorio in relazione all’abrogato requisito della “nuova procura speciale”

Come accennato *supra*, il d.lgs. 164/2024 (cd. “correttivo” alla riforma Cartabia), entrato in vigore in data 26 novembre 2024, ha rimosso dal secondo comma dell’art. 380-bis c.p.c. le parole “*munito di una nuova procura speciale*”. Pertanto, il difensore che intenda opporsi alla proposta di definizione accelerata, istando per la decisione del giudizio con le ordinarie forme

dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite., in *Judicium online*, 2023 e R. VACCARELLA, Note sull’art. 380 bis c.p.c., in *Judicium online*, 2023. *Contra*, invece, il contributo di F. DE STEFANO, *La riforma del processo civile in Cassazione. Note a prima lettura*, in www.giustiziainsieme.it, 2023.

⁵⁵ V., testualmente, B. CAPPONI, *La procura speciale, delizia e croce (a proposito della SS.UU., 10 aprile 2024, n. 9611)*, in *Judicium online*, 2024.

⁵⁶ V. il § 12.4. di Cass., Sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611.

⁵⁷ Vale a dire la relazione di cui alla l. 69/2009 e la proposta di trattazione camerale introdotta dalla l. 197/2016.

⁵⁸ V. il § 12.5. di Cass., Sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611.

⁵⁹ Il principio di diritto, enunciato dalla Corte *ex art. 384*, co. 1, ultima parte, c.p.c., è il seguente: “*nel procedimento ai sensi dell’art. 380-bis c.p.c., come disciplinato dal d.lgs. n. 149 del 2022, il presidente della sezione o il consigliere delegato, che abbia formulato la proposta di definizione accelerata, può far parte, ed eventualmente essere nominato relatore, del collegio che definisce il giudizio ai sensi dell’art. 380-bis.1, non versando in situazione di incompatibilità agli effetti degli artt. 51, comma 1, n. 4 e 52 c.p.c., atteso che tale proposta non rivela una funzione decisoria e non è suscettibile di assumere valore di pronuncia definitiva, né la decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta del ricorrente si configura quale fase distinta, che si sussegue nel medesimo giudizio di cassazione con carattere di autonomia e con contenuti e finalità di riesame e di controllo sulla proposta stessa.*”

dell'art. 380-bis.1 c.p.c., è libero di procedere senza l'adempimento formale consistente nel farsi rilasciare apposita procura.

Tuttavia, il difetto di un'apposita disciplina del regime transitorio ha generato interrogativi di non poco momento⁶⁰, stante la gravità delle conseguenze della presentazione di un'istanza di decisione irrituale⁶¹.

Come puntualmente rilevato in dottrina⁶², infatti, ove non diversamente disposto dal d.lgs. 164/2024, le modifiche al codice di rito presenti nello stesso sono applicabili *"ai procedimenti introdotti successivamente al 28 febbraio 2023"* (art. 7 d.lgs. cit.). Senonché, la rigida applicazione di tale norma porterebbe alla paradossale conseguenza per la quale – a fronte del venir meno del requisito della nuova procura speciale per tutti i giudizi incardinati avanti alla Suprema Corte in data successiva al 28 febbraio 2023 – essa continuerebbe ad essere necessaria in relazione ai processi già pendenti in tale momento, ma ancora privi della fissazione dell'udienza o adunanza camerale.

Giova ricordare, infatti, che la disciplina transitoria prevista dalla riforma Cartabia (art. 35, co. 6, d.lgs. 149/2022) dispone l'applicazione immediata dell'art. 380-bis c.p.c., così come novellato dalla stessa, anche ai giudizi già incardinati presso la Cassazione al 1° gennaio 2023, a patto, appunto, che non sia ancora stata fissata l'udienza pubblica o l'adunanza camerale. Dunque, limitandosi l'efficacia del correttivo ai procedimenti introdotti successivamente al 28 febbraio 2023, la necessità della nuova procura speciale non verrebbe meno nell'ambito dei processi già pendenti in Corte a tale data.

La questione è stata risolta dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 14986 del 4 giugno 2025⁶³, la quale ha negato la praticabilità dell'interpretazione di cui sopra.

Infatti, secondo la Corte, il citato art. 7 del decreto correttivo – interpretato sistematicamente con l'art. 35, d.lgs. 149/2022 – deve essere necessariamente letto nel senso di una sua applicazione ai soli giudizi di primo grado. In caso contrario, infatti, si creerebbe il disallineamento già ricordato tra le due discipline transitorie, evidentemente contrario alle intenzioni del legislatore.

⁶⁰ V. M. FARINA, *La Cassazione sul regime transitorio dell'abrogazione del requisito della nuova procura speciale nel procedimento di definizione accelerata dei ricorsi ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c.*, in *Judicium online*, 2025; nonché R. SUCCIO, *Procura speciale ex art. 380-bis c.p.c. soppressa dal Correttivo: rilevanza nomofilattica della questione*, nota a Cass., Sez. un., 7 gennaio 2025, ord. interl. n. 284 in *IUS Processo Civile*.

⁶¹ L'orientamento attuale della Suprema Corte, infatti, prevede che *"se l'istanza di decisione risulta priva di procura speciale successiva alla proposta, il giudizio - previa fissazione dell'adunanza collegiale - va definito in conformità alla proposta stessa, per ragioni di rito impedienti la discussione su di essa, con piena applicazione del comma 3 del medesimo art. 380-bis c.p.c."*, cfr. Cass., Sez. un., 17 ottobre 2024, n. 26975.

⁶² Oltre ai già ricordati contributi di M. FARINA e R. SUCCIO, si cfr. anche B. CAPPONI, *Noterella sulla disciplina transitoria del decreto legislativo 31 ottobre 2024, n. 164*, in *Judicium online*, 2025.

⁶³ In *Guid. dir.*, 2025, p. 23.

Tanto premesso, stante la riespansione del principio *tempus regit actum* alla disposizione in esame, naturale conseguenza è la massima di diritto enunciata dalla Corte: “*nei procedimenti di definizione accelerata il cui termine per richiedere la decisione sia scaduto dopo il 26.11.2024, deve applicarsi la nuova formulazione dell’art. 380 bis c.p.c., ormai in vigore e, quindi, l’eventuale carenza della nuova procura speciale non è di ostacolo per l’esame e la decisione del ricorso in adunanza camerale o in pubblica udienza, risultando superflua una nuova istanza che, dato il mutato quadro normativo, non richiederebbe il deposito di una nuova procura*”. A contrario, dunque, ove la scadenza del termine per richiedere la decisione⁶⁴ si collochi nella vigenza dell’art. 380-bis c.p.c. “ante-correttivo”, il deposito dell’istanza sfornita di procura speciale determinerà l’impossibilità per la Corte di pronunciarsi sul ricorso.

Infine, è interessante soffermarsi sulle conseguenze ricollegate dalle Sezioni Unite alla violazione, nel caso concreto, dell’art. 380-bis c.p.c. *ratione temporis* applicabile.

Infatti, rilevato che la scadenza del termine per il deposito dell’istanza di decisione era di molto anteriore all’entrata in vigore del d.lgs. 164/2024, il Collegio ha dichiarato l’estinzione del giudizio, condannando il ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore del controricorrente, ma esimendolo dal pagamento dell’importo di cui all’art. 13, co. 1-*quater*, D.P.R. 115/2002.

Tuttavia, è opportuno richiamare il già accennato orientamento costante della Suprema Corte – sorto nella vigenza dell’art. 380-bis c.p.c. anteriore al d.lgs. 164/2024 – in ordine alle conseguenze del deposito di un’istanza di decisione irrituale. In tali casi, infatti, la Corte si è sempre ritenuta impossibilitata a dichiarare *de plano* l’estinzione del giudizio, in ragione del fatto che l’istanza – benché priva dei necessari requisiti – era stata comunque presentata; tuttavia, stante il difetto di una rituale richiesta di decisione volta al riesame della proposta, si è sostenuta la necessità di decidere in ogni caso in conformità con la stessa, con piena applicazione dell’art. 96 c.p.c.

Ebbene, è lecito domandarsi se tale innovazione – apportata da Cass., sez. un. 4 giugno 2025, n. 14986 – sia dipesa da un ripensamento dei precedenti arresti delle sezioni semplici, oppure dal semplice riesame della questione alla luce del mutamento normativo. Pare, invero, di poter propendere per la prima opzione: non avendo il correttivo attinto in alcun modo il co. 3 dell’art. 380-bis c.p.c., non sembra che lo *ius superveniens* possa aver avuto alcun ruolo in tale *revirement*. La tesi pare essere suffragata anche da quanto statuito in un recente decreto *ex art. 391 c.p.c.*⁶⁵: nella fattispecie, la Corte ha infatti dichiarato l’estinzione del giudizio in virtù

⁶⁴ Si badi che è a tale limite che è necessario guardare, stante la possibilità che la nuova procura speciale sia depositata successivamente all’istanza di decisione, benché comunque entro il termine di 40 giorni dalla comunicazione della proposta. In altre parole, ove detto termine scada successivamente al 26 novembre 2024, la circostanza che l’istanza di decisione sia stata presentata prima di tale data non impedirà alla Corte di pronunciarsi sul ricorso.

⁶⁵ V. Cass., 15 luglio 2025, decr. n. 19450.

della tardività dell'istanza di decisione, richiamando espressamente le Sezioni Unite in parola mediante argomento analogico.

L'orientamento inaugurato dalla pronuncia analizzata, in seguito applicato pedissequamente dalle sezioni semplici⁶⁶, non può che essere salutato con favore, stante la davvero eccessiva rigidità del precedente opinamento. Risultava scarsamente comprensibile, infatti, come si potesse in un primo momento attribuire all'istanza di decisione irrituale gli effetti di un atto processuale valido – non dichiarando l'estinzione del giudizio e fissando l'adunanza camerale – per poi valorizzarne l'invalidità in sede decisoria.

Delle due una: o si ritiene che l'istanza di decisione irrituale abbia comunque raggiunto il proprio scopo – ed in tal caso essa produrrà tutti i propri effetti, *ex art. 156, co. 3, c.p.c.* – oppure la si ritiene mancante dei requisiti formali indispensabili, con conseguente estinzione del giudizio *ex art. 380-bis, co. 2, e 391 c.p.c.*

Marco Papaleo
Dottore in Giurisprudenza

⁶⁶ V., *ex multis*, Cass., 5 settembre 2025, n. 24627; Cass., 9 settembre 2025, n. 24846.



MARTA AZZINI

I provvedimenti interinali nel procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie

Abstract: L'articolo esamina l'impatto della riforma Cartabia relativamente al tema dei provvedimenti interinali emessi dall'autorità giudiziaria nell'ambito del nuovo rito di famiglia. Trattasi di misure di carattere provvisorio tendenti a regolare rapporti, economici e non, intercorrenti tra le parti, le quali possono assumere contenuto decisorio, seppur non definitivo, o istruttorio; il loro contenuto non è individuato dal legislatore per accordare al giudice il più ampio margine di discrezionalità possibile, per meglio rispondere alle esigenze del caso concreto. Le misure interinali, dunque, possono assumere la forma di provvedimenti indifferibili, temporanei e urgenti e altresì di ordini di protezione. In particolare, ove simili provvedimenti abbiano come destinatari figli minori o maggiorenni portatori di grave disabilità, possono essere adottati dall'autorità giudiziaria d'ufficio e in deroga ai principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e oltrepassando i limiti di ammissibilità delle prove previsti dal codice civile; non deve tuttavia essere violato il principio del contraddittorio e del diritto alla prova contraria. Le misure interinali acquisiscono un ruolo cruciale nel procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie poiché permettono una regolamentazione tempestiva e immediata di situazioni giuridiche soggettive che, altrimenti, rischierebbero di perdere la loro effettiva tutela.

The paper examines the impact of the Cartabia reform on the issue of interim measures issued by the judicial authority as part of the new family procedure. These are provisional measures aimed at regulating relationships, economic or otherwise, between the parties, which can take on a decision-making content, though not definitive, or an evidentiary function. Their content is not defined by the legislator in order to grant the judge the widest possible margin of discretion, in order to better respond to the needs of the specific case. Interim measures, therefore, can take the form of non-deferrable, temporary and urgent measures and also of protection orders. In particular, where such measures are addressed to minor or adult children with severe disabilities, they may be adopted by the judicial authority *ex officio* and in derogation from the principles of the request and correspondence between the requested and pronounced and exceeding the limits of admissibility of evidence provided for by the Civil Code; however, the adversarial principle and the right to evidence to the contrary must not be violated. Interim measures play a crucial role in proceedings concerning individuals, minors and families because they allow for the timely and immediate settlement of subjective legal situations that would otherwise risk losing their effective protection.

Sommario: 1. Introduzione: i provvedimenti interinali nel nuovo rito unificato – 2. Le tipologie di provvedimenti interinali: i provvedimenti indifferibili – 2.1. I provvedimenti temporanei e urgenti – 2.2. L'adozione degli ordini di protezione – 3. Il procedimento per l'emissione dei

provvedimenti interinali – 4. L’attuazione dei provvedimenti interinali – 5. Modificabilità e reclamo – 6. Il ricorso in Cassazione – 7. Conclusioni

1. Introduzione: i provvedimenti interinali nel nuovo rito unificato

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, attuativo della l. delega 26 novembre 2021, n. 206, si prefiggeva, come primari obiettivi, la razionalizzazione e la semplificazione delle norme relative al processo civile, sia di cognizione che di esecuzione, dei procedimenti speciali e degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie¹. Le nuove norme relative al processo ordinario di primo grado, come espressamente previsto dall’art. 1, comma 5, lett. a), l. 206/2021, aspiravano ad assicurare “la semplicità, la concentrazione, l’effettività della tutela e la ragionevole durata del processo”.

Segnatamente, nell’ambito del diritto processuale della famiglia, è stato introdotto un procedimento unitario per le controversie in materia di persone, minorenni e famiglie². Il nuovo rito si affianca a quello ordinario e al rito speciale del lavoro e ciò è dimostrato anche dalla collocazione sistematica dello stesso, non inserito nel Libro IV del codice di procedura civile accanto ai procedimenti speciali, ma all’interno del Libro II, dedicato al processo di cognizione. L’unitarietà del rito comporta l’unicità del giudice competente: invero, verrà istituito un tribunale unico per le persone, i minorenni e le famiglie, competente per le controversie familiari e minorili, il quale permetterà di porre fine alle questioni relative al riparto di competenze tra il tribunale ordinario e il tribunale per i minorenni. Il procedimento così preordinato viene destinato a varie tipologie di controversie poiché in grado di mutare, rimanendo pur sempre all’interno di una cornice generale, a seconda della natura delle stesse³.

La giustizia familiare e minorile (area specifica della giustizia delle persone e della famiglia) è il settore su cui la riforma è maggiormente intervenuta al fine di emendare le importanti lacune legislative che creavano discriminazioni intollerabili⁴, contrarie ai principi di uguaglianza e ragionevolezza espressi dalla Carta costituzionale; particolarmente percepita, inoltre, era l’esigenza di un rito unitario, volto a disciplinare tutte le controversie in ambito familiare⁵.

Il nuovo rito è applicabile, come disciplinato dall’art. 3, comma 33, d.lgs. 149/2022, a tutti i procedimenti, di natura contenziosa, relativi allo stato delle persone, minorenni e famiglie; da

¹ F. DANOVI, *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 837.

² R. LOMBARDI, *Capitolo XVII – Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie* in DE SANTIS F., DIDONE A., *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Cedam, 2023, 525.

³ R. DONZELLI, *Il processo di famiglia nel prisma della tutela giurisdizionale differenziata dei diritti dei figli minori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2025, 75.

⁴ F. DANOVI, *op. cit.*, 837.

⁵ R. LOMBARDI, *op. cit.*, 525.

tale ambito di applicazione sono esclusi i procedimenti riguardanti l'adozione e la dichiarazione di adottabilità dei minorenni, i procedimenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e di libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea e i procedimenti relativi allo scioglimento della comunione legale tra i coniugi a seguito dei provvedimenti provvisori in sede di separazione⁶. Da tale rito unificato sono ulteriormente esclusi i procedimenti di volontaria giurisdizione, ai quali continueranno ad essere applicate le forme processuali camerale *ex artt.* da 737 a 742-*bis* c.p.c. A seguito dell'approvazione del decreto correttivo della riforma⁷ è stata precisata l'applicabilità del nuovo rito anche alle controversie in materia di risarcimento del danno endofamiliare. Antecedentemente alla riforma Cartabia la competenza rispetto ai procedimenti in materia di persone, minorenni e famiglie veniva ripartita tra tribunale ordinario, tribunale per i minorenni e giudice tutelare⁸. Già prima della riforma Cartabia i procedimenti in materia di famiglia si caratterizzavano per l'ampia estensione dei poteri officiosi del giudice, in deroga ai principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, allo scopo di meglio tutelare i soggetti maggiormente vulnerabili, protagonisti di questo tipo di controversie, tra cui figli minori ma altresì figli maggiorenni portatori di grave disabilità. In particolare, la giustizia minorile è un ambito molto vasto e diversificato in cui l'organo giudicante assume funzioni di regolazione della crisi familiare, incidendo profondamente sulla sfera personale di minori e famiglie, ma può dover svolgere altresì un'azione di controllo puramente formale⁹.

La disciplina dei provvedimenti interinali è stata profondamente modificata dalla novella: per provvedimenti interinali si intende qualsiasi misura, emessa dal giudice, avente carattere provvisorio e tendente a regolare i rapporti, economici e non, intercorrenti tra le parti. Tali provvedimenti possono essere emessi anche dal giudice delegato, come disciplinato all'art. 473-*bis*.1 primo comma c.p.c. e possono avere contenuto decisorio, seppur non definitivo, oppure istruttorio¹⁰. Inoltre, se le misure interinali si riferiscono ai figli minori o ai figli maggiorenni portatori di grave disabilità, possono essere adottati dal giudice anche d'ufficio, in deroga al principio della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; tale deroga non opera nel caso in cui i provvedimenti *ad interim* abbiano come destinatari figli maggiorenni non economicamente autosufficienti o altre parti processuali. Anche dal punto di vista istruttorio (sempre in riferimento ai provvedimenti a tutela dei minori o maggiorenni con

⁶ Relazione illustrativa D. Lgs. 164/2024.

⁷ D. Lgs. n. 164/2024.

⁸ B. FICCARIELLI, *Riforma del processo della famiglia, minorenni e persone e poteri officiosi del giudice*, in *Judicium*, 9 maggio 2023, 1.

⁹ R. LOMBARDI, *op. cit.*, 525.

¹⁰ M. A. LUPOI, *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, a cura di CECHELLA C., Giappichelli, Torino, 2023, 89.

disabilità grave) il giudice acquisisce un margine di discrezionalità maggiore, potendo oltrepassare i limiti di ammissibilità delle prove previsti dal codice civile.

Le ragioni sottostanti alla necessità di emissione di provvedimenti interinali risiedono nell'intrinseca struttura del processo di famiglia, processo nel quale sono coinvolti diritti, per lo più indisponibili, i quali, con il trascorrere del tempo, rischiano di vedersi svuotati della loro sostanza¹¹. Le situazioni giuridiche soggettive oggetto di siffatto procedimento necessitano di una regolamentazione subitanea e immediata che mal si concilia con le tempistiche riscontrabili nella realtà; per questi motivi i provvedimenti interinali acquistano un rilievo di primaria importanza in quanto rispondono ad esigenze altrimenti incompatibili con i tempi previsti dal codice di rito¹². Ciononostante, il termine di novanta giorni individuato dall'art. 473-bis.1 comma 3 c.p.c., come periodo di tempo massimo intercorrente tra il deposito del ricorso e l'udienza di comparizione delle parti, ha carattere meramente ordinatorio. D'altro canto, i provvedimenti provvisori rischiano di cristallizzare la situazione fattuale e, per questo motivo, è necessario sia prevista una loro modificabilità per poter ripristinare lo *status quo ante*¹³.

Le tipologie di provvedimenti interinali che il giudice può adottare sono diverse e si possono riassumere in quattro categorie:

- a) provvedimenti indifferibili *ex art. 473-bis.15 c.p.c.*;
- b) provvedimenti temporanei e urgenti *ex art. 473-bis.22 c.p.c.*;
- c) provvedimenti modificativi o revocativi dei provvedimenti temporanei e urgenti *ex art. 473-bis.23 c.p.c.*;
- d) provvedimenti provvisori di adozione degli ordini di protezione *ex art. 473-bis.71 c.p.c.*

La differenza sostanziale tra i vari provvedimenti interinali riguarda il momento processuale in cui essi vengono disposti: di regola i provvedimenti indifferibili vengono emessi anteriormente alla prima udienza, avendo natura essenzialmente cautelare, mentre quelli temporanei e urgenti vengono emessi all'esito dell'udienza di comparizione delle parti e in corso di causa.

2. Le tipologie di provvedimenti interinali: i provvedimenti indifferibili

I provvedimenti indifferibili hanno costituito una significativa novità rispetto alla disciplina precedente, che non prevedeva l'utilizzo del provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* in caso di pericoli imminenti e irreparabili riscontrabili all'interno del processo di famiglia, comportando un importante vuoto di tutela¹⁴. Si è introdotta la possibilità, per il presidente o per il giudice delegato, di emettere provvedimenti *inaudita altera parte* aventi natura

¹¹ M. A. LUPOI, *op. cit.*, 89.

¹² Come si avrà modo di precisare al successivo paragrafo il termine di novanta giorni individuato dall'art. 473-bis.1 terzo comma c.p.c. è, del resto, meramente ordinatorio.

¹³ G. BUFFONE, *I provvedimenti ad interim*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 872.

¹⁴ G. BUFFONE, *op. cit.*, 872.

cautelare¹⁵. Il legislatore ha scelto di nominare questi provvedimenti indifferibili e non urgenti allo scopo di differenziarli dai provvedimenti disciplinati all'art. 700 c.p.c.¹⁶. Tali misure presentano la forma di decreti provvisoriamente esecutivi e il loro contenuto deve essere, con ordinanza, confermato, modificato o revocato all'udienza di convalida, fissata nei 15 giorni successivi all'emissione del provvedimento, e prevista solo qualora la misura indifferibile non sia un provvedimento di rigetto, poiché, in quest'ultimo caso, il giudice dovrebbe limitarsi a fissare l'udienza di comparizione delle parti, aprendo ufficialmente la fase di merito. L'udienza di convalida per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti indifferibili assunti con decreto viene tenuta dinnanzi al medesimo giudice monocratico che tali provvedimenti ha emesso¹⁷.

Evidenti sono le analogie con la disciplina dell'art. 669-sexies c.p.c.¹⁸, dedicato al procedimento per l'emissione di provvedimenti cautelari, nonostante, per i provvedimenti indifferibili, il legislatore non abbia previsto un termine massimo per la notifica al convenuto.

I presupposti per questo tipo di misure provvisorie sono la possibile compromissione dell'attuazione dei provvedimenti dovuta all'instaurazione del contraddittorio e il timore di un danno imminente e irreparabile; nonostante la lettera della norma utilizzi la congiunzione "o" essi non sono alternativi, ma devono ricorrere congiuntamente¹⁹. Invero, la soluzione che, valorizzando il dato letterale della norma, prevede l'alternatività dei presupposti non coglie l'essenza del carattere per l'appunto indifferibile di simili misure: è proprio il secondo requisito ad implicare intrinsecamente l'urgenza a cui si ricollega l'indifferibilità stessa²⁰. I provvedimenti indifferibili, invero, vengono disposti in una situazione in cui non è possibile attendere la pronuncia dei provvedimenti temporanei e urgenti. Siffatti presupposti devono essere provati dalla parte ricorrente, sebbene, in ipotesi tutela della prole minorenni o maggiorenne portatrice di handicap grave, il giudice possa autonomamente compiere attività istruttoria.

Il contenuto dei provvedimenti indifferibili non è specificato dal legislatore, il quale lascia ampio margine di discrezionalità all'organo giudicante, che può assumere i provvedimenti ritenuti più opportuni.

Il testo della riforma non prevede un coordinamento tra l'udienza di modifica e revoca dei provvedimenti indifferibili e quella di comparizione delle parti. Si tratta di due udienze differenti, poiché nella prima non verrà discusso il merito della causa, bensì la mera sussistenza dei presupposti per l'emissione dei provvedimenti indifferibili. L'udienza di convalida

¹⁵ F. DANOVI, *Le ragioni di una riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 327.

¹⁶ M.A. LUPOI, *op. cit.*, 89.

¹⁷ Art. 3, comma 6, lett. c) D. lgs. 31/2024, decreto legislativo correttivo della riforma Cartabia, approvato dal Consiglio dei Ministri il 16 febbraio 2024. Una simile impostazione è stata confermata dal decreto correttivo 164/2024, il quale ha aggiunto al primo comma dell'art. 473-bis.15 c.p.c. la locuzione "davanti a sé".

¹⁸ B. FICCARELLI, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*, in *Famiglia e diritto*, 2020, 332.

¹⁹ E. VULLO, *Provvedimenti indifferibili, temporanei e urgenti*, in *Famiglia e diritto*, 2023, 982.

²⁰ F. BARBIERI, *La tutela d'urgenza del novello processo di famiglia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2025, 297.

concretizza il contraddittorio e pertanto permette al convenuto di depositare memoria difensiva, che, a sua volta, non corrisponde alla comparsa di risposta, la quale consente la costituzione in giudizio dello stesso; in suddetta memoria difensiva la controparte dovrebbe limitarsi a prendere posizione rispetto ai presupposti cautelari per l'emissione dei provvedimenti indifferibili²¹.

Secondo parte della dottrina i provvedimenti indifferibili non possono essere emessi prima della fase introduttiva del procedimento, ma sarebbero azionabili solo contestualmente al deposito del ricorso²², e, secondo la giurisprudenza, non potrebbero nemmeno assurgere ad un'anticipazione del giudizio²³. Quest'impostazione, che considera tali provvedimenti alla stregua di provvedimenti cautelari in corso di causa, è confermata dalla collocazione dell'art. 473-bis.15 c.p.c. successivamente all'articolo relativo al contenuto del ricorso introduttivo. Orientamento contrario²⁴ è espresso da chi sostiene la possibilità di azionare il rimedio cautelare delle misure indifferibili anche in un momento precedente alla proposizione del ricorso. Tale impostazione si giustifica in quanto la previsione della possibile emissione dei provvedimenti indifferibili solamente lite pendente si tradurrebbe in una discriminazione di trattamento rispetto ai provvedimenti d'urgenza i quali, in ottemperanza al rito cautelare uniforme, possono ben essere richiesti in un momento precedente all'instaurazione del procedimento: pertanto, assumendo la natura cautelare di detti provvedimenti, se ne deve ammettere la possibile attivazione *ante causam*²⁵.

I provvedimenti indifferibili convergono poi, in corso di causa, nei provvedimenti temporanei e urgenti disciplinati all'art. 473-bis.22 c.p.c. disposti a conclusione della prima udienza di comparizione delle parti. Tuttavia, la parte può richiedere un provvedimento indifferibile anche in corso di causa, sempre in presenza dei presupposti individuati dalla legge²⁶.

Per quanto invece concerne gli effetti dei provvedimenti indifferibili il legislatore tace rispetto alla possibilità che tali misure possano essere utilizzate per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale o rispetto ad eventuali conseguenze in caso di estinzione del processo. La dottrina si divide tra chi estende le caratteristiche dei provvedimenti temporanei e urgenti espresse agli art. 473-bis.22 e 473-bis.36 c.p.c. anche alle decisioni indifferibili²⁷ e chi, invece, non opera questa comparazione, facendo discendere l'ultraefficacia dei provvedimenti indifferibili dall'art. 669-

²¹ M.A. LUPOI, *op. cit.*, 89.

²² E. VULLO, *op. cit.*, 982. Si veda, altresì, *Linee guida e prime indicazioni sul nuovo rito di famiglia del tribunale di Gorizia*, consultabile al seguente indirizzo: <https://avvocatigorizia.it/node/1268>

²³ V. Tribunale Verona, Sez. delle persone, dei minori e della fam., Decr., 13/07/2023, e Trib. Roma, sez I, 22 luglio 2023.

²⁴ M.A. LUPOI, *op. cit.*, 89.

²⁵ F. BARBIERI, *op. cit.*, 298.

²⁶ G. BUFFONE, *op. cit.*, 872.

²⁷ R. DONZELLI, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Judicium online*, 13 aprile 2023, 5.

octies, comma 6, c.p.c., ma precisando che gli stessi non siano idonei per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale²⁸.

2.1 I provvedimenti temporanei e urgenti

I provvedimenti temporanei e urgenti dovrebbero tecnicamente esser meglio qualificati come “provvedimenti provvisori ed urgenti” poiché si tratta di misure, non necessariamente cautelari, con efficacia provvisoria, ossia idonea a protrarsi per un periodo di tempo indefinito e indeterminato; al contrario, i provvedimenti indifferibili sono provvedimenti aventi generalmente natura cautelare e destinati a perdere efficacia all'emissione del provvedimento definitivo di merito o a causa dell'estinzione del processo. Per i provvedimenti disciplinati dall'art. 473-bis.22 c.p.c. è la legge a prevedere espressamente che la loro efficacia permanga nonostante l'estinzione del giudizio.

Il giudice assume, con ordinanza, i provvedimenti temporanei e urgenti disciplinati all'art. 473-bis.22 c.p.c., quando si rende necessario regolare provvisoriamente un rapporto controverso. Tradizionalmente tale potere era demandato al Presidente del tribunale; si è tuttavia assistito al progressivo depotenziamento della concezione pubblicistica e indissolubilista caratterizzante il matrimonio civile, basata sul ruolo assunto dal Presidente del tribunale, massima carica giurisdizionale incaricata del compimento dell'estremo tentativo di conciliazione dei coniugi.

L'emissione dei provvedimenti temporanei e urgenti non necessita, se quest'ultimi si riferiscono a figli minori o maggiorenni con gravi disabilità, di alcun impulso di parte, rientrando nei poteri ufficiosi dell'autorità giudiziaria. Restano tuttavia ancorati al rispetto del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato le misure concernenti figli maggiorenni ma non economicamente autosufficienti²⁹.

Il contenuto dei provvedimenti non è individuato analiticamente dalla legge ma origina da una valutazione di opportunità operata dal giudice: la pronuncia può riguardare la regolazione di statuizioni di merito, o vertere su aspetti organizzativi ovvero istruttori³⁰. Quando l'ordinanza ha contenuto economico il giudice determina la data di decorrenza della statuizione, potendola far retroagire al momento di proposizione della domanda o alla prima udienza di comparizione delle parti³¹.

²⁸ M.A. LUPOI, *La prima udienza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1150.

²⁹ R. LOMBARDI, *op. cit.*, 525.

³⁰ G. BUFFONE, *op. cit.*, 872.

³¹ F. DANOVI, *op. cit.*, 837.

L'ordinanza con la quale vengono disposti i provvedimenti costituisce titolo esecutivo e consente l'iscrizione di ipoteca giudiziale³² e conserva la propria efficacia anche in caso di estinzione del processo, fino all'emissione di un ulteriore provvedimento giudiziale³³.

2.2. L'adozione degli ordini di protezione

La disciplina degli ordini di protezione contro gli abusi familiari precedentemente alla riforma Cartabia era contenuta agli artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.c.³⁴ e all'art. 736-*bis* c.p.c.; la novella ha introdotto, all'interno del nuovo Titolo IV-*bis* del libro II, la sezione VII, appositamente dedicata alla regolazione di tali provvedimenti provvisori e temporanei. Gli ordini di protezione hanno come principale obbiettivo l'inibizione di condotte pregiudizievoli e la prevenzione di una loro possibile reiterazione. I comportamenti rientranti nel concetto di abuso familiare possono essere sintetizzati in qualsiasi condotta lesiva di diritti fondamentali quali l'integrità psicofisica e la libertà personale della vittima. Nel novero degli agiti abusanti rientrano, quindi, una serie di atti quali maltrattamenti e aggressioni fisiche, condotte ostili e intimidatorie, insulti e offese, pedinamenti e controlli, gravi limitazioni economiche, ma anche il concetto di violenza assistita, caratterizzato dal presupposto che gli abusi non siano perpetrati direttamente nei confronti della vittima, ma la stessa ne sia bensì testimone. Non tipizzare le condotte abusanti permette al giudice di intervenire ogniqualevolta ritenga sia necessario, a tutela di qualsivoglia danno arrecato al destinatario degli ordini di protezione³⁵.

Concretamente il giudice interviene, con decreto, emettendo ordini di cessazione della condotta lesiva o ordini di allontanamento dalla casa familiare; eventualmente possono essere adottati ulteriori provvedimenti quali il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima di abuso, l'intervento dei servizi sociali o di associazioni specializzate e il pagamento di un assegno periodico di mantenimento. La libertà di recarsi presso i luoghi oggetto del divieto di avvicinamento si riepande nel caso in cui il soggetto abusante debba frequentarli per motivi lavorativi oppure per esigenze di salute. Nel decreto l'autorità giudiziaria stabilisce, inoltre, la durata della misura protettiva, decorrente dall'esecuzione del provvedimento; a tal proposito l'ordine di protezione non può protrarsi per un periodo di tempo superiore all'anno sebbene

³² La Corte Costituzionale, nella sentenza del 24 giugno 2002 n. 272, ha sottolineato come, a causa dell'intrinseca provvisorietà e instabilità di tali misure, esse non possano essere considerate titolo idoneo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

³³ Dei provvedimenti modificativi o revocativi dei provvedimenti temporanei e urgenti si approfondirà la trattazione nel paragrafo relativo alla modificabilità e reclamabilità degli stessi.

³⁴ Gli artt. 342-*bis* e 342-*ter*, che andavano a comporre il Titolo IX *bis* in materia di ordini di protezione contro gli abusi familiari sono stati abrogati dal decreto correttivo della riforma Cartabia emanato il 15 febbraio 2024, allo scopo di sanare il difetto di coordinamento dovuto all'inserimento della disciplina degli ordini di protezione agli artt. 473-*bis*.69 e 473-*bis*.70 c.p.c.

³⁵ M. BARANCA, Art. 473 *bis*.69 *cpc*. – *Ordini di protezione contro gli abusi famigliari*, in *Codice di Procedura Civile ipertestuale*, a cura di Comoglio L. P. e Vaccarella R., nella versione consultabile nella banca dati One Legale, 2023.

possa essere prorogato, per gravi motivi, su istanza di parte o del Pubblico Ministero nel caso in cui siano presenti soggetti minori³⁶.

All'art. 473-bis.69 c.p.c. è espressamente prevista la possibilità per il giudice di intervenire emanando ordini di protezione anche in ipotesi di cessazione della convivenza e della coabitazione tra soggetto abusante e abusato. Evidentemente, in simili ipotesi, non troverà luogo l'emissione dello specifico ordine di protezione consistente nell'allontanamento dall'abitazione familiare. La disciplina degli ordini di protezione non è applicabile alle forme di coabitazione non qualificate da un consolidato rapporto affettivo³⁷.

Nell'ottica di evitare il fenomeno della vittimizzazione secondaria, costituito dal rinnovamento della sofferenza vissuta in origine dalla vittima, l'art. 473-bis.70 c.p.c. esclude la possibilità che il giudice disponga l'intervento di un mediatore familiare nel procedimento atto all'emissione degli ordini di protezione. La riforma mira ad evitare qualsiasi obbligo di incontro tra le parti, per le quali, tuttavia, permane la libertà di scegliere volontariamente di intraprendere la via della mediazione e della conciliazione se ritenuta maggiormente proficua. L'intervento legislativo permette l'armonizzazione dell'ordinamento interno a principi da tempo espressi a livello internazionale³⁸.

3. Il procedimento per l'emissione dei provvedimenti interinali

I provvedimenti indifferibili sono richiesti dalla parte o dal pubblico ministero con il ricorso introduttivo o in qualsiasi momento antecedente alla prima udienza di comparizione delle parti. Caratteristica precipua di queste misure è la loro emissione in assenza di contraddittorio delle parti, contraddittorio che verrà ripristinato nell'ambito dell'udienza di convalida fissata nei successivi quindici giorni³⁹. Si tratta di misure adottate dal giudice con decreto provvisoriamente esecutivo a seguito di un'eventuale assunzione di sommarie informazioni⁴⁰. I provvedimenti temporanei e urgenti si inseriscono, al contrario dei provvedimenti indifferibili, nell'alveo della prima udienza di comparizione delle parti, spartiacque tra la fase introduttiva del giudizio e quelle successive. In seguito al deposito del ricorso il Presidente del tribunale può decidere di delegare la trattazione della causa ad un giudice relatore, il quale acquisisce un chiaro quadro della situazione processuale sin dal momento del deposito delle memorie, il contenuto delle quali permette all'autorità giudiziaria di assumere le misure interinali ritenute

³⁶ M. BARANCA, Art. 473 bis.70 cpc. – *Provvedimenti di adozione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Codice di Procedura Civile ipertestuale*, a cura di Comoglio L. P. e Vaccarella R., nella versione consultabile nella banca dati One Legale, 2023.

³⁷ CARAPEZZA FIGLIA, PETTA, *Ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2023, 1263.

³⁸ Art. 48 Convenzione di Istanbul contro la vittimizzazione secondaria, adottata dal Consiglio d'Europa l'11.05.2011 e ratificata dall'Italia con la l. 77/2013.

³⁹ CEA, DONZELLI, GUIDARELLI, MAZZOTTI, NERI, SAVI, *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, in Donezelli, Savi (a cura di), Giuffrè, 2023.

⁴⁰ R. LOMBARDI, *op. cit.*, 525.

necessarie. Nella prima udienza di comparizione delle parti, l'art. 473-bis.21 c.p.c. dispone che il giudice accerti la congrua costituzione del contraddittorio e, in caso contrario, intervenga con i provvedimenti necessari. Se l'attore non compare o rinuncia espressamente al ricorso il processo si estingue, salvo il caso in cui il convenuto esprima la volontà di proseguire lo stesso in assenza della parte attorea. La prima udienza, nel rito novellato, si caratterizza per la necessaria comparizione delle parti: un'eventuale condotta in senso contrario potrà essere valutata ai fini della determinazione delle spese di lite⁴¹.

L'udienza di comparizione è il luogo demandato al tentativo di conciliazione delle parti: il giudice, sentite le stesse, può tentare la composizione della lite (diversa dalla pacificazione delle parti processuali). Nel momento in cui il tentativo di conciliazione dovesse avere esito negativo o le parti decidessero di non comparire senza giustificato motivo il giudice emetterà un'ordinanza con la quale verranno emanati i provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse delle parti e dei minori presenti. Nell'eventualità in cui la causa fosse matura per la decisione verrà chiesto alle parti di precisare le conclusioni e, anche in quest'ipotesi, verranno assunti gli eventuali provvedimenti interinali necessari per il periodo di tempo intercorrente tra l'emissione degli stessi e la sentenza⁴².

I provvedimenti temporanei e urgenti vengono, di regola, emessi al termine della prima udienza di comparizione delle parti, ma nulla impedisce al giudice di adottarli altresì in seguito, nel corso del processo⁴³. Con l'ordinanza con la quale il giudice emette i suddetti provvedimenti viene disposta l'ammissione dei mezzi di prova, richiesti dalle parti negli atti introduttivi del procedimento ovvero nelle successive memorie difensive; successivamente l'autorità giudiziaria fissa un termine, non superiore a 90 giorni, per l'assunzione degli stessi e predispone il calendario del processo⁴⁴.

Per quanto concerne gli ordini di protezione essi sono emessi nell'ambito di un'udienza monocratica e deformalizzata, paragonabile al procedimento cautelare: la parte dà avvio al processo con ricorso, adeguatamente motivato, presentato al tribunale in composizione monocratica, il quale provvede con rito camerale. Nei casi di violenza domestica o di genere (anche assistita) l'iniziativa spetta all'esercente la responsabilità genitoriale non abusante, al pubblico ministero, al curatore speciale del minore o al minore stesso che abbia compiuto quattordici anni. Il giudice ha la facoltà di svolgere l'attività istruttoria necessaria attraverso un'immediata audizione delle parti, senza alcun rinvio ad un'ulteriore udienza, e, al termine della stessa, emette gli ordini di protezione attraverso l'adozione di un decreto motivato

⁴¹ A. FIGONE, *Il giudizio di primo grado*, in *Famiglia e Diritto*, 2023, 945.

⁴² A. FIGONE A., *op. cit.*, 945.

⁴³ A. GRAZIOSI, *Sui provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse dei genitori e dei figli minori*, in *Famiglia e Diritto*, 2022, 368.

⁴⁴ R. BEGHELLI, *Art. 473 bis.22 c.p.c. – Provvedimenti del giudice*, in *Codice di Procedura Civile ipertestuale*, a cura di Comoglio L. P. e Vaccarella R., nella versione consultabile nella banca dati One Legale, 2023.

immediatamente esecutivo. Nei casi di urgenza l'ordine di protezione può essere emanato anche *inaudita altera parte*, fissando l'udienza di comparizione nei successivi quindici giorni, garantendo, in tal modo, la costituzione del contraddittorio. La misura appena descritta può essere ulteriormente assunta *ante causam* e all'interno di un diverso procedimento di merito, non appositamente instaurato per l'emissione degli ordini di protezione: nel caso di specie, il giudice, come espressamente previsto all'art. 274-bis.46 c.p.c., deve valutare la sussistenza del requisito della fondatezza predisponendo attività istruttoria, anche sommaria⁴⁵.

4. L'attuazione dei provvedimenti interinali

La riforma Cartabia ha espressamente introdotto nella disciplina riguardante il nuovo rito unificato una specifica sezione dedicata all'attuazione dei provvedimenti. È necessario distinguere tra l'esecuzione dei provvedimenti a contenuto patrimoniale e non patrimoniale⁴⁶. Ai primi fa riferimento l'art. 473-bis.36 c.p.c. attraverso il quale il legislatore ha perseguito l'obiettivo di riordino della disciplina previgente, particolarmente frammentaria e contenuta all'art. 156 c.c., all'art. 8 L. 898/1970, all'art. 3 L. 219/2012 e infine all'art. 316-bis c.c., nome che devono intendersi abrogate. L'articolo in commento razionalizza le forme di tutela del credito già esistenti nell'ordinamento giuridico, accentrando la competenza nel prossimo Tribunale unico per le persone, per i minorenni e per le famiglie⁴⁷.

Come espressamente previsto dalla norma in esame le misure che introducono un'obbligazione di carattere economico sono immediatamente esecutive, anche se aventi natura temporanea; inoltre, le stesse, siano esse provvedimenti indifferibili o temporanei e urgenti, costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Si tratta di una significativa novità poiché, in passato, la giurisprudenza maggioritaria e perfino la Corte costituzionale⁴⁸, si orientavano sull'impossibilità che da tali provvedimenti potesse derivare un'iscrizione ipotecaria. Per scongiurare un abuso del diritto, soprattutto in riferimento a ipotesi in cui è iscritta ipoteca in forza di provvedimenti temporanei, è stato inserito, nella norma novellata, un esplicito riferimento all'art. 96 c.p.c. il quale disciplina l'ipotesi di responsabilità aggravata.

Perché il giudice possa esigere che l'obbligato presti idonea garanzia personale o reale è necessaria la sussistenza di un pericolo di inadempimento della parte obbligata al contributo economico; in mancanza di detto requisito l'autorità giudiziaria è tenuta alla cancellazione dell'ipoteca ai sensi dell'art. 2884 c.c.⁴⁹.

⁴⁵ CARAPEZZA FIGLIA, PETTA, *op. cit.*, 1263.

⁴⁶ C. MARINO, *Nuove regole per l'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori*, in *Famiglia e Diritto*, 2022, 400.

⁴⁷ L. SESSANTINI, *Art. 473 bis.36 cpc. – Garanzie a tutela del credito*, in *Codice di Procedura Civile ipertestuale*, a cura di Comoglio L. P. e Vaccarella R., nella versione consultabile nella banca dati One Legale, 2023.

⁴⁸ Corte Cost., ord. del 17 giugno 2002 n. 272.

⁴⁹ Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 16 gennaio 2023, n. 1076.

L'autorità giudiziaria può disporre, anche *inaudita altera parte*, il sequestro dei beni mobili, immobili o dei crediti, su richiesta del creditore. Nel caso di sequestro autorizzato senza la previa instaurazione del contraddittorio il giudice provvederà a fissare, entro 15 giorni, un'udienza per la conferma, revoca o modifica del provvedimento⁵⁰. Il sequestro non si sostanzia in una mera reazione all'inadempimento del soggetto obbligato ma garantisce al creditore la corresponsione di ogni prestazione periodica dovuta; è quindi uno strumento da analizzare in ottica prevalentemente coercitiva e non cautelare⁵¹, poiché stimola il debitore ad adempiere spontaneamente al provvedimento giudiziario⁵². Rispetto alla disciplina previgente, contenuta agli artt. 8 L. 898/1970 e 156 c.c., la nuova norma riflette un sistema meno frammentario: l'art. 8 L. div., infatti, al contrario dell'art. 156 c.c., non richiedeva, quale presupposto per il sequestro, l'inadempimento della parte obbligata; inoltre non era nemmeno previsto un limite all'assoggettamento a sequestro dei beni dell'obbligato, mentre, per converso, l'art. 8, rispetto a pensioni, salari e stipendi, poneva quale tetto massimo il limite della metà del credito⁵³. Le ordinanze che impongono garanzie personali o reali ovvero che autorizzano il sequestro possono essere revocate o modificate al sopraggiungere di giustificati motivi; la competenza in ordine all'attuazione dei provvedimenti spetta, di regola, al giudice del procedimento in corso. Tuttavia, ove tali misure vengano chieste dalla parte prima dell'instaurazione del procedimento oppure in seguito alla conclusione del giudizio di merito, l'autorità giudiziaria competente è individuabile facendo riferimento all'istituto della revisione disciplinato all'art. 437-bis.29 c.p.c.⁵⁴. Come ad oggi espressamente previsto dal legislatore l'obbligazione caratterizzante i provvedimenti a contenuto economico rientra nei poteri ufficiosi del giudice positivamente regolati dall'art. 473-bis.2 c.p.c.

Il successivo art. 473-bis.37 c.p.c. disciplina l'attuazione dei provvedimenti economici (anche provvisori se aventi efficacia di titolo esecutivo) tramite pagamento diretto del terzo. La riforma Cartabia pone fine ad un'ingiustificata disparità di trattamento intercorrente tra figli di genitori separati e figli di genitori divorziati, poiché, l'art. 8 L. 898/1970 prevedeva la possibilità per il creditore del genitore inadempiente di rivolgere ad un terzo, a sua volta obbligato nei confronti della parte inadempiente, una richiesta di pagamento diretto senza dover preliminarmente adire l'autorità giudiziaria per un preventivo accertamento dell'inadempimento. Per formulare una simile richiesta, tuttavia, era necessaria una sentenza di divorzio. In mancanza di tale provvedimento il creditore poteva agire tramite un ordine al

⁵⁰ L. SESSANTINI, *op. cit.*, 2.

⁵¹ Non necessita, invero, dei presupposti del *fumus bonis iuris* e del *periculum in mora* in quanto viene emessa in un momento in cui il credito è già stato accertato.

⁵² A. GRAZIOSI, *op. cit.*, 368.

⁵³ L. SESSANTINI, *op. cit.*, 2.

⁵⁴ F. TOMMASEO, *Sull'attuazione dei provvedimenti della giustizia familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 2023, 970.

terzo di pagamento diretto ai sensi dell'art. 156 c.c., il quale poteva altresì essere emesso per il pagamento dell'assegno di mantenimento dei figli anche non matrimoniali⁵⁵.

La disciplina attuale prevede la possibilità per il creditore di costituire in mora il debitore che risulti inadempiente da almeno 30 giorni; la costituzione in mora avviene senza alcuna formalità tramite notifica del provvedimento da cui è ricavabile il credito al terzo *debitor debitoris*, con l'invito di versare la somma dovuta direttamente al creditore, previa comunicazione al debitore inadempiente. Se il terzo non adempie entro il mese successivo alla notificazione, il creditore può agire nei suoi confronti esecutivamente, senza bisogno di ricorrere ulteriormente all'autorità giudiziaria⁵⁶. Il terzo può proporre opposizione entro 20 giorni dalla notifica secondo la disciplina prevista per l'opposizione al decreto ingiuntivo oppure può chiedere la revoca o la modifica del provvedimento utilizzando le forme del rito ordinario⁵⁷. Permangono dubbi nell'ipotesi in cui il terzo sia il datore di lavoro del debitore, poiché, contrariamente alla disciplina previgente contenuta nella legge sul divorzio⁵⁸, non sussiste la previsione secondo cui era vietato al terzo datore di lavoro il versamento al creditore di un importo superiore alla metà della somma dovuta al proprio dipendente. L'ultimo comma dell'art. 473-bis.37 c.p.c. prevede che, nel caso in cui il credito risulti già pignorato al momento della notificazione al terzo, il giudice, statuendo in merito alla ripartizione delle somme dovute ai creditori, debba discrezionalmente tener conto della natura e della finalità del credito; tale formulazione risulta estremamente ambigua poiché pare attribuire al giudice la facoltà di alterare le regole di riparto in base a valutazioni di opportunità non meglio specificate⁵⁹.

Per quanto attiene ai provvedimenti aventi contenuto non patrimoniale occorre far riferimento all'art. 473-bis.38 c.p.c. che definisce l'attuazione delle specifiche misure concernenti l'affidamento dei minori e la risoluzione delle controversie relative all'esercizio della responsabilità genitoriale, determinazioni non attuabili tramite gli istituti tipici dell'esecuzione forzata. L'esecuzione dei suddetti provvedimenti rientra nella competenza del giudice dell'attuazione: con questa espressione il legislatore opera un preciso riferimento al giudice monocratico della futura sezione circondariale del Tribunale unico per le persone, i minorenni e le famiglie. Fintantoché non sarà istituito tale organo giudiziario la competenza in ordine all'attuazione di siffatti provvedimenti appartiene al giudice relatore designato dal presidente del collegio⁶⁰. Nell'ipotesi in cui non sia pendente alcun giudizio al momento dell'esecuzione

⁵⁵ L. SESSANTINI, *Art. 473 bis.37 cpc. – Pagamento diretto del terzo*, in *Codice di Procedura Civile ipertestuale*, a cura di Comoglio L. P. e Vaccarella R., nella versione consultabile nella banca dati One Legale, 2023.

⁵⁶ R. LOMBARDI, *op. cit.*, 525.

⁵⁷ L. SESSANTINI, *op. cit.*, 2.

⁵⁸ Art. 8 l. 898/1970.

⁵⁹ F. TOMMASEO, *op. cit.*, 970.

⁶⁰ F. TOMMASEO, *op. cit.*, 970.

è competente il giudice che ha pronunciato il provvedimento da applicare o, in caso di trasferimento⁶¹ del minore, il giudice del luogo in cui il minore ha la residenza abituale⁶².

Rispetto al procedimento di esecuzione dei provvedimenti non economici relativi all'affidamento dei minori e alla responsabilità genitoriale la legge tace riguardo al contenuto del ricorso introduttivo e alla legittimazione ad agire. In riferimento al primo aspetto è necessario rifarsi ai principi generali di redazione degli atti processuali contenuti agli artt. 121 e 125 c.p.c. i quali specificano che l'atto debba avere la forma più idonea per raggiungere lo scopo ma al contempo essere caratterizzato da chiarezza e sinteticità. Relativamente alla legittimazione, essa spetta ai soggetti già legittimati a proporre il giudizio che ha dato origine al provvedimento di cui si chiede l'attuazione, e, in questo novero, vengono ricompresi altresì il curatore speciale del minore e il pubblico ministero (qualora fosse legittimato a proporre ricorso nel relativo giudizio di merito). All'apertura del procedimento vengono sentiti i genitori o gli esercenti la responsabilità genitoriale e, se nominato, il curatore speciale del minore; tale adempimento, imposto dall'art. 473-bis.4 c.p.c., permette di indagare al meglio il superiore interesse del minore. A questo proposito, nel caso in cui il giudice dovesse ravvedere un potenziale pregiudizio per l'equilibrio psico-fisico del minore conseguente all'attuazione dei provvedimenti succitati, ben potrebbe sospendere l'esecuzione coattiva e adottare le più idonee misure a sostegno del minore, servendosi finanche dell'ausilio di psicologi o di altri esperti⁶³.

L'ordinanza con la quale il giudice dispone in merito all'attuazione dei provvedimenti può prendere le forme del verbale di conciliazione tra le parti, quando le stesse manifestano la volontà di adempiere alle prescrizioni dell'autorità giudiziaria, oppure, nel caso in cui la conciliazione fallisca, contenere le statuizioni riguardanti le specifiche modalità di attuazione dei provvedimenti. Eventualmente il giudice può decidere di emettere, nei casi di urgenza e di pericolo attuale e concreto di sottrazione del minore o di altri fatti idonei a compromettere l'attuazione, un decreto *inaudita altera parte*, il quale verrà convalidato nell'apposita udienza fissata nei successivi quindici giorni⁶⁴.

Nell'ipotesi in cui venisse successivamente instaurato, tra le medesime parti, un procedimento riguardante la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale il giudice dell'attuazione dovrebbe prima emettere i provvedimenti urgenti reputati necessari nel caso di specie, e trasmettere, entro quindici giorni, gli atti al giudice di merito, che, a sua volta, dovrà

⁶¹ In tale determinata ipotesi il trasferimento del minore necessita di una specifica autorizzazione poiché, in assenza di quest'ultima e nel caso in cui non sia trascorso un anno, permane la competenza del giudice del luogo dell'ultima residenza abituale del minore precedente al trasferimento.

⁶² B. FICCARELLI, *op. cit.*, 332.

⁶³ F. TOMMASEO, *op. cit.*, 970.

⁶⁴ F. DANOVÌ, *op. cit.*, 837.

confermare, modificare o revocare detti provvedimenti, i quali, diversamente, diverrebbero inefficaci⁶⁵.

Quando assolutamente indispensabile il giudice può vedersi costretto ad autorizzare, con l'emissione di un provvedimento adeguatamente motivato, l'utilizzo della forza pubblica, tendendo in ogni tempo alla tutela degli interessi e della salute psicofisica del minore. Nel caso di intervento della forza pubblica è indispensabile che gli operatori della stessa siano propriamente formati e specializzati, anche in materie sociosanitarie, al fine di poter adottare le maggiori cautele richieste dalla particolare circostanza⁶⁶. Secondo parte della dottrina⁶⁷, il sistema attuativo predisposto dalla riforma si rivela estremamente vago e poco aderente alla realtà della fattispecie concreta: le disposizioni contenute all'art. 473-bis.38 c.p.c. risultano eccessivamente generiche e non tengono in debita considerazione il consolidato principio giurisprudenziale⁶⁸ che vieta l'utilizzo della forza per attuare il diritto di visita del minore, riconoscendo il diritto incoercibile di quest'ultimo al rifiuto di incontrare uno o entrambi i genitori⁶⁹. Pertanto, la forza pubblica dovrebbe legittimamente intervenire solo nell'ipotesi di mancata realizzazione del diritto di visita, derivante da comportamenti ostativi esercitati dal genitore presso cui il minore è stato collocato, e non anche ove tale rifiuto promani dal minore stesso⁷⁰.

L'art 473-bis.39 c.p.c. regola l'ipotesi di gravi inadempienze delle parti ovvero di comportamenti pregiudizievoli per il minore, ostativi delle modalità di affidamento o di esercizio della responsabilità genitoriale. Le inadempienze di cui tratta la norma hanno natura economica e devono essere risolte nelle ipotesi in cui gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, quali il pagamento diretto al terzo, non sono utilizzabili. Il legislatore ha deciso di utilizzare gli strumenti sanzionatori propri dell'esecuzione indiretta disciplinati all'art. 614-bis.c.p.c., in aggiunta a quelli già disciplinati dall'abrogato art 709-ter c.p.c. Ai sensi del primo articolo citato la misura sanzionatoria viene irrogata in maniera preventiva, in un momento precedente alla violazione dell'obbligazione, al contrario del provvedimento disciplinato dall'art. 709-ter c.p.c. che viene applicato a posteriori, successivamente al verificarsi dell'inadempimento⁷¹.

⁶⁵ F. TOMMASEO, *op. cit.*, 970.

⁶⁶ C. MARINO, *op. cit.*, 400.

⁶⁷ G. F. RICCI, *Alcune osservazioni sul nuovo processo di famiglia. Errori concettuali e disarmonie del sistema*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2024, 579.

⁶⁸ Cass. civ., Sez. I, Ord., 06/03/2020, n. 6471; e Cass. civ., Sez. VI - 1, Sent., 07/10/2016, n. 20107.

⁶⁹ Un simile diritto è, del resto, altresì espressamente riconosciuto dall'art. 473-bis.6 c.p.c.

⁷⁰ Secondo G. F. RICCI, *op. cit.*, 580, il legislatore avrebbe dovuto prevedere espressamente l'impossibilità di esercizio della forza pubblica nelle ipotesi in cui il rifiuto al diritto di visita sia esclusivamente dipendente dall'autodeterminazione del minore.

⁷¹ L. SESSANTINI, *Art. 473 bis.39 cpc. – Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*, in *Codice di Procedura Civile ipertestuale*, a cura di Comoglio L. P. e Vaccarella R., nella versione consultabile nella banca dati One Legale, 2023.

Il giudice dell'attuazione può, anche d'ufficio, modificare i provvedimenti precedentemente adottati, ammonire il genitore inadempiente, individuare una somma di denaro che l'obbligato deve versare per ogni violazione o inosservanza successiva o per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione ovvero applicare al genitore inadempiente una sanzione amministrativa. Per irrogare tali sanzioni non è necessario l'accertamento del pregiudizio subito dal minore, ma è sufficiente appurare che una parte abbia ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni dell'autorità giudiziaria⁷². Inoltre, il genitore inadempiente può essere condannato al pagamento del risarcimento dei danni nei confronti dell'altro genitore o del minore⁷³: nel primo caso è necessaria un'istanza di parte, mentre per perseguire gli interessi del minore il giudice potrà agire anche d'ufficio. Il risarcimento è una misura cumulabile con le ulteriori sanzioni previste dall'art. 473-bis.39 c.p.c.⁷⁴.

Le determinazioni disposte dall'autorità giudiziaria, nonostante possano essere adottate congiuntamente, hanno presupposti e ambiti di applicazione differenti: si tratta di misure adottabili per indurre all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il genitore inadempiente, non aventi, quindi, funzione prettamente repressiva, ma piuttosto preventiva⁷⁵.

5. Modificabilità e reclamo

Come attualmente esplicitato dall'art. 473-bis.23 c.p.c. i provvedimenti temporanei e urgenti si intendono modificabili e revocabili all'emersione di fatti in precedenza non conosciuti o di nuovi accertamenti istruttori⁷⁶. Tale norma permette al giudice di mantenersi costantemente allineato con l'evoluzione della situazione di fatto e dell'istruttoria. I provvedimenti di revoca o modifica sono, a loro volta, misure provvisorie ulteriormente revocabili o modificabili⁷⁷. Prima della riforma Cartabia, parte della dottrina, sosteneva la loro libera modificabilità e reclamabilità, anche in assenza di circostanze sopravvenute. Al contrario, la novella, sulla base della disciplina della revoca e modifica dei provvedimenti cautelari contenuta all'art. 669-decies c.p.c., ha chiaramente individuato, quale presupposto necessario, l'emersione di fatti sopravvenuti o di nuovi accertamenti istruttori. Tale scelta legislativa suscita perplessità in ordine a una materia, quale quella familiare, particolarmente delicata e sensibile, che necessiterebbe di un intervento del giudice svincolato da un indispensabile mutamento delle circostanze⁷⁸.

⁷² F. TOMMASEO, *op. cit.*, 970.

⁷³ R. LOMBARDI, *op. cit.*, 525.

⁷⁴ L. SESSANTINI, *op. cit.*, 2.

⁷⁵ F. TOMMASEO, *op. cit.*, 970.

⁷⁶ G. CASABURI, *Modifica, revoca e impugnazione dei provvedimenti «interinali» nel nuovo rito unificato in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *Foro It.*, 2024, 1950.

⁷⁷ G. CASABURI, *op. cit.*, 1950.

⁷⁸ E. VULLO, *op. cit.*, 982.

L'art. 473-bis.24 c.p.c. disciplina il reclamo avverso i provvedimenti temporanei e urgenti, ed avverso i provvedimenti temporanei emessi in corso di causa sospensivi ovvero limitativi della responsabilità genitoriale, sostanzialmente modificativi delle disposizioni relative all'affidamento e alla collocazione del minore, e disponenti l'affidamento dello stesso a soggetti diversi dai genitori; un simile reclamo deve presentarsi con ricorso alla Corte d'appello⁷⁹. La norma distingue le ipotesi di provvedimento temporaneo e urgente assunto nell'ambito della prima udienza del giudice istruttore e di misura interinale adottata nel corso del procedimento, anche in modificazione dei provvedimenti ex art. 473-bis.22 c.p.c. Tale reclamo trae origine dal procedimento di riesame dell'ordinanza presidenziale⁸⁰ tipico dei giudizi di separazione e divorzio; rispetto alla disciplina previgente, la norma novellata fornisce un'ulteriore indicazione relativa al termine per proporre reclamo nel caso di mancata notificazione del provvedimento.

La giurisprudenza antecedente alla riforma Cartabia assumeva una posizione contraria al reclamo avverso i provvedimenti interinali, richiamando la loro intrinseca provvisorietà e modificabilità; era possibile esclusivamente impugnare tramite appello la sentenza emessa a conclusione del giudizio⁸¹. Attualmente, oltre ai provvedimenti temporanei e urgenti, si intendono reclamabili anche i provvedimenti di modifica di quest'ultimi emessi in corso di causa, risolvendo, così, un'annosa diatriba dottrinale⁸². Ciononostante, non si reputa tuttora reclamabile qualsiasi provvedimento temporaneo e urgente emesso in corso di causa, bensì esclusivamente quelli dal contenuto maggiormente incidente sui diritti personalissimi delle parti ed, in particolar modo, dei minori, quali, le misure sospensive o limitative delle responsabilità genitoriale, quelle modificative delle condizioni dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero quelle deliberanti l'affidamento degli stessi a soggetti diversi dai genitori⁸³. Pertanto, solamente nelle circostanze più gravi⁸⁴ è possibile proporre reclamo, per evitare un eccessivo aggravio delle Corti d'appello, anche e soprattutto in ragione della potenziale modificabilità dei provvedimenti in commento nel corso del procedimento di primo grado⁸⁵. La lettera della norma è volutamente ampia e indefinita e ciò rende la disciplina soggetta a interpretazioni discrezionali: per parte della dottrina⁸⁶ un simile regime di

⁷⁹ M. A. LUPOI, *op. cit.*, 89.

⁸⁰ Abrogato art. 708 comma 4 c.p.c.

⁸¹ A. ARCERI, *Appello e reclami dopo la riforma Cartabia*, in *Famiglia e Diritto*, 2023, 959.

⁸² F. DANOVÌ, *op. cit.*, 837.

⁸³ V. AMIRANTE, *Il rito unificato nelle relazioni familiari*, in *Relazione n. 113 dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte suprema di Cassazione*, 2022.

⁸⁴ La norma in commento lascia un certo grado di discrezionalità rispetto alla possibilità di proporre o meno reclamo e ciò comporta, in ipotesi sfumate, possibili incertezze che potrebbero indurre la parte a proporre reclamo e, di conseguenza, le Corti d'appello ad adottare orientamenti maggiormente restrittivi rispetto ai presupposti di ammissibilità dello stesso.

⁸⁵ G. BUFFONE, *op. cit.*, 872.

⁸⁶ R. DONZELLI, *op. cit.*, 9.

impugnazione risulta incostituzionale poiché subordina la reclamabilità del provvedimento al suo contenuto⁸⁷. È doveroso precisare che si considera reclamabile esclusivamente la parte di ordinanza che statuisce sull'affidamento, il mantenimento e i provvedimenti ad essi consequenziali, e non anche la parte che pronuncia su aspetti organizzativi o meramente istruttori⁸⁸.

Il reclamo deve essere presentato, con ricorso, entro dieci giorni dalla pronuncia in udienza del provvedimento o dalla sua comunicazione o notificazione; in caso di mancata comunicazione del provvedimento da parte della cancelleria il termine viene fissato a sei mesi dalla sua pubblicazione⁸⁹. La riforma ha anticipato il *dies a quo* del termine per la proposizione del ricorso rispetto alla disciplina previgente, al fine di ridurre i tempi di deposito del reclamo e di evitare sovrapposizioni tra il procedimento di reclamo e la revoca o la modifica dei provvedimenti. Nonostante la riforma non preveda un coordinamento tra la disciplina del reclamo e quella della modifica o revoca dei provvedimenti temporanei e urgenti è ipotizzabile un loro raccordo basato sulla previsione che, chiesta la modifica o revoca di un provvedimento temporaneo e urgente, la parte non possa ulteriormente proporre reclamo avverso il medesimo provvedimento, poiché suddetti procedimenti non potrebbero pendere contestualmente, essendo l'istanza di modifica o revoca fondata su nuove circostanze che determinano la caducazione dell'interesse ad impugnare tramite reclamo: pertanto nel caso di accoglimento della domanda di modifica o revoca del provvedimento, ove la stessa fosse presentata in pendenza del giudizio di reclamo, la Corte d'appello dichiarerà la cessazione della materia del contendere⁹⁰.

Nell'eventualità in cui sopravvengano nuove circostanze in seguito all'ordinanza emanata in prima udienza ma prima della proposizione del reclamo, esse devono essere esposte al giudice di merito e non alla Corte d'appello e sono da considerarsi motivi di revoca del provvedimento⁹¹; davanti al giudice del reclamo saranno, invero, fatte valere quelle circostanze emerse solo successivamente al deposito del ricorso per il reclamo. Questa caratteristica differenzia il reclamo avverso i provvedimenti temporanei e urgenti dal reclamo cautelare disciplinato all'art. 669-terdecies c.p.c.: per l'appunto vengono rivalutate le misure di prima udienza per correggere eventuali errori di fatto o di diritto, mentre per mezzo di revoca e modifica si adeguano i provvedimenti alle sopravvenienze, prescindendo da qualsivoglia errore iniziale.

⁸⁷ La Corte Costituzionale, nella sentenza del 20 giugno 1994 n. 253, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 669-terdecies c.p.c. nella parte in cui ammetteva il reclamo solo nei confronti dell'ordinanza che rigettava l'istanza cautelare, e non anche avverso quella di accoglimento.

⁸⁸ G. CASABURI, *op. cit.*, 1950.

⁸⁹ R. LOMBARDI, *op. cit.*, 525.

⁹⁰ E. VULLO, *op. cit.*, 982.

⁹¹ M.A. LUPOI, *op. cit.*, 89.

Successivamente al deposito dell'atto introduttivo il collegio garantisce la costituzione del contraddittorio concedendo un termine al convenuto per depositare una memoria e un ulteriore termine al reclamante per permettergli di replicare alla stessa. Se lo ritiene indispensabile, la Corte d'appello può assumere, anche d'ufficio, sommarie informazioni e, successivamente, entro sessanta giorni dal deposito del ricorso, pronunciare un'ordinanza immediatamente esecutiva, la quale conferma, modifica o revoca la misura reclamata e determina il riparto delle spese di lite. Si ritiene sussista un implicito riferimento alle forme del rito camerale disciplinate all'art. 738 c.p.c.⁹². Potendo il collegio assumere sommarie informazioni, il reclamo si configura non quale mero strumento di controllo di eventuali palesi errori giudiziali, ma piuttosto quale mezzo per rivedere da principio la controversia⁹³; dottrina difforme sostiene che attualmente, similmente al passato, lo strumento del reclamo è solo apparentemente devolutivo del gravame, ma strutturato, di fatto, quale mezzo per rimuovere, in tempi particolarmente rapidi, errori di diritto o per rivalutare elementi già dedotti o prodotti dalle parti⁹⁴. La proposizione del reclamo non sospende, di regola, l'efficacia esecutiva dei provvedimenti temporanei e urgenti, salvo l'ipotesi in cui un'attuazione immediata degli stessi arrechi grave e irreparabile danno alle parti. Ove il collegio dovesse accogliere il reclamo, emanerà un'ordinanza completamente sostitutiva del provvedimento del giudice monocratico⁹⁵.

Discorso distinto deve essere compiuto in ordine alla possibilità di proporre reclamo avverso i provvedimenti indifferibili o, per meglio dire, avverso l'ordinanza di conferma, modifica o revoca dei provvedimenti indifferibili, posta la non reclamabilità del provvedimento indifferibile reso con decreto, essendo, lo stesso, una mera misura endoprocessuale caratterizzata dalla previsione di un termine finale di efficacia. Parte della dottrina⁹⁶ escludeva la reclamabilità dei suddetti provvedimenti, poiché le misure assunte *inaudita altera parte* sono destinate ad essere, a conclusione della prima udienza di comparizione delle parti, incorporate nei provvedimenti provvisori e urgenti e, conseguentemente, la loro modifica sarebbe stata assoggettata alla relativa disciplina contenuta all'art. 473-bis.23 c.p.c.⁹⁷. Secondo altro orientamento⁹⁸, il reclamo avverso i provvedimenti indifferibili si sarebbe potuto ricavare

⁹² G. CASABURI, *op. cit.*, 1950.

⁹³ E. VULLO, *op. cit.*, 982.

⁹⁴ A. ARCERI, *La "decisorietà di fatto" al vaglio della Costituzione*, in *Famiglia e Diritto*, 353, 2024.

⁹⁵ G. CASABURI, *op. cit.*, 1950.

⁹⁶ E. VULLO, *op. cit.*, 982.

⁹⁷ A. ARCERI, *op. cit.*, 353. Nell'eventualità in cui venisse ammessa la facoltà per il giudice di adottare i provvedimenti indifferibili anche prima del deposito del ricorso, essi saranno reclamabili non davanti alla Corte d'appello ma di fronte al collegio, poiché tale riesame rientrerebbe nella fattispecie dell'art. 669-terdecies c.p.c.

⁹⁸ R. DONZELLI, *op. cit.*, 1.

dall'ultimo comma dell'art. 473-bis.24 c.p.c.⁹⁹, il quale, implicitamente, afferma la necessità che le decisioni particolarmente incidenti sulla responsabilità genitoriale debbano sempre essere sottoposte a controllo, *a fortiori* se rese in assenza di contraddittorio; questo secondo orientamento, quindi, sosteneva l'ammissibilità del reclamo avverso i provvedimenti di conferma ex art. 473-bis.15 c.p.c. unicamente nell'ipotesi in cui, tali misure, suspendessero o limitassero sostanzialmente la responsabilità genitoriale, modificassero le modalità di affidamento e la collocazione dei minori, o prevedessero l'affidamento degli stessi a soggetti diversi dagli esercenti la responsabilità genitoriale. Attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c., si è demandato alle Sezioni Unite¹⁰⁰ lo scioglimento della diatriba dottrinale *ut supra* esposta. La Suprema Corte ha affermato, in *prima facie*, la somiglianza intercorrente tra i provvedimenti disciplinati dall'art. 473-bis.15 c.p.c. e il disposto degli artt. 700 e 669-sexies c.p.c., e conseguentemente la natura cautelare dei provvedimenti indifferibili; successivamente ha scardinato l'opinione basata su una sostanziale sovrapposizione tra i provvedimenti indifferibili e quelli temporanei e urgenti – e la conseguente reclamabilità dei primi ai sensi dell'art. 473-bis.24 c.p.c. – sostenendo una sua sostanziale ingiustificabilità. L'art. 473-bis.24 c.p.c., quindi, non può essere applicato analogicamente alle misure indifferibili in quanto riferito, specificatamente, ad alcune categorie di provvedimenti temporanei. La natura di provvedimenti cautelari non appare sufficiente per ammettersi indiscriminatamente la possibilità di reclamo. Inoltre, atteso che l'art. 669-quaterdecies c.p.c. limita l'applicabilità delle norme relative al procedimento cautelare uniforme ai soli provvedimenti cautelari richiamati dalla stessa, non si rinviene alcun collegamento normativo rispetto al nuovo titolo IV-bis del codice di procedura civile che permetterebbe l'applicazione del rito cautelare anche ai provvedimenti indifferibili. Attesa una generale esclusione della possibilità di proporre reclamo avverso i provvedimenti indifferibili, deve, tuttavia, ritenersi reclamabile, davanti alla Corte d'appello, esclusivamente l'ordinanza di conferma, modifica o revoca dei provvedimenti indifferibili riguardanti le ipotesi individuate dall'art. 473-bis.24 comma 2 c.p.c., ossia quelli maggiormente incidenti sulla regolazione della responsabilità genitoriale. La corte continua affermando che, proprio l'invasività delle decisioni assunte nelle ipotesi in commento, impone l'operatività del meccanismo del reclamo¹⁰¹. È tuttavia nuovamente doveroso sottolineare che collegare la reclamabilità di un provvedimento

⁹⁹Secondo G. COSTANTINO, *Questioni di coordinamento tra il nuovo "Procedimento unificato" e le altre forme di tutela giurisdizionale delle persone, dei minorenni e delle famiglie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2023, 181, ammettendo il reclamo avverso i provvedimenti indifferibili, coerentemente si debbono ritenere reclamabili dinnanzi alla Corte d'appello anche i provvedimenti di conferma, modifica o revoca degli stessi, emessi all'interno di controversie riguardanti la responsabilità genitoriale.

¹⁰⁰ Cass. civ., Sez. I, Sent., 30/04/2024, n. 11688.

¹⁰¹ R. DONZELLI, *op. cit.*, 81.

al suo contenuto, e non anche a sue caratteristiche oggettive, rischia di creare situazioni di incertezza e discrezionalità.

A tal proposito, il percorso argomentativo impiegato dalla Suprema Corte non convince pienamente: l'esclusione del mezzo del reclamo per le ordinanze di conferma, modifica o revoca dei decreti indifferibili pone un legittimo dubbio di costituzionalità per l'ingiustificata disparità di trattamento che rispetto alla disciplina della reclamabilità delle misure ex art. 473-bis.22 c.p.c.¹⁰². Seguendo un simile ragionamento logico i provvedimenti temporali e urgenti e quelli indifferibili si differenzerebbero e sarebbero reclamabili esclusivamente sulla base di un criterio meramente temporale: invero il reclamo verrebbe ammesso contro i primi, provvedimenti emessi all'esito della prima udienza, ed escluso rispetto ai secondi, assunti, invece, durante la fase istruttoria del procedimento. L'individuazione dei provvedimenti reclamabili non verrebbe quindi affidata a caratteristiche oggettive ma ad elementi determinabili solamente *ex post* in base al momento della loro emanazione¹⁰³.

L'impostazione individuata dalle Sezioni Unite è stata soverchiata dal D. Lgs. 164/2024 il quale ha espressamente previsto la reclamabilità dell'ordinanza di conferma, modifica o revoca delle misure indifferibili solo unitamente ai provvedimenti temporanei e urgenti emessi ai sensi dell'art. 473-bis.22 c.p.c.: pertanto la parte dovrà attendere il termine della prima udienza di comparizione per poter impugnare il provvedimento ex art. 473-bis.15 c.p.c. e potrà procedervi esclusivamente nell'ipotesi in cui il suddetto provvedimento disponga in maniera differente rispetto alle previsioni contenute nel provvedimento temporaneo e urgente, poiché, in caso contrario, potrà proporre reclamo esclusivamente avverso quest'ultimo¹⁰⁴. Rinviare la reclamabilità dei provvedimenti indifferibili all'emissione dell'ordinanza disponente provvedimenti temporanei e urgenti rischia di sottrarre da qualsiasi forma di controllo misure particolarmente incisive e invasive della sfera dei diritti soggettivi¹⁰⁵. Inoltre, nonostante l'obiettivo della riforma sia l'impedimento di una possibile duplicazione dei reclami, la scelta legislativa pare discutibile in quanto obbliga la parte soggetta ai provvedimenti indifferibili a subirne le conseguenze sino all'emanazione dei provvedimenti ex art. 473-bis.22 c.p.c., esponendola al rischio di consolidamento della situazione pregiudizievole¹⁰⁶.

Avverso il decreto che accoglie o rigetta la richiesta di adozione di un ordine di protezione contro gli abusi familiari oppure avverso il provvedimento di conferma, modifica o revoca di tali ordini di protezione emessi senza previa instaurazione del contraddittorio è ammessa la

¹⁰² A. NASCOSI, *La cassazione apre la strada del reclamo contro i provvedimenti indifferibili*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1170, 2024.

¹⁰³ A. ANGIOI, *Provvedimenti indifferibili – La reclamabilità dei provvedimenti indifferibili*, in *Giurisprudenza Italiana*, 307, 2025.

¹⁰⁴ A. NASCOSI, *op. cit.*, 1171.

¹⁰⁵ F. DANOVI, *Il decreto correttivo e la giustizia familiare e minorile: snodi risolti e questioni ancora aperte*, in *Famiglia e Diritto*, 1146, 2024.

¹⁰⁶ G. DE CESARE, *Riforme e controriforme del processo familiare e minorile: i correttivi legislativi e giurisprudenziali*, in *Judicium online*, 15 ottobre 2024, 5.

possibilità di reclamo, come espressamente previsto dall'art. 473-bis.71 c.p.c., il quale rinvia, a sua volta, all'art. 739 c.p.c. e alla disciplina del reclamo avverso i provvedimenti cautelari contenuta all'art. 669-terdecies c.p.c. Il reclamo è deciso dal collegio in camera di consiglio, in assenza del giudice che ha emesso il provvedimento reclamato. Analogamente al reclamo avverso i provvedimenti temporanei ed urgenti, non viene sospesa l'esecutività dell'ordine di protezione¹⁰⁷.

6. Il ricorso in Cassazione

Avverso i provvedimenti della Corte d'appello che statuiscono sul reclamo è proponibile ricorso straordinario in Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., nonostante la natura non definitiva di tali misure¹⁰⁸. Secondo parte della dottrina¹⁰⁹, e secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi in epoca precedente alla riforma Cartabia, i provvedimenti interinali sono, per loro intrinseca natura, privi di stabilità, caratteristica necessaria per assumere valore di giudicato, essendo misure cautelari e per tale motivo destinate a perdere la propria efficacia in seguito al provvedimento conclusivo del procedimento; *ergo* la norma introdotta dalla novella rischia potenzialmente di introdurre la possibilità di impugnare provvedimenti inidonei al passaggio in giudicato, ipotesi che, per giunta, comporterebbe un eccessivo e insostenibile aggravio per la Corte di Cassazione. Siffatta impostazione è avvalorata ulteriormente dalle Sezioni Unite¹¹⁰ le quali hanno statuito che per la ricorribilità di un provvedimento siano congiuntamente necessari i presupposti della decisorietà e della definitività: conseguentemente un provvedimento, per essere impugnabile, non può essere altrimenti revocabile o modificabile e non deve essere destinato a confluire nella decisione finale di merito. Per quanto propriamente concerne i provvedimenti *de potestate* il giudicato è caratterizzato da una stabilità meno solida rispetto a misure riguardanti differenti diritti, poiché, in detto ambito, è fondamentale un adeguamento costante del provvedimento alle sopravvenienze. Sviluppata questa fondamentale premessa le Sezioni Unite hanno confermato l'orientamento consolidatosi prima della riforma non riconoscendo l'esistenza del concetto di "decisorietà di fatto" e, di conseguenza, non prevedendo la possibilità di impugnare i provvedimenti interinali. Un'ulteriore pronuncia, resa sempre a Sezioni Unite¹¹¹, esaminando i procedimenti di volontaria giurisdizione contrapponendoli ai procedimenti a cognizione piena, identifica i primi come diretti alla tutela di meri interessi, mentre i secondi come diretti alla risoluzione di rapporti conflittuali tra le parti e riguardanti diritti soggettivi; i provvedimenti

¹⁰⁷ M. BARANCA, Art. 473 bis. 71 cpc. – *Contenuto degli ordini di protezione*, in *Codice di Procedura Civile ipertestuale*, a cura di Comoglio L. P. e Vaccarella R., nella versione consultabile nella banca dati One Legale, 2023.

¹⁰⁸ M. A. LUPOI, *op. cit.*, 89.

¹⁰⁹ E. VULLO, *op. cit.*, 982.

¹¹⁰ Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 25/07/2023, n. 22423.

¹¹¹ Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 24/07/2023, n. 22048.

emessi all'interno dei procedimenti di volontaria giurisdizione vengono definiti come privi di contenuto decisorio e definitorio e quindi assoggettati alla disciplina della modifica o revoca in caso di sopravvenienze. Il provvedimento analizzato nel caso di specie dalla suprema corte di Cassazione¹¹² non rientrava nella mera cura degli interessi delle parti, ma necessitava della risoluzione di un conflitto intersoggettivo e risultava idoneo ad incidere, in maniera stabile e non rivedibile, su diritti soggettivi del minore. Per tali motivi la misura è stata dichiarata ricorribile per Cassazione¹¹³. Sempre le Sezioni Unite¹¹⁴ hanno statuito la ricorribilità in Cassazione dei provvedimenti *de potestate*, avendo gli stessi attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*, poiché non revocabili o modificabili se non in caso di sopravvenienza di nuovi fatti. Il suddetto ricorso è esperibile nei confronti delle decisioni espresse nei procedimenti di reclamo avverso i provvedimenti emessi in seguito alla prima udienza di comparizione delle parti e quelli di revoca o modifica emanati in corso di causa, nonostante un'interpretazione letterale dell'art. 473-bis.24 c.p.c. indurrebbe ad escludere dall'ambito applicativo i provvedimenti interinali emessi all'esito della prima udienza¹¹⁵. Invero, una simile esclusione oltre a rivelarsi irragionevole esporrebbe la norma a possibili censure di costituzionalità¹¹⁶. Similmente a quanto previsto per il reclamo, è necessario che le ordinanze impugnate siano sospensive o limitative della responsabilità genitoriale, modificative dell'affidamento o della collocazione dei minori ovvero deliberanti circa l'affidamento degli stessi a soggetti diversi dagli esercenti la responsabilità genitoriale¹¹⁷: non sono dunque impugnabili con il ricorso straordinario i provvedimenti strumentali di carattere meramente processuale¹¹⁸. Tale previsione si giustifica in forza della natura di detti provvedimenti i quali possono incidere su diritti fondamentali della persona che, se pur modificabili nel corso del procedimento o a definizione del giudizio, rischiano di interferire irreversibilmente rispetto al rapporto tra genitori e figli¹¹⁹. La lettera della norma sembrerebbe fare esclusivo riferimento ai provvedimenti positivi e non anche a quelli negativi: un'interpretazione conforme al dettato costituzionale dovrebbe considerare i provvedimenti di rigetto delle misure richieste come

¹¹² Decreto emesso a seguito del reclamo avverso la decisione di rilascio del passaporto nei confronti di un genitore.

¹¹³ A. ARCERI, *op. cit.*, 353.

¹¹⁴ Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 13/12/2018, n. 32359.

¹¹⁵ Secondo E. VULLO, *op. cit.*, 982, il rinvio dell'art. 473-bis.24 c.p.c. ai casi di cui al secondo comma non concerne tanto il tipo di ordinanza contro cui si propone reclamo quanto, piuttosto, il contenuto della stessa e conseguentemente ci si riferisce, nuovamente, ai provvedimenti sostanzialmente limitativi della responsabilità genitoriale, modificativi delle condizioni di affidamento o collocazione dei minori, ovvero disponenti l'affidamento degli stessi a soggetti diversi dai genitori.

¹¹⁶ F. BARBIERI, *op. cit.*, 301.

¹¹⁷ R. LOMBARDI, *op. cit.*, 525.

¹¹⁸ Secondo A. ARCERI, *op. cit.*, 353, tra i decreti non impugnabili con ricorso straordinario rientrano, a titolo esemplificativo, i decreti di nomina del curatore speciale, in quanto gli stessi non vengono considerati idonei ad incidere su posizioni di diritto soggettivo delle parti.

¹¹⁹ Cass. civ., Sez. I, Sent., 23/07/2025, n. 20914.

rientranti nel concetto di misure modificative delle condizioni dell'affidamento e della collocazione dei minori¹²⁰.

Non sono inoltre ricorribili per Cassazione i provvedimenti rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 473-*bis*.39 c.p.c. poiché consistenti in un controllo esterno dell'esercizio della responsabilità genitoriale e non aventi il carattere della definitività. Si tratta di provvedimenti che mirano a risolvere i contrasti nascenti tra i genitori rispetto alle modalità attraverso cui esercitare la responsabilità genitoriale o in ordine all'affidamento dei minori, ovvero emessi in occasione di gravi inadempienze o di condotte pregiudizievoli per la prole, questioni che possono, in ogni momento, essere riproposte con un successivo ricorso dalle parti¹²¹.

7. Conclusioni

Dall'analisi effettuata nei paragrafi precedenti è emerso come la riforma Cartabia abbia conferito al giudice familiare ampia discrezionalità nell'adozione dei provvedimenti interinali, misure fondamentali nel processo di famiglia, caratterizzato dalla trattazione di diritti, per la maggior parte indisponibili, i quali necessitano di una regolamentazione immediata¹²². Il contenuto di tali provvedimenti non è individuato dalla norma, lasciando al giudice ampio margine di discrezionalità per meglio rispondere alle esigenze del caso concreto: le misure interinali potrebbero pertanto assumere la forma di provvedimenti indifferibili o temporanei e urgenti, ma altresì di ordini di protezione volti a proteggere il soggetto vulnerabile contro eventuali condotte pregiudizievoli di abuso familiare.

Ove i provvedimenti interinali siano rivolti a minori ovvero a maggiorenni portatori di gravi disabilità, possono essere adottati dal giudice anche in via ufficiosa, derogando al principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Nonostante il ruolo di spicco affidato all'autorità giudiziaria dalla riforma, è doveroso sottolineare come una simile previsione viene valutata con sfavore da parte della dottrina¹²³ in quanto pone in essere un'evidente alterazione del principio dispositivo, caposaldo del processo civile. Si ritiene che il provvedimento debba, pertanto, essere debitamente motivato, nell'ipotesi in cui non venga rispettato il disposto dell'art. 112 c.p.c. Il potere del giudice, inoltre, non deve considerarsi privo di limiti: egli non può invero incidere sulla domanda principale, ma unicamente emanare provvedimenti complementari ad essa, quando non richiesti dalle parti. In sostanza, i provvedimenti opportuni che possono essere emessi dall'autorità giudiziaria non possono in alcun modo alterare l'oggetto del processo, neppure facendo leva sulla tutela dei soggetti vulnerabili.

¹²⁰ G. BUFFONE, *op. cit.*, 872.

¹²¹ A. ARCERI, *op. cit.*, 353.

¹²² G. BUFFONE, *op. cit.*, 872.

¹²³ G. F. RICCI, *op. cit.*, 580.

La possibilità per il giudice di superare i limiti di ammissibilità probatori presenti nel codice civile deve, pertanto, essere soggetta ad un adeguato obbligo di motivazione¹²⁴ del provvedimento, e, come espressamente previsto dall'art. 473-*bis*.2 c.p.c., non è ammissibile una violazione del principio del contraddittorio e del diritto alla prova contraria. Conseguentemente il giudice dovrà, nel momento in cui ammette con ordinanza i mezzi di prova, concedere termine per prove contrarie e per le relative repliche¹²⁵.

La disciplina presenta, come si è cercato di ricostruire, molteplici lacune che sarà compito di dottrina e giurisprudenza risolvere, tendendo verso una tutela giurisdizionale basata non solo sulla giustizia, ma altresì sui principi di celerità e certezza.

Marta Azzini
Dottoranda

¹²⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 17/06/2004, n. 11353.

¹²⁵ G. F. Ricci, *op. cit.*, 581.



FABRIZIO DE VITA

La delega alla macchina delle attività processuali binarie

L'impiego dell'intelligenza artificiale nelle attività giudiziarie ormai è disciplinato sia a livello comunitario che nazionale, con il riconoscimento delle sue ammissibilità e utilità in termini di efficienza processuale, ma soprattutto con l'individuazione dei suoi rischi e conseguenti limiti; in questo quadro l'Autore prova a identificare un'ampia fascia di attività processuali delegabili in diversa misura alla macchina, per garantire una più probabile effettività della tutela giurisdizionale, senza correre questi rischi e senza superare questi limiti.

The use of artificial intelligence in judicial activities is now regulated at both the EU and national levels, with the recognition of its admissibility and usefulness in terms of procedural efficiency, but above all with the identification of its risks and consequent limitations. Within this framework, the author attempts to identify a broad range of procedural activities that can be delegated to machines to varying degrees, to ensure a more likely effectiveness of judicial protection, without running these risks and without exceeding these limits.

Sommario: 1. La percezione della natura binaria di molti passaggi processuali; 2. Le funzioni già attribuite alla macchina nel processo civile; 3. Le potenzialità effettive e i vantaggi; 4. I limiti (ormai anche normativi): sistemi di IA ad alto rischio e cyberetica; 5. Il rispetto dei limiti normativi nelle proposte formulate di affidamento alla macchina delle attività a soluzione binaria; ulteriori passi possibili in osservanza dei limiti stessi e della cyberetica giudiziale, senza sconfinare nella IA ad alto rischio; 6. La maturità dei tempi per l'ampliamento del tribunale online già (timidamente) previsto nel nostro ordinamento.

1. La percezione della natura binaria di molti passaggi processuali.

La recente, diffusa e frenetica attenzione per le potenzialità di utilizzo dell'intelligenza artificiale nel processo¹, naturalmente e opportunamente sfociata nella sua regolamentazione

¹ L'interesse della dottrina giuridica anche italiana per il tema è ormai sempre più consistente. Per alcune trattazioni di carattere generale, senza pretese di completezza e ad integrazione della bibliografia citata nel prosieguo: R. CAPONI, *Oralità e scrittura del diritto, intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2024, in particolare sull'IA p. 385 ss.; N. LIPARI, *Diritto, algoritmo, predittività*, ivi, 2023, p. 721 ss.; A. ANTOSUOSSO e G. SARTOR, *Decidere con l'IA. Intelligenze artificiali e naturali nel diritto*, Bologna, 2024; AA.VV., *Il diritto nell'era digitale*, a cura di Rosaria Giordano, Andrea Panzarola, Aristide Police, Stefano Preziosi, Massimo Proto, Milano, 2022, in particolare, per i contributi sull'IA nel processo civile, p. 799 ss.; AA.VV., *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline*, a cura di Monica Palmirani, Salvatore Sapienza, Milano, 2023; AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. 2, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, a cura di Alessandro Paino, Filippo Donati, Antonio Perrucci, Bologna, 2022; G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022, in particolare, sulla giustizia predittiva, p. 131 ss.; AA.VV., *XXVI lezioni di diritto dell'Intelligenza Artificiale*, a cura di Ugo Ruffolo, Torino, 2021, in particolare, su giustizia predittiva e decisione robotica, p. 205 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; AA.VV., *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di Ugo Ruffolo, Milano, 2020; AA.VV., *Intelligenza Artificiale e diritto*, a cura di Enrico

comunitaria e nazionale², anche visto l'esponenziale e inevitabile incremento del suo effettivo impiego³, mi ha spinto ad occuparmi *ex professo* di un'idea che da tempo mi pungola a mo' di tarlo; e nell'occuparmene realmente, elaborando finalmente l'idea, mi sono reso anche conto di quale sia stata l'esperienza che ha originariamente provocato questo tarlo: aver lavorato qualche anno fa, in piena pandemia, ad un progetto del Ministero della Giustizia⁴ il cui obiettivo era, tra gli altri, la realizzazione di diagrammi di flusso del processo dinanzi alla Suprema Corte, funzionali alla sua telematizzazione. In particolare, dovevamo realizzare - ciascuno con il proprio contributo di competenze, con altri giuristi⁵, informatici, ingegneri,

Gabrielli e Ugo Ruffolo, in *Giur. It.*, 2019, p. 1617 ss., cui sono seguiti *La giustizia predittiva*, a cura di Enrico Gabrielli e Marco Dell'Utri, introduzione di M. Dell'Utri e saggio di A. SANTOSUOSSO e G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, ivi, 2022, p. 1759 ss., e AA.VV., *AI Act: gli effetti settoriali*, a cura di Enrico Gabrielli e Ugo Ruffolo, ivi, 2025, p. 438 ss., sul settore giudiziario v. il saggio di A. PUNZI, *La decisione giudiziaria nell'AI act*, p. 448 ss.; AA.VV., *Una giustizia (im)prevedibile*, in *Questione Giustizia*, fasc. 4/2018, in gran parte dedicato ai contributi sul tema e liberamente consultabile in questionegiustizia.it/rivista/articolo/introduzione-una-giustizia-imprevedibile_572.php; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 281 ss.; F. LOCATELLI, *Il giudice virtuoso. Alla ricerca dell'efficienza del processo civile*, Napoli, 2020, p. 181 ss.; C. CASTELLI e D. PIANA, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2019; la trilogia di volumi, tutti a cura di Alessandra Carleo, di AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, e *Decisione robotica*, Bologna, 2019, raccoglie le riflessioni svolte nei «Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto», tenuti presso l'Accademia Nazionale dei Lincei; tenuta in occasione del convegno di presentazione di tali volumi, intitolato *La trilogia del giudicare* e tenutosi presso l'Università della Tuscia il 18 ottobre 2019, v. la relazione di A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 491 ss.; C. GIANNACARI, *Il processo civile nell'era digitale: spunti di diritto comparato*, in *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali - Soggetti - Contratti - Responsabilità civile - Diritto bancario e finanziario - Processo civile*, a cura di Guido Alpa, Pisa, 2020, p. 623 ss.; v. anche l'edizione italiana di A. GARAPON e J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021; e AA.VV., *Is law computable? Critical Perspectives on law and artificial intelligence*, a cura di Simon Deakin, Christopher Markou, Londra, 2022. Su aspetti di carattere più generale: E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1185 ss.; per uno studio ai primordi della dottrina giuridica italiana sul tema: M. LUPOI, *Giuscibernetica, informatica giuridica. Problemi per il giurista*, in *Foro it., Quaderni, Raccolta di saggi sulla giurisprudenza*, diretta da Gino Gorla, Roma, 1970, p. 741 ss.

² Sulla quale v. *infra* par. 4.

³ Che ha spinto il CSM, con delibera plenaria dell'8 ottobre 2025, all'adozione di *Raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia*, in www.csm.it/portale/web/csm-internet/intelligenza-artificiale. Sul tema V. CAPASSO, *Usi e abusi di ChatGPT come law e fact finder*, in *questa Rivista*, 1-2025, p. 38 ss., che anche fornendo un quadro comparatistico, mira ad individuare i limiti di legittimo utilizzo di tale specifico strumento di LLM da parte del giudice, in particolare nelle attività di *law* e di *fact-finding*. Inoltre, circa l'utilizzo da parte degli avvocati, va segnalato che per l'art. 13 l. 23 settembre 2025, n. 132, recante *Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale* (sulla quale v. *infra* par. 4), «l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nelle professioni intellettuali è finalizzato al solo esercizio delle attività strumentali e di supporto all'attività professionale e con prevalenza del lavoro intellettuale oggetto della prestazione d'opera» e «per assicurare il rapporto fiduciario tra professionista e cliente, le informazioni relative ai sistemi di intelligenza artificiale utilizzati dal professionista sono comunicate al soggetto destinatario della prestazione intellettuale con linguaggio chiaro, semplice ed esaustivo», così il CNF, con informativa del 13 ottobre 2025, in www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/0/Comunicazione+ai+COA+-+Schema+informativa+IA.pdf, ha comunicato ai COA di aver elaborato uno schema di *Informativa sull'utilizzo di strumenti di Intelligenza Artificiale*, rendendola disponibile al link indicato.

⁴ Realizzato in convenzione con il Consorzio Interuniversitario Nazionale per l'Informatica (CINI).

⁵ Tra i quali, per il processo civile, i Professori Ferruccio Auletta e Nicola Rascio.

archivisti, magistrati e funzionari di cancelleria - degli schemi che ricostruissero nel dettaglio, si può dire graficamente, tutti i diversi possibili passaggi, dall'introduzione alla decisione, dei procedimenti dinanzi alla Corte di cassazione; schemi che però, per essere diagrammi di flusso, dovevano avere la caratteristica necessaria di essere binari, vale a dire costruiti con una sequenza di caselle, rappresentative dei diversi e singoli passaggi del procedimento, che avessero imprescindibilmente un ingresso e non più di due uscite ciascuna⁶.

Questa esperienza mi ha letteralmente messo davanti agli occhi, con una rappresentazione grafica, che in realtà il processo ha (ed è costituito da) una serie di passaggi sostanzialmente binari; indubbiamente nella fase preliminare di qualsiasi grado di giudizio e di qualsiasi procedimento, ma anche in diverse fasi intermedie, sicuramente fino a quando subentra il momento della decisione nel merito, che senz'altro non è, per sua natura, binaria.

Quindi, in concreto ci sono una serie di passaggi del processo in cui il componente dell'ufficio giudiziario - e non mi riferisco solo al giudice, ma anche al cancelliere e all'addetto all'ufficio per il processo, nonché agli ausiliari esterni - nell'esercitare le sue funzioni non fa una valutazione discrezionale di un elemento, non esercita, diciamo così, un vaglio decisorio, ma si limita ad una sorta di certificazione, come se dovesse scegliere se andare a destra o a sinistra dinanzi ad un bivio: nel riservarmi per il prosieguo una maggiore specificazione, a titolo esemplificativo possiamo sicuramente iniziare a pensare alla gran parte delle verifiche preliminari, relative alla corretta instaurazione del contraddittorio, o alle questioni di giurisdizione e competenza.

La conferma di questa sensazione l'ho avuta, poi, leggendo un'ordinanza con la quale le Sezioni Unite⁷ hanno contribuito a chiarire l'evoluzione del ruolo e delle funzioni del cancelliere conseguita alla telematizzazione delle attività processuali, nella fattispecie del deposito, così indirettamente specificando in questo ambito la ripartizione tra le funzioni dell'ausiliario e quelle attribuite alla macchina, ma anche fornendo spunti, ancor più indirettamente, sulla natura delle attività del giudice e, occorre oggi dirlo, dell'ufficio per il processo che lo coadiuva.

In particolare la Suprema Corte, presupponendo che «con il deposito telematico... l'ingresso o meno nel corrispondente fascicolo di uno o tutti o parte o alcuno degli atti genericamente e

⁶ Un'analisi del *workflow* del processo ordinario a cognizione piena è svolta, anche con rappresentazioni grafiche dei diagrammi, in AA.Vv., *Per un nuovo modello di aggressione dell'arretrato civile incentrato sull'ufficio per il processo*, a cura di Ernesto Fabiani, Napoli, 2023, p. 479 ss.

⁷ Cass., Sez. Un., 11 ottobre 2023, n. 28404, in *Dir. & giust.*, fasc. 176, 2023, p. 5 (Quotidiano del 12 ottobre 2023), con nota di S. CALVETTI, *La (ridotta, anzi, inesistente) valenza dell'indice dei documenti nell'era del processo digitale*; in *IUS Processo Telematico*, 9 novembre 2023, con nota di S. PATRISIO, *PCT: l'accettazione del deposito telematico da parte del cancelliere non vale quale attestazione sul relativo contenuto*; ed ivi, 23 novembre 2023, con nota di R. VASTA, *Le Sezioni Unite individuano il momento perfezionativo del deposito telematico*. La fattispecie è relativa al mancato o avvenuto deposito del provvedimento impugnato in una al ricorso per cassazione, quale presupposto della dichiarata improcedibilità dell'impugnazione.

solo enumerati in calce all'atto (principale), ed ivi citati in punto di "elenco" degli stessi, non rimette al cancelliere (cioè all'ufficio accettante) la certificazione del rispettivo e reale avvenuto deposito»⁸, ha preso atto che «il pregresso valore *lato sensu* certificatorio dell'attività del cancelliere, per come desumibile dall'art. 36 (per tale parte ora abrogato) e dall'art. 74 (formalmente ancora vigente⁹) disp. att. c.p.c., appare irreversibilmente incrinato dalla utilizzazione, operata dalla parte, della costituzione mediante atto informatico, poiché il cancelliere - in occasione di tale operazione - non procede... ad alcuna sottoscrizione dell'indice del fascicolo della parte».

La frase chiave che viene fuori dal provvedimento, e che qui interessa nella dinamica del ragionamento, è il «valore *lato sensu* certificatorio» di un'attività endoprocedimentale, appunto binaria come l'attestazione dell'avvenuto deposito¹⁰, ma rilevante per la decisione perché finalizzata all'accertamento della effettività e della tempestività del deposito di cui la parte è onerata, che si constata essere stata trasferita completamente, con la telematizzazione, da un organo dell'ufficio, il suo elemento umano cancelliere, alla macchina. Ebbene, proprio la delega di queste valutazioni, per così dire certificatorie e non decisorie, in cui stimati determinati dati oggettivi non può che scegliersi, alternativamente, tra una soluzione o l'altra, soprattutto per lo scioglimento di questioni processuali, mi sembra un ambito di utilizzazione della macchina con grandissimi margini di potenzialità per la razionalizzazione e la maggiore efficienza del processo. E attenzione, non dico dell'intelligenza artificiale, ma della macchina, perché non si tratterebbe di un utilizzo creativo dello strumento tecnologico, qualificabile in diversa misura come giustizia predittiva, sia esse sostitutiva del

⁸ La Corte rileva altresì che l'ingresso dell'atto nel fascicolo «dipende da omogeneo e relativamente autonomo deposito telematico di parte degli atti cd. secondari o di corredo complementare, senza connessione, per di più, neanche con le discrezionali denominazioni finali per essi utilizzate dall'avvocato depositante», che «l'attuazione... di una procedura di giustizia digitale si traduce pertanto in una diversa portata dell'indice (a formazione del ricorrente) degli atti del fascicolo in precedenza inseriti manualmente, posto che, all'attualità, in termini di autoresponsabilità, solo il buon fine del procedimento di deposito attivato dalla parte determina per essi l'appartenenza al fascicolo informatico stesso» e ancora che «il cancelliere, in altri termini, accettando informaticamente l'atto di parte che pur si concluda con un elenco di altri atti che essa vuol depositare, non attribuisce (in realtà cooperando nel sistema informatico in punto di controlli ben diversi) alcuna attestazione di immediata esistenza nel fascicolo a quegli stessi atti, che la parte può depositare a corredo del primo, solo e proprio ciò bastando in realtà - rispettate le forme di introduzione - per la loro effettiva fascicolazione informatica».

⁹ Al tempo dell'ordinanza ancora vigente, poi modificato dal d.lg. 31 ottobre 2024, n. 164, c.d. Correttivo Cartabia, che adattando la disposizione alla telematizzazione generalizzata dei depositi e del fascicolo, tra l'altro ha eliminato ogni riferimento preesistente ai controlli ed alla sottoscrizione del cancelliere.

¹⁰ Sul valore certificatorio l'ordinanza ricorda, in relazione al deposito analogico attestato dalla firma del cancelliere, che secondo Cass. 23 febbraio 2022, n. 5893 e Cass. 7 aprile 2006, n.8217, la «effettiva presenza nel fascicolo di parte dei documenti indicati nell'indice... può essere contestata solo con la proposizione della querela di falso».

giudice o ausiliare¹¹, ma di un impiego con funzioni meramente certificatorie, avente appunto ad oggetto valutazioni oggettive non opinabili e con soluzioni necessariamente binarie¹².

2. Le funzioni già attribuite alla macchina nel processo civile.

A ben vedere, seppure un po' sotto traccia ed entro limiti ancora molto ristretti rispetto alle potenzialità, nel nostro sistema processuale utilizziamo già la macchina a questi fini, anche al di là della mera attestazione dell'avvenuto deposito cui si riferisce l'ordinanza della Suprema Corte prima richiamata.

In primo luogo, il sistema delle notifiche, delle comunicazioni e del deposito a mezzo PEC lascia al gestore del servizio del notificante/depositante e del destinatario, rispettivamente l'attestazione dell'invio e della consegna (eventualmente anche mancata), effettuata con ricevuta generata automaticamente, anche ai fini della determinazione del momento a partire dal quale la trasmissione si considera effettuata, con valore legale, per il mittente e per il destinatario; certificazione che è stata sottratta all'ufficiale giudiziario o all'ufficiale postale, per le notifiche e comunicazioni telematiche, e appunto al cancelliere, per i depositi.

¹¹ La dottrina distingue tra giustizia predittiva «sostitutiva», vera e propria decisione robotica, in cui la macchina prende integralmente il posto del giudice, e giustizia predittiva «ausiliare», in cui l'intelligenza artificiale fornisce al giudice elementi per la sua decisione: M. BARBERIS, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan law review*, vol. 3, n. 2, 2022, p. 7 ss.; v. anche M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 30 settembre 2018, rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/massimo-luciani/la-decisione-giudiziaria-robotica, p. 873 ss.; G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, ivi, n. 2/2024, 29 aprile 2024, rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/giovanna-de-minico/giustizia-e-intelligenza-artificiale-un-equilibrio-mutevole, p. 95 ss.; e F. SAVINO, *Riflessioni sul rapporto tra intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, in *questa Rivista*, 1-2025, p. 228 ss.; per A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, cit., p. 510 ss., se «appare difficilmente ipotizzabile una sostituzione integrale del “robogiudice” al giudice-persona», può «ammettersi oggi un utilizzo dei sistemi algoritmici anche nel processo: non tanto per soppiantare l'operato del giudice-persona, quanto semmai... per seguirne più da vicino e controllarne le operazioni prodromiche alla decisione, sia nel momento in cui vengono concretamente compiute, sia successivamente per valutare la correttezza dei risultati decisionali», purché nel rispetto dei limiti che l'Autore individua, primo tra i quali il rimanere le tecniche di IA strumentali e di ausilio rispetto all'attività del giudice.

¹² Secondo A. SIMONCINI, *La dimensione costituzionale della giustizia predittiva. Riflessioni su intelligenza artificiale e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 390 ss., per giustizia predittiva non va intesa la sostituzione di un giudice o di altra autorità giudiziaria con una macchina, che esclude *tout court*, «bensì il diverso fenomeno dell'impiego di sistemi automatici da parte di un giudice umano all'interno dei procedimenti in cui esso è coinvolto», prospettiva che rispetto alla prima considera «non solo più realistica quanto agli sviluppi, ma, soprattutto, ben più interessante dacché già in atto» e rispetto alla più generica digitalizzazione dell'attività giudiziaria, «con il termine giustizia predittiva intendiamo un segmento ben specifico: quello delle tecnologie predittive utilizzate nell'attività decisoria da parte dei giudici» (ordinari, speciali o arbitri), quali autorità effettivamente dotate di potere giurisdizionale, sia per decisioni interlocutorie che definitive, suscettibili di passare in giudicato o meno; l'Autore specifica che gli algoritmi predittivi nelle decisioni giudiziali possono essere usati in due modi: a) per prevedere la decisione di un giudice, prima che questo si pronunci, sulla base dei suoi o altrui precedenti (nozione descrittiva) e b) utilizzo da parte del giudice di algoritmi predittivi come supporto per lo svolgimento di parti, anche rilevanti, della propria attività decisionale (nozione prescrittiva). Ebbene, mi sembra che l'utilizzo della macchina come strumento per lo svolgimento di funzioni certificatorie a soluzione binaria non si possa inquadrare in alcun tipo di giustizia predittiva, né ausiliare, né, tanto meno, sostitutiva, ma resti nel più ampio *genus* della (mera) digitalizzazione dell'attività giudiziaria.

Nel meccanismo di deposito telematico a mezzo PEC del processo civile, poi, a seguito della descritta certificazione dell'invio e dell'accettazione, vi è un ulteriore passaggio necessario delegato alla macchina, perché il gestore dei servizi telematici - vale a dire¹³ il «sistema informatico, interno al dominio giustizia, che consente l'interoperabilità tra i sistemi informatici utilizzati dai soggetti abilitati interni, il portale dei servizi telematici e il gestore di posta elettronica certificata del Ministero della giustizia» - restituisce¹⁴ al mittente l'esito dei controlli effettuati dal dominio giustizia, cioè dall'«insieme delle risorse hardware e software, mediante il quale il Ministero della giustizia tratta in via informatica e telematica qualsiasi tipo di attività, di dato, di servizio, di comunicazione e di procedura»¹⁵.

In particolare, il gestore dei servizi telematici scarica il messaggio dal gestore della PEC del Ministero della Giustizia ed effettua le verifiche formali sul messaggio, che evidentemente il sistema può eseguire direttamente in quanto per loro natura binarie, rilevando in primo luogo alcune eventuali eccezioni gestite: - l'indirizzo del mittente non censito nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE); - il formato del messaggio non aderente alle specifiche; - la dimensione del messaggio eccedente la dimensione massima consentita. Il gestore, inoltre, ove il mittente sia un avvocato, effettua l'operazione di certificazione, ossia recupera lo *status* del difensore dal ReGIndE e nel caso in cui questo non sia "attivo", lo segnala alla cancelleria. Ma soprattutto, circa il ruolo che già svolge la macchina nel nostro sistema processuale, occorre ricordare che il gestore dei servizi telematici effettua anche i controlli automatici, ovviamente a soluzione binaria, sulla busta telematica inviata a mezzo PEC, che contiene gli atti depositati e i documenti allegati, segnalando le possibili anomalie rilevate all'esito dell'elaborazione della busta, codificate secondo tre tipologie: «a) WARN (WARNING): anomalia non bloccante; si tratta in sostanza di segnalazioni, tipicamente di carattere giuridico...; b) ERROR: anomalia bloccante che si verifica in tutti i casi nei quali è necessario un intervento della cancelleria al fine di consentire l'accettazione dell'atto; c) FATAL: anomalia bloccante, eccezione non gestita o non gestibile...».

L'esame dell'elenco - che è pubblico in quanto divulgato ufficialmente nel Portale dei Servizi Telematici (PST)¹⁶ - delle codificazioni degli errori possibili¹⁷, permette di individuare alcuni esempi di utilizzo già attuale della macchina, molto interessanti soprattutto per dare idea delle vastissime potenzialità di più ampio sfruttamento.

¹³ Come definito dall'art. 2, lett. d), d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, *Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*.

¹⁴ Secondo quanto previsto dall'art. 13, comma 7, d.m. 44 del 2011, integrato dall'art. 17 delle Specifiche tecniche.

¹⁵ La definizione è quella dell'art. 2, lett. a), d.m. 44 del 2011.

¹⁶ <https://pst.giustizia.it/PST/it/paginadettaglio.page?contentId=ACC703>.

¹⁷ Per ognuno dei quali, nell'elenco, sono indicati i rispettivi "Tipologia", "Messaggio", "Dettagli" e "Azione necessaria in caso di rifiuto dell'Atto".

Le ipotesi di errore di tipo WARN, pure segnalazioni di carattere giuridico, sussistendo le quali l'atto deve essere comunque accettato senza alcuna discrezionalità della cancelleria, sono due: il deposito fuori termine, avviso che ha l'utilità di permettere al difensore depositante, informato, di disporre preventivamente le eventuali difese sul punto (ad es. chiedere la rimessione in termini ove possibile), a quello della controparte di eccepire la tardività e al giudice, messo in allerta, di rilevarla d'ufficio e adottare immediatamente gli eventuali provvedimenti conseguenti; e l'assenza dell'allegato procura alle liti, necessario per tutti gli atti introduttivi, segnalazione che permette al depositante di integrare immediatamente la procura non allegata, alla controparte di eccepire la carenza e al giudice di rilevarla d'ufficio, assegnando il termine ai sensi dell'art. 182 c.p.c., comma 2, nella fase introduttiva, nel giudizio di cognizione ordinaria esattamente nel momento in cui effettua le verifiche preliminari ex art. 171-bis c.p.c.

Gli errori di tipo FATAL, come l'impossibilità di decifrare la busta depositata o la carenza dell'atto giudiziario principale, pur definito nell'indice della busta, impediscono il perfezionamento del deposito, ma la relativa segnalazione, praticamente sempre in tempo reale, permette alla parte di rieffettuarlo immediatamente, evitando eventualmente il sopravvenire di una decadenza.

La criticità del sistema di deposito nel processo civile sta nelle più numerose ipotesi di errori qualificati come ERROR, per la commistione dell'elemento umano con le verifiche effettuate dalla macchina, determinata dal fatto che l'accettazione o il rifiuto del deposito, dunque il suo perfezionamento, dipendono dalla discrezionalità della cancelleria.

Tra i casi di ERROR maggiormente indicativi delle problematiche provocate dalla ibridazione tra controlli automatici e verifiche effettuate dal cancelliere, vi è in primo luogo la segnalazione secondo la quale il depositante risulta radiato, sospeso o cancellato: è difficile, per non dire impossibile, individuare il criterio che dovrebbe guidare il cancelliere nella scelta relativa all'accettazione del deposito, che resta dunque del tutto arbitraria, in una fattispecie analoga a quella della carenza di procura, in cui la valutazione ha natura giuridica e appare estranea alle funzioni del cancelliere, per rientrare in quelle del giudice, che dovrebbe e potrebbe valutare la sussistenza dei presupposti per l'interruzione del processo; sarebbe molto più indicato un WARN non impediente il deposito, oppure, al più, un rifiuto automatico, secondo il meccanismo dell'errore FATAL, che permetterebbe un rideposito privo del vizio, magari a mezzo di un codifensore già nominato o di un nuovo avvocato, senza attendere le scelte della cancelleria, peraltro mai data in tempo reale.

Le medesime soluzioni, e per le stesse ragioni, sarebbero molto più opportune per un'altra anomalia qualificata come ERROR, l'allegato non conforme al formato del file richiesto dalle regole tecniche, che in realtà, pur essendo riferita ad un aspetto tecnico, comporta una valutazione sostanzialmente giuridica, rimessa solo al giudice, sul grado di patologia del deposito così effettuato per l'adozione dei provvedimenti conseguenti, vale a dire l'invito alla

regolarizzazione ex art. 182, comma 1, c.p.c., ove si qualificasse la difformità del formato come una mera irregolarità, o l'ordine di rinnovazione, ove la considerasse motivo di nullità¹⁸; escludere la discrezionalità assoluta del cancelliere sull'accettazione del deposito, che caratterizza l'ERROR, sarebbe in questo caso decisamente opportuno e funzionale, perché l'alternativa del WARNING non impedirebbe il deposito, ma solleciterebbe il giudice sul punto dell'anomalia, mentre quella del FATAL impedirebbe il deposito, ma imporrebbe e permetterebbe alla parte di effettuare immediatamente il deposito nel formato giusto.

Il pieno arbitrio del cancelliere nell'accettare o no il deposito caratterizza altre due ipotesi tra loro analoghe di ERROR, il numero di ruolo non indicato e quello non valido perché non esistente nel registro di cancelleria, nelle quali il perfezionamento del deposito dipende sostanzialmente dal caso, anzi è meglio dire dalla capacità e dalla "voglia" del cancelliere di cercare il numero di ruolo corretto, risalendo allo stesso dagli altri dati a sua disposizione, per accettare comunque l'atto e "aprirlo" nel fascicolo telematico esatto; indubbiamente, in questi casi un rifiuto immediato e diretto da parte della macchina - in alternativa all'attesa puramente aleatoria della cancelleria o al rideposito a prescindere dall'accettazione di quello viziato, con i conseguenti rischi di duplicazione - garantirebbe un più certo affidamento alla parte depositante incorsa nell'errore, che potrebbe senza indugio procedere ad un nuovo deposito, tempestivo e con la corretta indicazione del numero di ruolo.

Infine, considerata la fattispecie cui si riferisce il provvedimento delle Sezioni unite sopra richiamato, in sintesi l'effettività o la mera affermazione del deposito telematico di specifici documenti, vanno segnalate le ipotesi, entrambe qualificate come ERROR, dell'assenza di allegati indicati nell'indice della busta e della presenza di allegati non indicati nell'indice stesso: il rifiuto *tout court* da parte della macchina non creerebbe l'aspettativa di accettazione che segue alla segnalazione di un ERROR, ma solleciterebbe la parte incorsa nell'errore ad effettuare il deposito inserendo nella busta telematica l'allegato che era stato solo incluso nell'indice della stessa o a elencare nell'indice ciò che era già stato allegato ma non indicato, evitandosi e prevenendosi ogni questione, dunque ogni diseconomia processuale, relativa alla effettività e alla tempestività del deposito originario, nonché alla sussistenza dei presupposti e alla necessità della rimessione in termini.

L'*excursus* esemplificativo delle valutazioni binarie che già effettua il sistema informatico nel nostro processo civile, permette di evidenziare come i vantaggi delle stesse, in funzione

¹⁸ Sulle patologie dell'atto processuale digitale, in particolare dovute al deposito difforme e alla mancata adozione del formato richiesto: A. BONAFINE, *L'atto processuale telematico. Forma, patologie, sanatorie*, Napoli, 2017, p. 279 ss.; E. MANZO, *Forme degli atti e dei provvedimenti*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di Giuseppe Ruffini, Milano, 2019, p. 155 ss.; v. anche A. GRAZIOSI, *Giurisdizione civile e nuove tecnologie*, in *La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione. Atti del XXXIV convegno nazionale. Napoli, 22-23 settembre 2023*, Quaderni dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, LXX, Bologna, 2025, p. 130 ss.; G. OTTOBRE, *L'irregolarità nel processo civile telematico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 1015 ss.; e S. A. VILLATA, *Contro il neo-formalismo informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 155 ss.

dell'efficienza del processo, siano effettivi e pienamente realizzati solo se affidate esclusivamente alla macchina, senza ibridazioni integrative con valutazioni umane, peraltro affidate ad un organo, quale il cancelliere, cui queste funzioni sono istituzionalmente estranee, sulla base di criteri assolutamente arbitrari e, cosa più grave, in virtù di una fonte normativa, se possiamo definirla tale, di grado infimo (volendolo quantificare sarebbe il quarto), quale un elenco ministeriale di codificazione delle anomalie del deposito, redatto e pubblicato a completamento delle Specifiche tecniche, che a loro volta integrano il Regolamento attuativo delle norme primarie sulla digitalizzazione della giustizia¹⁹.

L'inefficienza, anzi l'indiscutibile dannosità del sistema che incrocia controlli automatici e umani, è stata nel tempo evidenziata dalla incertezza giuridica sull'*an* e il *quando* del perfezionamento del deposito telematico effettuato a mezzo PEC, quando alle ricevute di invio e di consegna, segue la mancata accettazione per un errore FATAL o per il rifiuto della cancelleria, come visto del tutto arbitrario, a seguito di anomalia ERROR: la stessa giurisprudenza di legittimità è ondivaga sul punto²⁰, orientandosi alternativamente, e senza una soluzione prevalente, tra la qualificazione del procedimento di deposito telematico come una fattispecie a formazione istantanea, in cui gli errori successivi alla ricevuta di consegna non incidono sul perfezionamento del deposito, e una a formazione progressiva, nella quale invece la ricevuta di messa a disposizione determina una prenotazione degli effetti del deposito, condizionata alla insussistenza di errori FATAL o alla accettazione del deposito, nonostante la segnalazione di anomalie ERROR; questa problematica interpretativa, fortemente ancorata alla garanzia del diritto di azione, di difesa e del contraddittorio, nonché di grande rilievo statistico, perché riguarda l'effettività e la tempestività di ogni deposito processuale, sarebbe del tutto inesistente se il sistema, all'esito dei controlli automatici su verifiche binarie, prevedesse solo l'alternativa, appunto binaria, tra accettazione automatica, al più con segnalazione di anomalie valutabili dal giudice, e rifiuto automatizzato, con assoluta esclusione dell'alea dei controlli della cancelleria.

In effetti, nel processo civile il legislatore sembrava orientato, creandone le premesse, verso l'accantonamento del sistema di deposito a mezzo PEC e della partecipazione del cancelliere

¹⁹ Sui pericoli dell'integrazione tra norme primarie sul processo telematico, fonti regolamentari e specifiche tecniche, mi permetto di rinviare a F. DE VITA, *Le criticità della disciplina processuale multilivello ed eterointegrata*, in *Itinerari del pluralismo giuridico*, a cura di Raffaele Basile, Silvia Capasso, Oriana Clarizia, Annalisa Cocco, Fabiana Tuccillo, Napoli, 2024, 472 ss.

²⁰ In proposito v., con la giurisprudenza commentata, F. DE VITA, *Deposito telematico, perfezionamento, errori e mancata accettazione: gli orientamenti della Cassazione*, in *il QG*, 5 dicembre 2023, nonché la già citata Cass., Sez. Un., 11 ottobre 2023, n. 28404, cit.; e Cass. 2 maggio 2024, n. 11706; inoltre, prendendo spunto dall'esame di Cass. 6 maggio 2024, n. 12090, G.G. POLI, *Vizi del deposito telematico e decadenze processuali: la violazione della disciplina tecnica, tra irregolarità e rimessione in termini*, in *questa Rivista*, 3-2024, p. 728 ss.

al relativo procedimento, a favore del deposito diretto, tramite *upload*²¹, con accettazione o rifiuto generati sempre automaticamente, secondo il modello scelto per il processo tributario telematico, nel quale la trasmissione già avviene direttamente attraverso il Sistema Informativo della Giustizia Tributaria (SIGIT) e che allo stesso tempo ha scelto parallelamente per il processo penale²².

In primo luogo, tra i principi e criteri direttivi dettati al legislatore delegato dalla l. 26 novembre 2021, n. 206, in tema di deposito vi erano il «prevedere che, in tutti i procedimenti civili, il deposito telematico di atti e documenti di parte possa avvenire anche con soluzioni tecnologiche diverse dall'utilizzo della posta elettronica certificata nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici», e il «prevedere che, nel caso di utilizzo di soluzioni tecnologiche diverse dalla posta elettronica certificata, in tutti i procedimenti civili, il deposito si abbia per avvenuto nel momento in cui è generato il messaggio di conferma del completamento della trasmissione». Nella prospettiva dell'attuazione, il d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. Riforma Cartabia) al nuovo art. 196-*sexies* disp. att. c.p.c. ha previsto che «il deposito con modalità telematiche si ha per avvenuto nel momento in cui è generata la conferma del completamento della trasmissione secondo quanto previsto dalla normativa anche regolamentare concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici ed è tempestivamente eseguito quando la conferma è generata entro la fine del giorno di scadenza», sostituendo al precedente esplicito collegamento dell'effetto alla generazione della ricevuta di avvenuta consegna della PEC, un generico e neutro riferimento alla «conferma» dell'avvenuta trasmissione, spendibile sia per il deposito a mezzo PEC, sia per quello per *upload* diretto, o comunque effettuato in qualsiasi altra modalità telematica, purché sia riconosciuta e disciplinata dalla normativa tecnica regolamentare, cui rinvia a propria integrazione e cui fa riferimento, per le modalità, anche l'art. 196-*quater*, comma 1, per il quale «il deposito con

²¹ Per l'accantonamento del sistema della PEC, a favore del deposito in *cloud* certificati: B. BRUNELLI, *Il processo civile telematico che verrà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 966, la quale descrive i vantaggi che ne deriverebbero; N. SOTGIU, *Il deposito telematico*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, cit., p. 256 ss.

²² Per la verità anche nel processo penale la pur prevista automatizzazione piena della accettazione o del rifiuto, per ora è solo parzialmente realizzata, perché secondo il Regolamento d.m. 44 del 2011 (art. 13-bis), integrato dalle Specifiche tecniche (artt. 18 e 19), il deposito viene effettuato attraverso il portale dei depositi telematici o il portale delle notizie di reato previa autenticazione del soggetto depositante, e «gli atti e i documenti... si intendono ricevuti dal dominio giustizia nel momento in cui viene generata la ricevuta di accettazione da parte del portale dei depositi telematici, che attesta il deposito dell'atto o del documento presso l'ufficio giudiziario competente, senza l'intervento degli operatori della cancelleria o della segreteria, salvo il caso di anomalie bloccanti», ma secondo le relative Circolari «allo stato, non saranno accettati automaticamente, ma resteranno lavorabili con le funzionalità in essere, i depositi che necessitano della c.d. "conferma ricezione", ossia i depositi diretti verso le corti d'appello, le procure generali, i tribunali della libertà, gli uffici del GIP e del Giudice di pace circondariale, nei casi in cui la lavorazione del deposito debba avvenire attraverso l'utilizzo di questa funzionalità», mentre in Cassazione «non è prevista l'implementazione della funzione di accettazione automatica, stante il recente avvio della sola sperimentazione pratica del *Desk Penale*».

modalità telematiche è effettuato nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici». Coerentemente, dalla disposizione regolamentare dell'art. 13 d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, il d.m. 29 dicembre 2023, n. 217, ha eliminato i riferimenti alla PEC come modalità di trasmissione del deposito degli atti e alla relativa ricevuta di consegna per il perfezionamento dello stesso, per sostituirli rispettivamente con le più generiche «modalità telematiche, secondo le specifiche tecniche stabilite dall'articolo 34», al comma 1, e con le previsioni che «2. I documenti informatici di cui al comma 1 si intendono ricevuti dal dominio giustizia nel momento in cui viene generata la conferma della trasmissione, secondo le specifiche tecniche stabilite dall'articolo 34, senza l'intervento degli operatori della cancelleria, salvo il caso di anomalie bloccanti» e «3. Nel caso previsto dal comma 2 la conferma attesta l'avvenuto deposito dell'atto o del documento presso l'ufficio giudiziario competente».

La strada era spianata verso una modalità di deposito diversa dalla PEC, che prescindesse dall'intervento della cancelleria a favore di un sistema con accettazione/rifiuto sempre automatici²³; mancava, ed era attesa ed auspicata, solo la concretizzazione con la modifica delle Specifiche tecniche verso la scelta di questo modello. Ebbene tanto non è avvenuto, o meglio è avvenuto solo parzialmente, perché l'aggiornamento delle Specifiche tecniche del 7 agosto 2024, al comma 1 dell'art. 17 ha mantenuto il sistema della PEC per la trasmissione degli atti da parte dei soggetti abilitati esterni nel procedimento civile e al precedente sistema delle quattro ricevute, che passava sempre, anche in caso di deposito privo di errori o con meri errori WARNING e di anomalie bloccanti classificate FATAL, per l'intervento del cancelliere ai fini del perfezionamento del deposito e della disponibilità di quanto depositato nel fascicolo informatico, ha sostituito un procedimento secondo il quale «9. A seguito dell'invio dell'atto processuale i sistemi informativi ministeriali procedono alla verifica e alla accettazione automatica del deposito degli atti inviati, salvi i casi di anomalia ovvero quelli in cui è necessario l'intervento degli operatori di cancelleria. 10. In caso di anomalia bloccante (FATAL) il gestore dei servizi telematici invia al depositante un messaggio di posta elettronica certificata, contenente la comunicazione del rifiuto dell'accettazione dell'atto. 11. In caso di accettazione dell'atto, anche dopo l'intervento degli operatori di cancelleria, il gestore dei servizi telematici invia al depositante un messaggio di posta elettronica certificata, contenente la comunicazione dell'avvenuto deposito dell'atto, con effetto a decorrere dal momento in cui è stata generata la ricevuta di accettazione da parte del gestore di posta elettronica certificata del depositante, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, del d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68». In sintesi, la differenza è che se non vi sono anomalie o vi è solo un WARNING, in quanto tale non

²³ In proposito v. F. DE VITA, *L'ulteriore telematizzazione dei flussi degli atti nel processo civile*, in *questa Rivista*, 2-2023, 336 ss.; G. RUFFINI, *Il processo civile davanti alla svolta telematica*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 978, qualifica il sistema di deposito a mezzo PEC come «complesso e barocco», auspicando il passaggio al deposito tramite *upload* diretto; v. anche p. 994 ss. e 998 ss. sui problemi interpretativi legati alla disciplina del deposito telematico.

impediente, viene restituita automaticamente al depositante una ricevuta di avvenuto deposito, con effetti risalenti alla generazione della ricevuta di invio della PEC, e che in caso di errori FATAL il rifiuto del deposito viene generato e comunicato automaticamente, mentre quando vengono rilevate anomalie classificate ERROR, come visto quelle più problematiche, nulla è cambiato perché resta necessario l'intervento della cancelleria, dell'elemento umano, che secondo la propria discrezionalità, se non vero e proprio arbitrio, accetta o rifiuta il deposito.

In definitiva, il complesso normativo che è venuto fuori dalla integrazione tra norme primarie, regolamentari e, soprattutto, specifiche tecniche, ha lasciato irrealizzato il criterio direttivo della legge delega dell'accantonamento della PEC come canale di trasmissione dei depositi e, per quanto qui interessa, già di per sé ha solo parzialmente eliminato la partecipazione dell'elemento umano/cancelliere al procedimento, a valutazione binaria, di accettazione/rifiuto del deposito, escludendolo in caso di accettazione diretta per mancanza di anomalie o meri errori WARNING, nonché in caso di rifiuto diretto per anomalie bloccanti, ma lasciandolo proprio per le anomalie ERROR, che abbiamo visto essere più problematiche e maggiormente foriere di incertezze per il depositante. Inoltre, di fatto e al momento l'esclusione dell'intervento del cancelliere è ancor più limitata dalla prassi dettata dalle circolari ministeriali (DGSIA) esplicative delle modifiche ai sistemi informatici concernenti l'accettazione automatica²⁴, che per il giudizio civile, anche dinanzi alla Cassazione, allo stato limitano l'accettazione automatica solo ad alcuni atti - che elencano e sono sostanzialmente solo alcuni di quelli in corso di causa -, lasciando ferma, per l'accettazione, la necessità dell'intervento della cancelleria per «i depositi che versano nello stato ERROR o WARNING poiché si è reputato necessario effettuare un approfondimento di tali casistiche al fine di verificare le possibilità tecniche di automazione dell'accettazione», affermano che «anche i depositi in stato FATAL non saranno oggetto di modifiche rispetto all'attuale gestione», dunque non daranno luogo al rifiuto automatico, ed escludono espressamente dall'ambito del flusso di deposito automatico, anche in assenza di anomalie, una serie di atti che elencano, quali ad esempio il ricorso e il controricorso per cassazione e più in generale un elenco di «fattispecie di depositi che richiedono una puntuale valutazione da parte della cancelleria e/o uno specifico intervento in fase di accettazione».

Dunque, nel passaggio dalle norme primarie e regolamentari alle specifiche tecniche che le integrano e alle circolari ministeriali che le concretizzano, nel complesso normativo che ne viene fuori, si è palesato un eccesso di timidezza del nostro legislatore, che ha sprecato un'occasione per incrementare, seguendo la strada che sembrava aver intrapreso, l'impiego della macchina per sostituire l'elemento umano, quantomeno nei numerosi passaggi che non

²⁴ Le tre circolari, riferite rispettivamente al Civile, al Penale e alla Suprema Corte di cassazione, sono pubblicate nel Portale dei Servizi Telematici all'indirizzo <https://pst.giustizia.it/PST/it/paginadettaglio.page?contentId=ACC3517>.

richiedono valutazioni “creative”, che essendo in concreto particolarmente rilevanti, quanto meno ma non solo dal punto di vista statistico, possono incidere in modo consistente sull’efficienza del singolo processo e sull’economia processuale generale.

3. Le potenzialità effettive e i vantaggi.

La scarsità e la parzialità appena denunciate dell’impiego finora già concretizzato della macchina, anche con l’esclusione dell’elemento umano, nella soluzione delle valutazioni processuali binarie, vengono poste ancora più in risalto rispetto alle sue potenzialità, se si considera che nel sistema complessivo della riforme processuali degli ultimi anni si è istituita una nuova componente (umana) della giurisdizione, un suo nuovo organo, tra le cui funzioni istituzionali, si può dire prevalentemente, vi sono valutazioni preparatorie del lavoro del giudice, che hanno proprio natura binaria. Mi riferisco all’Ufficio per il Processo (UPP), costituito dal d.lg. 10 ottobre 2022, n. 151, proprio «al fine di garantire la ragionevole durata del processo attraverso l’innovazione dei modelli organizzativi e un più efficiente impiego delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione» (art. 2), tra i cui compiti istituzionali, appunto a questi fini, presso i tribunali ordinari e le corti di appello vi sono tra gli altri le «a) attività preparatorie e di supporto ai compiti del magistrato, quali: studio del fascicolo, compilazione di schede riassuntive, preparazione delle udienze e delle camere di consiglio, selezione dei presupposti di mediabilità della lite, ricerche di giurisprudenza e dottrina, predisposizione di bozze di provvedimenti, assistenza alla verbalizzazione», il «c) raccordo e coordinamento fra l’attività del magistrato e quella delle cancellerie e dei servizi amministrativi degli uffici giudiziari», ma soprattutto, per quanto qui interessa, il «b) supporto al magistrato nello svolgimento delle verifiche preliminari previste dall’articolo 171-bis del codice di procedura civile nonché nell’individuazione dei procedimenti contemplati dall’articolo 348-bis del codice di procedura civile» e il «e) supporto per l’utilizzo degli strumenti informatici» (art. 5)²⁵; mentre presso la Corte di cassazione, sempre tra i tanti

²⁵ R. MARTINO, *Introduzione*, in *Efficienza del processo e innovazione digitale. Tra riforma Cartabia e nuovi modelli organizzativi. Commenti e materiali*, a cura di Roberto Martino, Bari, 2023, p. XXIX s., nel rilevare come la digitalizzazione del processo in funzione della sua efficienza, vada riferita anche al «ricorso (quanto meno) all’ausilio di strumenti di intelligenza artificiale per lo svolgimento di varie attività strumentali alla decisione», sottolinea che al di là del riferimento diretto al supporto nell’utilizzo di strumenti informatici, gli altri compiti dell’UPP riguardino comunque attività che possono essere svolte con l’ausilio dell’IA - se non, almeno in alcuni casi, direttamente da quest’ultima -, che assume particolare importanza nelle attività delle lett. a) e b) dell’art. 5 appena descritte. Sulla coincidenza tra le attività istituzionali dell’UPP e quelle esercitabili con l’ausilio dell’IA e sulle loro potenzialità di affiancamento: G. IOANNIDES, *L’efficientamento della giustizia attraverso la dimensione organizzativa*, ivi, p. 28 ss.; v. anche F. BARBIERI, *Il “nuovo” ufficio per il processo: un modello organizzativo aperto all’intelligenza artificiale*, in giustiziainsieme.it/it/ufficio-del-processo-e-organizzazione-della-giustizia/2364-il-nuovo-ufficio-per-il-processo-un-modello-organizzativo-aperto-all-intelligenza-artificiale; ID., *L’intelligenza aumentata nell’organizzazione dell’ufficio giudiziario*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, p. 843 ss.; e C. GAMBA, *Ius dicere e lex tecnologica*, Torino, 2023, p. 76 ss.; indica l’UPP quale sede per lo sviluppo dell’IA, limitatamente all’esercizio di funzioni amministrative-paragiurisdizionali: P. BONINI, *Le coordinate costituzionale per un sistema di intelligenza artificiale al servizio della funzione giurisdizionale*, in

compiti, vi sono il «b) supporto al presidente della Corte di cassazione ai fini dell'adozione dei provvedimenti previsti dall'articolo 363-bis, terzo comma, del codice di procedura civile e nella formulazione delle proposte di definizione di cui all'articolo 380-bis del codice di procedura civile», il «c) supporto ai magistrati, comprendente, tra l'altro, la compilazione della scheda del ricorso, corredata delle informazioni pertinenti quali la materia, la sintesi dei motivi e l'esistenza di precedenti specifici, lo svolgimento dei compiti necessari per l'organizzazione delle udienze e delle camere di consiglio, anche con l'individuazione di tematiche seriali», lo «d) svolgimento di attività preparatorie relative ai provvedimenti giurisdizionali, quali ricerche di giurisprudenza, di legislazione, di dottrina e predisposizione di relazioni» e ancora il «e) supporto per l'utilizzo degli strumenti informatici» (art. 7²⁶).

Solo tra le funzioni espressamente attribuite con richiami normativi, troviamo diverse attività in cui l'UPP supporta il giudice proprio nell'effettuare valutazioni per loro natura doppiamente binarie, nel senso che l'alternativa è secca tra due elementi sia nei fattori di *input* dei dati da valutare, che nelle conseguenze in *output*: tra le verifiche dell'art. 171-bis c.p.c., le carenze di rappresentanza, assistenza, autorizzazione e procura necessarie (per l'ultima come visto vi è già la segnalazione del WARNING), ai fini della fissazione del termine per l'integrazione (art. 182), l'autorizzazione del convenuto a chiamare in causa il terzo, per la quale il giudice non ha discrezionalità (art. 269, comma 1), la fissazione del termine per la notifica degli atti al contumace (art. 292) e anche il rilievo di alcune altre questioni rilevabili d'ufficio, come il mancato svolgimento della mediazione obbligatoria, la sussistenza o meno di altre condizioni di procedibilità della domanda o la tardività della costituzione di una parte (e comunque di ogni deposito soggetto a termine di decadenza, ipotesi per la quale come visto vi è già il WARNING); ancora, l'inammissibilità (almeno per tardività) e l'improcedibilità dell'appello (art. 348-bis) e la scelta del procedimento per la decisione accelerata del ricorso per cassazione inammissibile (almeno in alcuni casi come la tardività) e improcedibile (art. 380-bis).

In questo modo, paradossalmente piuttosto che innovare i «modelli organizzativi» attraverso «un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione» e semplificare attraverso una maggiore automatizzazione, si sono ulteriormente ibridati, con un nuovo elemento umano che partecipa alla relativa valutazione con funzioni preparatorie, diversi subprocedimenti che potrebbero essere delegati alla macchina, probabilmente anche

Intelligenza artificiale e processo. Un possibile ruolo nelle fasi iniziali e conclusive dell'accertamento, a cura di Vania Maffeo, Augusto Romano, Pasquale Troncone, Torino, 2024, p. 23 ss.; sulle funzioni presso il tribunale e la corte d'appello civili, inoltre: G. FARINA, *Commento art. 5, in Ufficio per il processo*, a cura di Ferruccio Auletta e Silvia Rusciano, collana *Commentario del codice di procedura civile* fondato da Sergio Chiarloni, Bologna, 2023, p. 103 ss.; più in generale sulle funzioni dell'UPP: AA.VV., *Per un nuovo modello di aggressione dell'arretrato civile incentrato sull'ufficio per il processo*, cit., p. 323 ss.; e S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, in *La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione. Atti del XXXIV convegno nazionale. Napoli, 22-23 settembre 2023*, cit., p. 92 ss.

²⁶ Sul quale: G. FARINA, *Commento art. 7, in Ufficio per il processo*, a cura di Ferruccio Auletta e Silvia Rusciano, cit., p. 125 ss.

con un fine risolutivo che escluda l'intervento del giudice, ma indubbiamente con una funzione propedeutica del suo intervento, quella appunto istituzionalmente tipica dell'UPP.

Per la verità, quanto meno con finalità preparatoria del provvedimento del giudice, le potenzialità di sfruttamento dello strumento informatico diventano enormi se si intende la binarietà dei controlli allo stesso delegabili in senso un po' più ampio, non limitandola alle ipotesi in cui le alternative sono solo due sia "in entrata" che "in uscita" - come la scadenza di un termine, l'avvenuto deposito della procura o l'autorizzazione del convenuto a chiamare in causa un terzo -, ma la si estende a tutti i controlli che portano necessariamente ad un'alternativa secca tra due soluzioni, ma richiedono a monte l'elaborazione di un gamma maggiore di dati *input*, alla quale però il sistema informatico potrebbe semplicemente essere istruito, lasciandogli comunque solo funzioni certificatorie, affatto creative, senza attribuirgli alcuna valutazione neanche *lato sensu* generativa.

Così, se non per risolverle direttamente almeno per segnalare al giudice l'opportunità di rilevare le relative eccezioni processuali d'ufficio e per agevolarlo nell'analizzarle, anche quando sono già state rilevate da una parte, il sistema informatico potrebbe essere delegato all'esame di una gamma ancor più ampia, forse quasi esaustiva, di questioni processuali²⁷: la nullità della notificazione dell'atto di citazione (o del ricorso introduttivo di altro rito), almeno

²⁷ J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Traduzione e Prefazione di P. Comoglio, Torino, 2019, p. 23 s., rileva in via generale come molte delle eccezioni processuali «generalmente risolte nella prima udienza» (da intendersi come fase preliminare) siano automatizzabili, elencando la mancanza di capacità di agire, ad esempio del minore, il difetto di rappresentanza, che per le società di capitali o gli enti risulta direttamente dai dati reperibili nei registri ufficiali, ma anche le eccezioni di giudicato e di litispendenza, per le quali la valutazione dell'identità dei giudizi potrebbe essere effettuata automaticamente dalla macchina, fino al litisconsorzio, «soprattutto se la giurisprudenza definisse con grande precisione i casi in cui esso si verifica», e ai vizi processuali e alle carenze dell'atto introduttivo; l'Autore afferma che solo con il passaggio alla eventuale fase istruttoria e alla fase decisoria l'intervento umano è necessario, seppure con i limiti chiariti nel prosieguo dell'opera. D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in questionegiustizia.it/articolo/stupidita-non-solo-artificiale-predittivita-e-processo_03-07-2019.php, nel formulare alcune considerazioni critiche a partire dall'opera di Nieva-Fenoll, sembra condividere (par. 3) le conclusioni appena descritte sulle eccezioni processuali; infatti Id., *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 385 ss., par. 4.3, aveva già indicato nella «predittività "mite"», che si limita ad affidare alla macchina il risultato automatizzato quando si tratti di verificare la sussistenza di requisiti e presupposti formali (ad esempio, rispetto delle regole formali prescritte dalle specifiche tecniche nel processo civile telematico, come il formato - pdf immagine e non pdf/A - dell'atto da depositare, le dimensioni della busta, e così via) o basati su un calcolo aritmetico (applicazione di tabelle per il risarcimento dei danni, calcolo dei termini di prescrizione, calcolo dei termini di impugnazione della sentenza)», il campo di applicazione giudiziale dell'IA «su cui varrebbe pure la pena aprire una più proficua discussione»; v. anche Id., *Giurisprudenza "creativa" e prevedibilità del "diritto giurisprudenziale"*, in *Giust. proc. civ.*, 2017, p. 1023 ss.; spinge per questo tipo di impiego dell'IA anche M. ANCONA, *Verso una giustizia predittiva mite*, 26 aprile 2018, in tecnogustitaly.wordpress.com/2018/04/26/verso-una-giustizia-predittiva-mite/; F. SANTAGADA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Judicium*, 2020, p. 493 ss., conclude in favore dell'utilizzo dell'IA in funzione ausiliaria rispetto al processo, tra l'altro anche per «effettuare una preventiva valutazione di ammissibilità della domanda, o la verifica di sussistenza dei requisiti formali previsti dalle specifiche tecniche nell'ambito del processo civile telematico, l'esame delle eccezioni processuali (litispendenza, giudicato, difetto di capacità di agire o di rappresentanza), nonché il calcolo dei termini di prescrizione ovvero di quelli per l'impugnazione della sentenza»; v. anche Id., *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 850 ss.

se effettuata telematicamente, può essere di certo verificata anche dal solo sistema informatico, interfacciato con i pubblici registri dei domicili digitali, come naturalmente la mancata costituzione del convenuto, altro presupposto dell'ordine di rinnovazione; la nullità dell'atto di citazione, sia per i requisiti della *vocatio in ius* che per quelli dell'*editio actionis* (per questi anche la nullità del ricorso e della domanda riconvenzionale), può essere rilevata e segnalata dalla macchina attraverso l'esame della struttura dello schema informatico dell'atto²⁸, che già oggi effettua nell'ambito dei controlli automatici; ancora, la delega potrebbe riguardare le questioni di giurisdizione e competenza²⁹, come quelle di rito in senso ampio, intese sia come errori nella scelta del rito giusto, sia come sussistenza dei presupposti per il passaggio a quello semplificato (art. 171-*bis*, comma 5, c.p.c.) o per quello inverso al rito ordinario (art. 281-*duodecies*, comma 1, c.p.c.); ma si potrebbe pensare anche all'eccezione di arbitrato e alla verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione, alla opportunità o necessità di una riunione³⁰, i cui presupposti sarebbero rilevabili automaticamente attraverso i registri informatizzati, fino a questioni più articolate nei dati da valutare in *input*, sui quali tuttavia la macchina sarebbe facilmente istruibile, come la pretermissione di un litisconsorte necessario o la sussistenza di ipotesi di inammissibilità delle impugnazioni diverse dalla scadenza del termine (che invece già abbiamo inquadrato tra quelle doppiamente binarie). L'elenco non ha pretese di completezza, ma indubbiamente sembra sufficiente a porre in risalto l'incongruenza paradossale, ai limiti dell'ipocrisia, dell'istituzione di una nuova componente umana degli uffici giurisdizionali, funzionale anche ad un migliore sfruttamento delle risorse tecnologiche, cui sono stati attribuiti in gran parte compiti tranquillamente delegabili in via esclusiva al sistema informatico; e soprattutto, certamente chiarisce l'enorme potenzialità di più ampio sfruttamento della macchina per un più razionale uso della risorsa giustizia, in chiave di efficienza e ragionevole durata del processo. Per diradare ogni possibile diffidenza verso questa idea, tuttavia, è opportuno specificare quali sarebbero le possibili modalità di utilizzo e quali i vantaggi concreti che ne deriverebbero, con un riscontro, per così dire, comparativo rispetto all'attuale, troppo limitato, sfruttamento della risorsa informatica.

²⁸ Va ricordato che gli schemi informatici degli atti giudiziari non sono, per così dire, liberi, ma ai sensi dell'art. 46 disp. att. c.p.c. sono definiti, con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo, con decreto del Ministro della Giustizia, sentiti il CSM e il CNF; dunque, sarebbero potenzialmente definibili anche in funzione della verifica automatica dei loro contenuti.

²⁹ Secondo M. BIASI e A. LOMBARDI, *Processo del lavoro e giustizia predittiva: prime riflessioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2023, p. 382 s., una banca dati giurisprudenziale "evoluta", nello specifico ambito delle controversie di lavoro e previdenziali, nella fase di instaurazione della causa potrebbe offrire indicazioni su giurisdizione, competenza funzionale e competenza territoriale, molto utili per la prevenzione e, sembrerebbe, la soluzione delle relative eccezioni.

³⁰ Per M. BIASI e A. LOMBARDI, *Processo del lavoro e giustizia predittiva: prime riflessioni*, cit., p. 388 s. non può «sottacersi il ruolo che sistemi di intelligenza artificiale possano rivestire nell'attività di concentrazione dei fascicoli connessi, tanto più rilevante quanto più il contenzioso, come quello del lavoro, assuma caratteristiche di serialità».

In primo luogo, si potrebbe ampliare, almeno ad alcune (ma non poche) altre ipotesi di vizio a rilievo doppiamente binario, il rifiuto automatico e immediato del deposito, con piena esclusione dell'elemento umano cancelliere - UPP - giudice, alla stregua di quanto già oggi dovrebbe essere (ma di fatto come visto ancora non è) per le anomalie FATAL.

Un secondo modello, pienamente compatibile con il primo e potenzialmente ad esso complementare, potrebbe essere l'utilizzo sistematico, o almeno molto diffuso, della segnalazione dei vizi processuali da parte del sistema informatico al giudice (e all'UPP che lo supporta)³¹, in altre parole la sistematizzazione dell'attuale meccanismo dell'errore WARNING.

Senz'altro - ed è veramente inspiegabile che tanto non si sia ancora realizzato, anzi forse non si sia neanche ipotizzato in ambito istituzionale³² - si potrebbero utilizzare sistematicamente e istituzionalmente dei *software*³³, univocamente scelti, adottati e in qualche modo imposti dal Ministero³⁴, che svolgano questa funzione, soprattutto in supporto agli utenti del processo telematico interni all'ufficio giudiziario³⁵, ma anche, perché no, di quelli esterni, dunque degli

³¹ In AA.VV., *Per un nuovo modello di aggressione dell'arretrato civile incentrato sull'ufficio per il processo*, cit., p. 347 ss., si individuano a titolo esemplificativo, tra le mansioni dell'UPP più agevolmente automatizzabili con gli strumenti dell'«intelligenza aumentata» - che viene differenziata rispetto all'intelligenza artificiale, sostitutiva dell'essere umano nei processi giudiziari, per la sua funzione meramente ausiliaria del giudice -, tra le altre proprio «l'esame delle eccezioni di rito, quali litispendenza, giudicato, continenza» e «la verifica della completezza degli atti introduttivi e della nota di iscrizione a ruolo».

³² In effetti, il Dossier dei Servizi Studi del Senato e della Camera del 27 giugno 2025 sul d.d.l. n. 1146-B), poi approvato come l. 23 settembre 2025, n. 132, recante *Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale* (sulla quale v. *infra*), in www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1462309.pdf, alla p. 57 sintetizza le applicazioni dell'IA negli ambiti di competenza del Ministero della giustizia, già sviluppate o in via di sviluppo, senza fare alcun riferimento a progetti che prevedano utilizzi analoghi a quello proposto nel testo; un quadro più ampio dei progetti italiani di implementazione dell'impiego giudiziario dell'IA, sia nazionali che locali, è fornito dal Dossier del Servizio Studi della Camera sull'Intelligenza Artificiale, in www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1417913.pdf?_1715865456742?, p. 28 ss.

³³ B. CARAVITA DI TORITTO, *Uno staff di laureati per costruire una macchina di intelligenza artificiale che collabori alle funzioni di giustizia*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021, p. 4 ss., proponeva di creare, utilizzando coloro che si apprestavano ad entrare nei ruoli dell'UPP, da scegliere non solo tra giuristi, ma anche tra ingegneri, informatici, fisici e scienziati della comunicazione competenti su questi temi, uno staff con funzioni di creazione centralizzata di meccanismi di IA e di gestione decentrata di essi, che tra l'altro siano di supporto alla decisione, anche con predisposizione di schemi di decisione, in particolare nelle controversie seriali, «fornendo la vera e propria base decisionale al giudicante, che potrebbe limitarsi a verificare il percorso logico della macchina e ad apporre la propria firma, assumendo la responsabilità della decisione» o siano in grado di formulare proposte di mediazione, poi sottoposte all'accettazione delle parti.

³⁴ C. CASTELLI, *L'irruzione dell'intelligenza artificiale nella giustizia è inevitabile, dobbiamo conoscerla, utilizzarla e governarla per non subirla*, in *giustiziainsieme.it*, 19 dicembre 2024, giustiziainsieme.it/it/diritto-e-innovazione/3340-lirruzione-dellintelligenza-artificiale-nella-giustizia-claudio-castelli, nel proporre più ampie modalità di gestione dell'inevitabile e necessario incremento dell'utilizzo della tecnologia, tra l'altro evidenzia il bisogno di una «AI in house per l'uso giudiziario, alimentata con dati affidabili, e utilizzata da soggetti consapevoli e addestrati».

³⁵ Le *Raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia* del CSM, cit., sono state adottate «nelle more dell'adozione da parte del Ministero della Giustizia di suite di intelligenza artificiale anche generativa a supporto delle attività giurisdizionali» e segnalano che «allo stato è disponibile per i magistrati la funzionalità «copilot» fornita di default dal pacchetto office messo a disposizione degli utenti del «dominio giustizia»».

avvocati e degli ausiliari nominati dal giudice³⁶. Tanto non richiederebbe neanche la modifica delle norme regolamentari o delle specifiche tecniche del processo telematico, semplicemente si dovrebbe scegliere di adottare necessariamente sistemi automatici di rilievo delle questioni - probabilmente ancora da architettare ma di certo non difficilmente realizzabili - integrandoli come imprescindibili strumenti di lavoro quotidiano nella c.d. *console* del magistrato di gestione del processo telematico.

I vantaggi non sarebbero limitati al migliore sfruttamento della risorsa giustizia, alla maggiore efficienza ed economia di scala, oltre che finanziaria, soprattutto processuale interna al singolo processo ed esterna del sistema giudiziario complessivo, dunque alla più probabilmente ragionevole durata dei giudizi, ma si svilupperebbero anche più direttamente a favore delle parti, in termini di effettività del loro diritto di azione e di difesa e del contraddittorio.

Infatti, la naturale immediatezza del riscontro del vizio da parte della macchina - sostanzialmente fornito in tempo reale a differenza di quello umano, sia esso ostativo o meramente informativo - permetterebbe l'immediata sanabilità dell'errore/vizio da parte del difensore, senza attendere, di fatto *sine die*, il rifiuto del cancelliere o il provvedimento del giudice conseguente al vizio e comunque senza rischiare una decadenza o l'onere di chiedere, ed ottenere solo eventualmente, una rimessione in termini.

Ancora, renderli automatici garantirebbe che questi controlli vengano effettuati sempre e siano eseguiti realmente ed esattamente nel momento/fase processuale in cui il legislatore ha previsto che vengano compiuti, riducendosi il rischio del tardivo o mancato rilievo di una questione processuale, dunque della conseguente necessità di retrocessione del processo, ai fini della sanatoria del vizio, da una fase più avanzata a quella, magari, preliminare, nonché della formazione di provvedimenti caratterizzati da vizi rimasti "occulti", poi deducibili come motivo di gravame.

Senza omettere che il rilievo automatico della sussistenza dei rispettivi presupposti, che possono naturalmente "sfuggire" al rilievo d'ufficio, potrebbe sollecitare il giudice all'adozione di tanti altri provvedimenti, per così dire, intermedi, quali ad esempio la rimessione anticipata in decisione ai sensi dell'art. 187 c.p.c., comma 3, c.p.c., o la sospensione ai sensi degli artt. 295, 337 e 367.

³⁶ Più sviluppate sono le realtà e le prospettive di sfruttamento dei dati giudiziari, attraverso la loro raccolta in banche dati pubbliche, sulle quali, tra i tanti: F. AULETTA, «Sanzioni pecuniarie civili»: la Banca dati pubblica e le sentenze di un anno. Un'analisi empirica (con la speciale lente del processo), in questa Rivista, 3-2025, p. 525 ss.; E. D'ALESSANDRO, Ricerca, informazione e dissemination in diritto processuale civile: la Banca Dati di Merito Pubblica (Obiettivo PNRR M1-C1 Riforma 1.8), ivi, 1-2024, p. 333 ss.; V. CAPASSO, Open data of judicial decision in comparative perspective: towards a reshaping of source theory?, ivi, 2-2024, p. 586 ss.; ID., Open data giudiziari, protezione dei dati personali e accountability del giudice: esperienze straniere, ivi, 1-2024, p. 350 ss.; ID. Intelligenza artificiale e «quantificazioni giurisprudenziali», in *En faveur d'un proces civil artificiellement intelligent. Un approche comparative. Atti del Convegno di Napoli, 12 maggio 2023*, Napoli, 2024, p. 81 ss.

Peraltro, escluse le valutazioni interpretative, in qualche modo creative o generative, è indiscutibile che nei limiti delle soluzioni binarie i margini di errore della macchina siano infinitamente inferiori, di fatto infinitesimali, rispetto al vaglio per sua natura fallace e discrezionale dell'essere umano.

Le soluzioni proposte, in fin dei conti, renderebbero assai più probabile l'attuazione del principio per il quale, pur sussistendo vizi processuali, si arrivi comunque a una decisione nel merito, ma senza sprechi processuali in termini di tempo e di risorse, che anzi neutralizzerebbero in modo economico ed efficiente sul piano processuale, diversamente da quanto avviene spesso, per non dire quasi sempre, per le sanatorie che passano solo e necessariamente per l'intervento dell'elemento umano.

In ogni caso, ogni possibile perplessità sull'automatizzazione dei controlli, resterebbe fugata garantendo comunque il contraddittorio tra le parti sulla questione automaticamente risolta, ma soprattutto lasciando fermo il controllo del giudice sulla stessa, a valle dell'intervento in diversa misura risolutivo della macchina.

4. I limiti (ormai anche normativi): sistemi di IA ad alto rischio e cyberetica.

La "corsa" all'intelligenza artificiale sta naturalmente provocando la necessità di disciplinarne i principi ed i limiti di utilizzo.

Lo scopo del Regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024 (Regolamento sull'intelligenza artificiale), c.d. *AI Act*³⁷, secondo il considerando (1) «è migliorare il funzionamento del

³⁷ In proposito: AA.VV., *Intelligenza artificiale. Commentario*, a cura di Alessandro Mantelero, Giorgio Resta, Giovanni Maria Riccio, Milano, 2025, in particolare, sui sistemi «ad alto rischio», p. 184 ss.; J. PONCE SOLÉ, *Il regolamento dell'unione europea sull'intelligenza artificiale, la discrezionalità amministrativa e la riserva di umanità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, p. 825 ss.; ma soprattutto, per un esame delle linee generali dell'*A.I. Act*, «perché trama del dialogo tra il potere giudiziario e l'intelligenza artificiale», v. G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, cit., p. 85 ss., la quale osserva preliminarmente che «il rischio dell'I.A. è un attributo fisiologico della fattispecie, ben noto al legislatore europeo, che infatti ha scelto un modello regolatorio di tipo precauzionale»; A. PUNZI, *La decisione giudiziaria nell'AI act*, cit., p. 448 ss., è contrario a una lettura restrittiva dell'*AI act*, che lasci margini limitati di utilizzo dei sistemi di IA nelle decisioni giudiziarie. Per F. DE SANTIS DI NICOLA, *Diffusione dell'Intelligenza artificiale (in specie generativa) e trasfigurazione dello ius dicere*, in *questa Rivista*, 1/2025, p. 248, «l'espansione dell'IA al settore dell'amministrazione della giustizia non è affatto ostacolata, ed anzi pare (cautamente) promossa» dal Regolamento UE n. 1689/2024; e secondo M. STELLA, *Artificial reason e intelligenza artificiale nel diritto processuale*, ivi, p. 22 ss., «la UE strizza l'occhio a un larghissimo impiego della IA nel campo della giustizia, al servizio tanto dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie, quanto della giurisdizione in senso stretto», ma verso un'evoluzione che «non segnerà la fine della professione di avvocato e magistrato, né la chiusura delle facoltà di giurisprudenza», considerato che «il giudice dovrà sempre ascoltare le parti nel contraddittorio, formarsi un intimo convincimento, soppesare le difese in fatto e in diritto, al fine di istruire la IA, che, non v'è dubbio, semplificherà grandemente la attività redazionale della sentenza, di cui il giudice assumerà la paternità», poiché «la componente intellettuale più preziosa e determinante, rispetto a qualunque risultato o prodotto della IA generativa, risiede pur sempre nelle istruzioni impartite dall'utente». Interessanti le riflessioni di G. GALLONE, *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, in *Judicium online*, 7 novembre 2024. Sulla proposta di Regolamento: G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, p. 303 ss.; v. anche

mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione...», rilevato al considerando (4) che «l'IA consiste in una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione che contribuisce al conseguimento di un'ampia gamma di benefici a livello economico, ambientale e sociale nell'intero spettro delle attività industriali e sociali» e che il suo uso garantisce «un miglioramento delle previsioni, l'ottimizzazione delle operazioni e dell'assegnazione delle risorse e la personalizzazione delle soluzioni digitali disponibili per i singoli e le organizzazioni...», tra l'altro anche in materia di giustizia.

Il Regolamento considera però, al punto (61), che «alcuni sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici dovrebbero essere classificati come sistemi ad alto rischio, in considerazione del loro impatto potenzialmente significativo sulla democrazia, sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale», ritenendo in particolare «opportuno, al fine di far fronte ai rischi di potenziali distorsioni, errori e opacità, classificare come ad alto rischio i sistemi di IA destinati a essere utilizzati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere le autorità giudiziarie nelle attività di ricerca e interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti», come «anche i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dagli organismi di risoluzione alternativa delle controversie... quando gli esiti dei procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie producono effetti giuridici per le parti»; secondo il medesimo considerando (61) «l'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei giudici o all'indipendenza del potere giudiziario, ma non dovrebbe sostituirlo: il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana» e «non è tuttavia opportuno estendere la classificazione dei sistemi di IA come ad alto rischio ai sistemi di IA destinati ad attività amministrative puramente accessorie, che non incidono sull'effettiva amministrazione della giustizia nei singoli casi, quali l'anonimizzazione o la pseudonimizzazione di decisioni, documenti o dati giudiziari, la comunicazione tra il personale, i compiti amministrativi»³⁸.

Id., *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022, p. 1085 ss.; e, più di recente, Id., *L'intelligenza artificiale nell'ambito giudiziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2024, p. 425 ss.

³⁸ Sul *risk-based approach* scelto nell'AI Act, con particolare attenzione ai sistemi destinati all'amministrazione della giustizia qualificati come sistemi "ad alto rischio": M. MORGESE, *L'intelligenza artificiale nella giustizia civile tra esigenze di accelerazione*

Coerentemente, le disposizioni normative (art. 6 integrato dall'allegato 3) classificano come «ad alto rischio»³⁹, tra gli altri, «i sistemi di IA destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti, o a essere utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie», ma sottraggono a questa classificazione, in deroga, i sistemi di IA che non presentano «un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, anche nel senso di non influenzare materialmente il risultato del processo decisionale», ipotesi che sussiste in particolare «quando è soddisfatta almeno una qualsiasi delle condizioni seguenti:

- a) il sistema di IA è destinato a eseguire un compito procedurale limitato;
- b) il sistema di IA è destinato a migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata;
- c) il sistema di IA è destinato a rilevare schemi decisionali o deviazioni da schemi decisionali precedenti e non è finalizzato a sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata senza un'adeguata revisione umana; o
- d) il sistema di IA è destinato a eseguire un compito preparatorio per una valutazione pertinente ai fini dei casi d'uso elencati nell'allegato III», tra i quali appunto l'utilizzo da parte di un'autorità giudiziaria appena descritto⁴⁰.

La l. 23 settembre 2025, n. 132, detta *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, con le finalità (art. 1) di recare «principi in materia di ricerca, sperimentazione, sviluppo, adozione e applicazione di sistemi e di modelli di intelligenza artificiale», di promuovere «un utilizzo corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica, dell'intelligenza artificiale, volto a coglierne le opportunità» e di garantire «la vigilanza sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali dell'intelligenza artificiale», con il chiarimento che le disposizioni dettate «si interpretano e si applicano conformemente al regolamento (UE) 2024/1689»⁴¹. In particolare, nei casi di

e principio antropocentrico, in *Judicium online*, 18 giugno 2025, p. 4 ss., che segnala altresì come il medesimo approccio sia stato seguito dalla disciplina interna allora in via di approvazione, poi approvata con la l. 23 settembre 2025, n. 132.

³⁹ Prevedendo per questi sistemi, nelle sezioni successive del medesimo Capo III, particolari requisiti (SEZIONE 2), specifici obblighi dei fornitori, dei *deployer* e di altre parti (SEZIONE 3), particolari disposizioni su norme armonizzate, valutazione della conformità, certificati e registrazione (SEZIONE 5), nonché istituendo una Banca dati dell'UE per i sistemi di IA ad alto rischio (CAPO VIII).

⁴⁰ Per alcune notazioni critiche sui sistemi di categorizzazione del rischio di cui all'art. 6 dell'*AI act*, anche in considerazione degli emendamenti approvati *in itinere* al riguardo: M. Tuozzo, *Giustizia e costituzione al tempo dell'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale e processo. Un possibile ruolo nelle fasi iniziali e conclusive dell'accertamento*, cit., p. 7 ss.

⁴¹ Le *Raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia* del CSM, cit., considerata questa normativa, «intendono offrire un orientamento per rispondere a tre quesiti: - quale uso può essere fatto dell'IA da parte dei magistrati italiani, in attesa dell'entrata in vigore delle disposizioni europee previste per agosto 2026; - se esistano attività, nell'ambito della giustizia, che non comportano un rischio significativo di danno e non influenzano materialmente l'esito del processo decisionale, per le quali possa trovare applicazione la deroga prevista dall'art. 6, par. 3, dell'*AI Act*. - quale sia la

impiego dei sistemi di IA nell'attività giudiziaria, l'art. 15⁴² riserva sempre «al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti», mentre attribuisce al Ministero della giustizia la disciplina degli «impieghi dei sistemi di intelligenza artificiale per l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia⁴³, per la semplificazione del lavoro giudiziario e per le attività amministrative accessorie»⁴⁴.

Peraltro, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto (*Council of Europe Framework Convention on*

prospettiva di utilizzo dei sistemi di IA dopo l'agosto del 2026». Sul primo quesito «si evidenzia che, durante la fase transitoria (cioè fino all'agosto del 2026), potranno anzitutto essere utilizzati tutti i sistemi autorizzati dal Ministero della Giustizia ai sensi del citato art. 15 co. 2 della legge 23 settembre 2025 n. 132... in quanto i sistemi di intelligenza artificiale attualmente disponibili online, non garantiscono - in assenza di certificazione - i requisiti previsti per i sistemi ad alto rischio e non potranno, pertanto, essere utilizzati nell'attività giudiziaria in senso stretto». Sul secondo quesito, considerate le esclusioni delle attività ad alto rischio effettuate dall'art. 6, par. 5, dell'*AI act*, si elencano alcuni impieghi ammissibili, «purché in modalità tracciata, sicura e con revisione umana e nell'ambito degli applicativi forniti all'interno del dominio giustizia», tra i quali, per quanto qui interessa viste le considerazioni *infra*: «4. Supporto agli uffici c.d. "affari semplici": ausilio nelle attività seriali e a bassa complessità giuridica con la redazione di bozze standardizzate da adattare poi al caso specifico dal magistrato o dai suoi collaboratori. 5. Supporto ad attività giurisdizionali gestionali attraverso il controllo della documentazione (soprattutto contabile nonché delle certificazioni) prodotta in atti ove opportunamente anonimizzata». Inoltre, circa il medesimo secondo punto il CSM sviluppa una riflessione più articolata sul tema delle ricerche sulle banche dati giurisprudenziali, perché questo utilizzo «si colloca in un ambito che, sebbene riconducibile a compiti procedurali, può presentare profili di rischio elevati qualora l'output generato venga utilizzato come base esclusiva o prevalente nella formazione del convincimento del giudice», concludendo che «in ogni caso, l'output prodotto deve essere oggetto di valutazione e verifica autonoma da parte del magistrato, quale titolare esclusivo della funzione giurisdizionale. L'automazione della ricerca non può sostituire la sensibilità giuridica necessaria alla contestualizzazione del precedente. È poi necessario che le banche dati giurisprudenziali messe a disposizione del magistrato garantiscano una base dati completa, non discriminatoria e aggiornata, ovvero prevedano forme di controllo e supervisione da parte della magistratura nella fase della selezione, classificazione e aggiornamento delle sentenze. La qualità, la neutralità e l'accessibilità della banca dati sono condizioni essenziali per un uso corretto e costituzionalmente compatibile dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario». Infine, sul terzo quesito il CSM considera utile che il Ministero «valuti la possibilità di commissionare la realizzazione di un sistema di IA interno al sistema giustizia auspicabilmente pronto prima di agosto 2026 per essere fruito da tutti i magistrati ordinari».

⁴² Sulla disposizione in via di approvazione, poi confermata, in particolare sulla distinzione fra funzioni dell'IA sostitutive e accessorie dell'autorità giudiziaria: M. MORGESE, *L'intelligenza artificiale nella giustizia civile tra esigenze di accelerazione e principio antropocentrico*, cit., p. 12 ss.

⁴³ C. CASTELLI, *L'irruzione dell'intelligenza artificiale nella giustizia è inevitabile*, riferito al d.d.l. originario, su questi punti poi approvati senza modifiche, considera la «normativa ancora ambigua ed insufficiente» in quanto «le dizioni utilizzate sono quanto mai generiche e (fortunatamente) non risolutive».

⁴⁴ Inoltre, per lo stesso art. 15 «fino alla compiuta attuazione del regolamento (UE) 2024/1689, la sperimentazione e l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale negli uffici giudiziari ordinari sono autorizzati dal Ministero della giustizia, sentite l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) e l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN), designate dall'art. 20 quali Autorità nazionali per l'IA; e il Ministro della giustizia, nell'elaborazione delle linee programmatiche sulla formazione dei magistrati, promuove attività didattiche sul tema dell'IA sugli impieghi dei relativi sistemi nell'attività giudiziaria, «finalizzate alla formazione digitale di base e avanzata, all'acquisizione e alla condivisione di competenze digitali, nonché alla sensibilizzazione sui benefici e rischi», anche nel descritto quadro regolatorio del medesimo art. 15, curando altresì, per le medesime finalità, la formazione del personale amministrativo.

Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law)⁴⁵, firmata a Vilnius il 5 settembre 2024, all'art. 5, comma 1, richiede che «*each Party shall adopt or maintain measures that seek to ensure that artificial intelligence systems are not used to undermine the integrity, independence and effectiveness of democratic institutions and processes, including the principle of the separation of powers, respect for judicial independence and access to justice*».

La *ratio* di fondo sia del Regolamento, che della legge, che della Convenzione quadro, si può sinteticamente indicare in una diffidenza verso l'utilizzo dell'AI nell'ambito della giustizia e nella conseguente opportunità di cautela, per i rischi che comporta in termini di democrazia, in particolare di indipendenza⁴⁶ e imparzialità dei giudici⁴⁷; tanto risulta in modo più esplicito da un documento che possiamo considerare, in qualche modo, come prodromico rispetto ad essi.

La Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi⁴⁸, adottata a Strasburgo il 3-4 dicembre 2018, dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) - Consiglio d'Europa, aveva già indicato in proposito cinque principi fondamentali:

«1 Principio del rispetto dei diritti fondamentali: assicurare che l'elaborazione e l'attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale siano compatibili con i diritti fondamentali.

⁴⁵ Sulla quale v. la *webpage* del Consiglio in www.coe.int/it/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-international-treaty-on-artificial-intelligence, anche per i *link* al testo della Convenzione e al relativo Rapporto esplicativo; e C. CICCIA ROMITO, *Intelligenza Artificiale: la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa*, in *il QG*, 10 settembre 2024.

⁴⁶ Sulla garanzia costituzionale dell'autonomia e dell'indipendenza del giudice, in relazione all'uso dell'IA in suo aiuto o in sua sostituzione: G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, cit., p. 95 ss.; per un'ampia disamina delle prospettive di legittimità costituzionale dell'impiego dell'IA nell'attività giurisdizionale e per l'individuazione delle condizioni per il rispetto dei relativi limiti, nelle diverse ipotesi di utilizzo possibili: A. SIMONCINI, *La dimensione costituzionale della giustizia predittiva. Riflessioni su intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 406 ss., in particolare circa la terzietà, l'imparzialità e l'indipendenza del giudice, nonché sul principio di uguaglianza, p. 416 ss.; v. anche Id., *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023, 12 aprile 2023, rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2023_01_ConvegnoAic2022_10_Simoncini.pdf, p. 34 ss.; e Id., *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, p. 63 ss.; F. DE SANTIS DI NICOLA, *Diffusione dell'Intelligenza artificiale (in specie generativa) e trasfigurazione dello ius dicere*, cit., p. 257 ss.; e F. SAVINO, *Riflessioni sul rapporto tra intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, cit., p. 230 ss.

⁴⁷ F. AULETTA, *Accertamento del fatto e intelligenza artificiale nel processo civile*, in *questa Rivista*, 4/2024, p. 922 ss., individua due limiti di legittimità costituzionale - che segnala come ulteriori rispetto a quelli già indicati in dottrina - per «qualsiasi applicazione di AI c.d. generativa alla giurisdizione»: l'amministrazione «in nome del popolo» della giustizia e l'organizzazione di questa sopra la pluralità dei gradi; ma anche alla luce della normativa europea afferma che «stante la grande divergenza negli assetti possibili di AI (quando) riferita alla giurisdizione, la sua funzione propria rimane non mai sostitutiva del giudizio, in guisa di decisione robotica, ma costantemente ausiliaria», concludendo che «quando giudizialmente impiegati in veste servente, i sistemi di AI aiutano l'accertamento della verità di un fatto; ma, se investigati in guisa di autori del fatto stesso, si prestano, all'inverso, a soluzioni elusive e verifobiche».

⁴⁸ Manifesta perplessità sull'efficacia di questo strumento di *soft law*, pur se rivolto a tutti gli *stakeholders*: C. BOTTINO, *Diversione processuale: "messa alla prova degli algoritmi"*, in *Intelligenza artificiale e processo. Un possibile ruolo nelle fasi iniziali e conclusive dell'accertamento*, cit., p. 188 s.

2 Principio di non-discriminazione: prevenire specificamente lo sviluppo o l'intensificazione di qualsiasi discriminazione tra persone o gruppi di persone.

3 Principio di qualità e sicurezza: in ordine al trattamento di decisioni e dati giudiziari, utilizzare fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati multidisciplinariamente, in un ambiente tecnologico sicuro.

4 Principio di trasparenza, imparzialità ed equità: rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili, autorizzare verifiche esterne.

5 Principio del "controllo da parte dell'utilizzatore": precludere un approccio prescrittivo e assicurare che gli utilizzatori siano attori informati e abbiano il controllo delle loro scelte».

Sul principio del rispetto dei diritti fondamentali, la Carta precisa che «quando gli strumenti di intelligenza artificiale sono utilizzati per dirimere una controversia, per fornire supporto nel processo decisionale giudiziario, o per orientare il pubblico, è essenziale assicurare che essi non minino le garanzie del diritto di accesso a un giudice e del diritto a un equo processo (parità delle armi e rispetto del contraddittorio). Essi dovrebbero essere utilizzati anche con il dovuto rispetto per i principi dello stato di diritto e dell'indipendenza dei giudici nel loro processo decisionale».

Circa il principio di qualità e sicurezza, si raccomanda che «i creatori di modelli di apprendimento automatico dovrebbero poter fare ampio ricorso alla competenza dei pertinenti professionisti del sistema della giustizia (giudici, pubblici ministeri, avvocati, ecc.) e ricercatori/docenti nei campi del diritto e delle scienze sociali (per esempio, economisti, sociologi e filosofi)... I dati derivanti da decisioni giudiziarie inseriti in un software che esegue un algoritmo di apprendimento automatico dovrebbero provenire da fonti certificate e non dovrebbero essere modificati fino a quando non sono stati effettivamente utilizzati dal meccanismo di apprendimento. L'intero processo deve pertanto essere tracciabile, al fine di garantire che non abbia avuto luogo alcuna modifica in grado di alterare il contenuto o il significato della decisione trattata. I modelli e gli algoritmi elaborati devono inoltre poter essere memorizzati ed eseguiti in ambienti sicuri, in modo da garantire l'integrità e l'intangibilità del sistema».

Nel chiarire il principio di trasparenza, imparzialità ed equità, la Carta sottolinea come debba «essere raggiunto un equilibrio tra la proprietà intellettuale di alcune metodologie di trattamento e l'esigenza di trasparenza (accesso al processo creativo), imparzialità (assenza di pregiudizi), equità e integrità intellettuale (privilegiare gli interessi della giustizia) quando si utilizzano strumenti che possono avere conseguenze giuridiche, o che possono incidere significativamente sulla vita delle persone. Dovrebbe essere chiaro che tali misure si applicano all'intero processo creativo, così come alla catena operativa, in quanto la metodologia di selezione e la qualità e l'organizzazione dei dati influenzano direttamente la fase dell'apprendimento».

Inoltre, la Carta esplicita il principio del “controllo da parte dell’utente”, nel senso che sul «l’uso di strumenti e servizi di intelligenza artificiale deve rafforzare e non limitare l’autonomia dell’utente. I professionisti della giustizia dovrebbero essere in grado, in qualsiasi momento, di rivedere le decisioni giudiziarie e i dati utilizzati per produrre un risultato e continuare ad avere la possibilità di non essere necessariamente vincolati a esso alla luce delle caratteristiche specifiche di tale caso concreto».

Infine, particolarmente interessante, nell’individuazione dei limiti della delega all’AI delle attività giudiziarie, sono alcuni passaggi dell’Appendice I alla Carta, lo “Studio approfondito sull’uso dell’intelligenza artificiale [IA] nei sistemi giudiziari, segnatamente delle applicazioni dell’intelligenza artificiale al trattamento di decisioni e dati giudiziari”: al paragrafo 9 dedicato a “Potenzialità e limiti degli strumenti della giustizia predittiva”, al punto 147 si osserva che «la neutralità degli algoritmi è un mito, in quanto i loro creatori, consciamente o meno, riversano in essi i loro sistemi di valori. Il filosofo Eric Sadin ha osservato che, dietro la loro facciata efficiente e impersonale, i sistemi algoritmici rispecchiano le intenzioni di chi li progetta o li commissiona, generando un potere operativo e asimmetrico sulla vita di altre persone. Analogamente, il ricercatore Aurélien Grosdidier ritiene che un algoritmo non sia di per sé in grado di far altro che farci afferrare, nel migliore dei casi, una parte delle intenzioni del progettista ed estende la messa in discussione all’intera sequenza del trattamento dell’informazione (intenzione del progettista, produzione del codice informatico, esecuzione di tale codice e contesto dell’esecuzione poi mantenimento). Tale rilievo è condiviso dal criminologo Aleš Završnik che sottolinea che le fasi di costruzione e interpretazione degli algoritmi sono prodotte da uomini per uomini e, comunque questi ultimi siano concepiti, non possono sfuggire agli errori, ai pregiudizi, agli interessi umani e alla rappresentazione umana del mondo», ma chiedendosi al punto seguente se «malgrado questi limiti significativi, dovremmo forse trascurare il contributo di una tecnologia dalla potenza ineguagliata?», si conclude al punto 153 che «un sistema giudiziario al passo con i tempi dovrebbe essere in grado di fondare, amministrare e garantire una cyberetica autentica sia per il settore pubblico che per quello privato, che insista sulla totale trasparenza e correttezza del funzionamento degli algoritmi che potrebbero contribuire un giorno all’adozione di decisioni giudiziarie».

Viene fuori, nel complesso, la causa della necessità di cautela, per non dire il motivo del timore e della tendenziale chiusura, verso l’impiego dell’AI nell’ambito della giustizia⁴⁹: il rischio che

⁴⁹ Circa i vantaggi e le criticità dell’affidamento ad un algoritmo nell’attività giurisdizionale: E. GABELLINI, *La «comodità nel giudicare»: la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 1311 ss.; ID., *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, ivi, 2022, p. 79 ss.; A. GRAZIOSI, *Giurisdizione civile e nuove tecnologie*, cit., p. 152 ss., con ampie argomentazioni soprattutto in termini di certezza del diritto, esclude che la l’IA sia in grado di prevedere la decisione giudiziaria meglio di quanto può fare e ha sempre fatto l’intelligenza umana, sia con riguardo al giudizio di fatto che a quello in diritto; v. anche F. SAVINO, *Riflessioni sul rapporto tra intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, cit., p. 235 ss.

sia l'algoritmo⁵⁰, anzi chi lo governa⁵¹, a controllare e determinare le decisioni giudiziarie⁵², in altri termini che siano pregiudicate l'indipendenza⁵³, l'imparzialità e la terzietà del giudicante⁵⁴.

⁵⁰ In particolare, su questo aspetto nell'impiego dell'intelligenza artificiale nella P.A.: S. DEL GATTO, *Potere algoritmico*, digital welfare state e garanzie per gli amministratori. I nodi ancora da sciogliere, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2020, p. 829 ss.; e Cons. Stato 25 novembre 2021, n. 7891, in *Foro amm.*, 2021, p. 1721.

⁵¹ Parla di «potere collocato nelle mani di chi controlla il "codice"... che controlla e indirizza i comportamenti»: C. GAMBA, *Ius dicere e lex tecnologica*, cit., p. 338 ss.; per Id., *Sintetiche riflessioni sulla « decisione giusta »: ius dicere e digitalizzazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 833 ss., «lo strumento di i.a. ha la capacità di essere una sorta di cavallo di Troia», perché «opera come vettore indiretto di trasferimento di potere, il quale viene progressivamente collocato nelle mani di chi programma le macchine, seleziona i dati e costruisce gli algoritmi». V. anche Id., *La smaterializzazione della giustizia e la demolizione del rituale del processo*, in *Società e diritti*, 2021, p. 102 ss., <https://doi.org/10.13130/2531-6710/16089>; e Id., *Intervento*, in *La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione. Atti del XXXIV convegno nazionale. Napoli, 22-23 settembre 2023*, cit., p. 414 ss.

⁵² Anche le *Raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia* del CSM, cit., presuppongono che «l'intelligenza artificiale è, poi, profondamente determinata dai dati su cui è stata addestrata: non è, quindi, mai neutrale e, al contrario, incorpora tutte le imprecisioni contenute nel database di addestramento, nonché gli eventuali pregiudizi di chi ha progettato il sistema e ne ha guidato l'addestramento (cd. *bias*), dovendosi in proposito considerare che i sistemi, utilizzando algoritmi di tipo statistico, generano output che si basano fondamentalmente sul riconoscimento delle correlazioni tra dataset»; infatti, tra le raccomandazioni conclusive il CSM afferma che «in questa fase, fino all'introduzione di sistemi conformi al regolamento europeo, deve essere escluso l'utilizzo non autorizzato di sistemi di IA nell'attività giudiziaria in senso stretto», restando «però ferma la possibilità di sviluppare, in ambiente protetto e sperimentale sotto la supervisione congiunta del Ministero e del Consiglio, applicazioni anche in ambiti giudiziari, purché previa anonimizzazione e tracciabilità dei dati (come sta avvenendo, tra gli altri, nei tribunali di Bologna, Catania, Milano)», ferma «la possibilità di utilizzo per attività amministrative ed organizzative strumentali all'attività giudiziaria... esclusivamente attraverso strumenti forniti dal Ministero della Giustizia che garantiscano la riservatezza e la non utilizzazione dei dati del singolo magistrato, pur presenti nel dominio giustizia, per l'addestramento dei sistemi». Il CSM, peraltro, nell'individuare i propri ruoli sul tema dell'utilizzo dell'IA, tra l'altro ritiene «fondamentale che l'IA non sostituisca mai il pensiero libero e critico del magistrato, né pregiudichi l'originale contributo personale alla riflessione in campo giuridico, ma lo supporti in modo trasparente e ricostruibile» e che «ogni output prodotto da sistemi IA deve essere sempre sottoposto a riesame umano».

⁵³ Pur tendendo complessivamente ad ammettere e spingere un ampio utilizzo giudiziario dell'IA, J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 111 ss., individua proprio nel rischio per l'indipendenza il problema dell'intelligenza artificiale applicata alla decisione, individuandone le ragioni e proponendo diverse soluzioni per la sua neutralizzazione; v. anche, sull'indipendenza e l'imparzialità dell'IA e sulla tutela della relativa garanzia, p. 118 ss.; sempre sui rischi per l'indipendenza e l'imparzialità del giudice: F. SANTAGADA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, cit., p. 489 ss.; Id., *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 844 ss.; F. BAILO, *L'irragionevole durata del processo e gli strumenti legislativi per porvi rimedio: dall'implementazione del capitale umano alla digitalizzazione della giustizia*, in *Federalismi.it*, n. 27/2024, 6 novembre 2024, p. 23 s.; S. IZZO, *Lineamenti di uno studio sui livelli di interazione tra tecnologie pensanti e giustizia civile*, in *Studi economico-giuridici dell'Università degli studi di Cagliari. Annali 2020*, II, Napoli, 2020, p. 175; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, cit., p. 297, osserva che se la decisione frutto di intelligenza artificiale dipende dall'algoritmo utilizzato, essa «sarà allora il frutto derivato del programmatore che ha ideato il codice di elaborazione dati e della mente che ha selezionato gli stessi dati immessi» e che «spostando la decisione giudiziaria dall'uomo al robot, quel che si sposta, in sostanza, è allora il potere, ma lo si sposta da un uomo ad un altro uomo e non da uomo a macchina, ciò almeno sin quando non avremo macchine pienamente autonome e autoriproducenti». Da ultima, M. MORGESE, *L'intelligenza artificiale nella giustizia civile tra esigenze di accelerazione e principio antropocentrico*, cit., p. 8 ss., enfatizza la necessità di garantire comunque la *human oversight* per prevenire o ridurre i rischi esistenti per l'indipendenza e l'imparzialità del giudice (v. anche, su IA e principi costituzionali, p. 20 ss.).

5. Il rispetto dei limiti normativi nelle proposte formulate di affidamento alla macchina delle attività a soluzione binaria; ulteriori passi possibili in osservanza dei limiti stessi e della cyberetica giudiziale, senza sconfinare nella IA ad alto rischio.

Il Glossario all'appendice 3 della Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi definisce l'algoritmo come una «sequenza finita di regole formali (operazioni logiche e istruzioni) che consente di ottenere un risultato a partire da informazioni iniziali in ingresso. Tale sequenza può essere parte di un processo automatizzato di esecuzione e può avvalersi di modelli messi a punto grazie all'apprendimento automatico» e appunto l'apprendimento automatico, che «consente di costruire, a partire dai dati, un modello matematico che include un gran numero di variabili non conosciute in anticipo. I parametri si configurano gradualmente durante la fase di apprendimento, che utilizza insiemi di dati di addestramento per reperire e classificare i collegamenti...».

Ma soprattutto, l'art. 3, n. 1, del Regolamento sull'intelligenza artificiale definisce il «sistema di IA» come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali», definizione che, come altre, è espressamente richiamata e fatta propria dall'art. 2 della l. 23 settembre 2025, n. 132.

Ebbene, considerati i principi e limiti normativi già vincolanti, la loro *ratio* e la definizione dei sistemi di IA che ne circoscrivono l'ambito di applicazione, mi sembra che anche nell'immediato, e *rebus sic stantibus*, non vi sia alcun ostacolo alle soluzioni proposte *supra*⁵⁵ di maggiore sfruttamento della macchina nel processo civile e che, anzi, queste si possano considerare in qualche modo incoraggiate, nella ricerca in atto dell'equilibrio tra l'utilità indiscutibile ed i rischi concreti dell'impiego giudiziario dell'IA; soprattutto perché, considerata la binarietà dell'*output*, e nella maggior parte delle ipotesi prospettate anche dell'*input*, resta oggettivamente escluso ogni rischio di controllo esterno dell'attività giudiziaria attraverso l'apprendimento automatico dell'algoritmo.

Senza pretese di esattezza sul piano tecnico, ma sulla base di un riscontro di fatto oggettivo e facendo riferimento alle definizioni del Regolamento (fatte proprie dalla legge nazionale) e della Carta, si può ritenere che per le verifiche doppiamente binarie, in entrata ed in uscita, non sia necessario elaborare dati, ma solo riscontrarli, certificarli; e che la loro delega al sistema informatico non costituisca un'ipotesi di utilizzo dell'intelligenza artificiale, ma un semplice incremento della telematizzazione delle attività processuali; dunque, trattandosi di

⁵⁴ Sul tema specifico, *ex professo* e da ultima: G. GIOIA, *Intelligenza artificiale e indipendenza della magistratura: un equilibrio tra trasparenza e controllo*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 1338 ss.

⁵⁵ Par. 3.

fattispecie estranee all'ambito di disciplina dell'*AI Act* e della l. 132 del 2025, proprio ed anche perché in concreto non comportano alcun rischio di controllo esterno, questi riscontri non sono soggetti ad alcun limite di impiego della macchina, alla quale possono essere riservati, perfino con l'esclusione della componente umana (giudice, cancelliere, UPP) e con i vantaggi in termini di economia processuale individuati.

Naturalmente, è tanto più ammissibile l'automatizzazione delle funzioni doppiamente binarie non esclusivo, ma meramente ausiliario, integrativo, rispetto all'attività umana, soluzione sostenibile anche se (come non sembra) le si dovesse inquadrare in un sistema di IA, incluso nell'ambito applicativo dell'*AI Act*; infatti, come visto il Regolamento esclude dai sistemi di IA ad alto rischio, anche se destinati ad essere utilizzati da un'autorità giudiziaria o da chi la assiste, nonché nella risoluzione alternativa delle controversie, quelli che, anche alternativamente con una sola di queste funzioni, sono deputati ad eseguire un compito procedurale limitato, o a migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata, o a rilevare schemi decisionali o deviazioni da schemi decisionali precedenti senza sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata senza un'adeguata revisione umana, o a eseguire un compito preparatorio per una valutazione di un'autorità giudiziaria.

In ogni caso, in tutti gli impieghi proposti, nei rispettivi gradi di autonomia della macchina, anche quando l'algoritmo è necessario, come sembra essere per le verifiche in cui i dati *input* da elaborare sono più articolati, ma l'*output* resta fermo a due sole soluzioni possibili, dunque anche ove qualificabili come espressione di un sistema di IA, l'elaborazione sarebbe «parte di un processo automatizzato di esecuzione», ma non dovrebbe «avvalersi di modelli messi a punto grazie all'apprendimento automatico», dunque non sarebbe esternamente controllabile attraverso il suo addestramento; e soprattutto, coerentemente e di conseguenza, resterebbero sottratti alla classificazione del Regolamento sull'IA come sistemi ad alto rischio, sebbene prevista per l'impiego da parte dell'autorità giudiziaria, perché pur essendone sufficiente una, per ciascuno di essi sussisterebbero, se non tutte, almeno diverse delle esimenti appena sintetizzate, previste dall'art. 6, comma 3, del Regolamento. E in definitiva, sarebbe sempre garantito il rispetto di tutti i principi della Carta etica europea e realizzata in concreto ed in modo virtuoso la cyberetica autentica che lo studio di accompagnamento alla stessa, come visto, auspica.

L'individuazione dei rischi da evitare e dei principi e limiti previsti a tal fine, permette infine di provare ad ipotizzare altri usi dell'IA nel processo, che pur essendo riferiti a valutazioni e attività non più strettamente binarie e pur richiedendo, almeno in alcuni casi, un preventivo riconoscimento normativo, garantirebbero comunque il rispetto di questi limiti e resterebbero al di fuori di sistemi di IA classificati ad alto rischio. Così, si può pensare a potenzialità di ulteriore *upgrade* sull'oggetto delle verifiche delegate, con maggiore ampiezza dei dati a monte da valutare ed anche con una discrezionalità in *output* più ampia e complessa, ma

comunque in funzione ausiliaria⁵⁶ e senza arrivare ad attività decisionali autonome e ampiamente creative.

La macchina potrebbe offrire un supporto al giudice nella considerazione della contestazione/non contestazione dei fatti allegati dalle parti⁵⁷: l'elaborazione dei fatti dedotti negli atti introduttivi e delle reazioni delle controparti rispetto agli stessi, in termini di specificità della presa di posizione, potrebbe portare all'automatica formulazione di una proposta di valutazione degli stessi come contestati o meno, che posta in relazione alle istanze istruttorie delle parti, coadiuverebbe il giudice nella valutazione della necessità della prova dei singoli fatti e nell'ammettere o meno, di conseguenza, i mezzi istruttori costituendi dedotti a loro fondamento o eventualmente ammissibili d'ufficio, senza vincolarlo in alcun modo, anzi stimolandolo all'applicazione del principio di non contestazione, ove ne sussistano i presupposti. È evidente come questa funzione resti nell'ambito della ausiliarietà, non comportando per il giudice vincoli o rischi di influenza automatica, e sia infatti inquadrabile in una delle esimenti dell'IA Act dalla qualificazione come sistema ad alto rischio, in particolare l'essere finalizzata ad «eseguire un compito preparatorio per una valutazione» di un'autorità giudiziaria; e allo stesso tempo è chiaro come possa garantire una maggiore effettività del principio di non contestazione, come noto funzionale all'economia processuale, che per le difficoltà della valutazione esclusivamente "umana" del giudice, da effettuare peraltro in una fase interlocutoria e non decisoria del giudizio, risulta di fatto raramente applicato, per non dire sostanzialmente disapplicato.

Un altro ambito praticabile nel rispetto dei paletti dell'AI act, perché costituisce un «compito procedurale limitato», volto solo a migliorare l'attività umana comunque completata dal giudice, è l'ausilio telematico nell'esame dei documenti prodotti dalle parti, peraltro sempre più spesso nativi digitali, particolarmente utile nelle ipotesi di produzioni documentali imponenti⁵⁸, ma comunque sempre potenzialmente vantaggioso in termini generali di efficienza processuale, perché potrebbe essere sfruttato per la segnalazione automatizzata di fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dai documenti prodotti, si pensi al pagamento, che possono fondare un'eccezione rilevabile d'ufficio ma non sono stati già rilevati dalle parti,

⁵⁶ Per S. RUSCIANO, *Minime in tema di intelligenza artificiale, processo civile e proposta conciliativa*, in *Intelligenza artificiale e processo. Un possibile ruolo nelle fasi iniziali e conclusive dell'accertamento*, cit., p. 106 ss., l'utilizzo dell'IA come strumento ausiliario del giudice è in generale ammissibile, purché siano garantiti la piena conoscibilità, trasparenza e pubblicità, a monte, del modulo algoritmico utilizzato, nonché «l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere», che deve poter «svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo».

⁵⁷ M. STELLA, *Artificial reason e intelligenza artificiale nel diritto processuale*, cit., p. 37, ipotizza l'impiego dell'IA per il riassunto automatico degli atti di parte e «la creazione di un documento di sintesi recante la illustrazione schematica di fatti contestati e dei fatti non contestati, come avviene negli arbitrati internazionali e nel processo inglese».

⁵⁸ M. STELLA, *Artificial reason e intelligenza artificiale nel diritto processuale*, cit., p. 37, segnala come l'ordinamento italiano non si preoccupi di produzioni documentali massicce, essendo in esso la *discovery* limitata alle azioni risarcitorie da violazione del diritto antitrust e alle azioni di classe, contenzioso «davvero ancora episodico nei tribunali italiani».

sollecitando il rilievo da parte del giudice nella fase preliminare ed evitandone il rinvio ad una fase successiva, anche decisoria, con la conseguente necessità di concessione del termine ex art. 101, comma 2, c.p.c., o prevenendo addirittura il rilievo *ex novo* in appello.

In effetti il c.d. *predictive coding*, vale a dire l'utilizzo nel processo civile delle tecnologie per l'analisi del contenuto di documenti⁵⁹, nel Regno Unito è già praticato⁶⁰: l'esame dei documenti nella fase dell'*inspection*, in seguito alla loro *disclosure*, non è condotto dalla controparte, ma è interamente automatizzato ed è seguito da una revisione analogica di alcuni documenti selezionati a campione⁶¹; e la *High Court* ha ritenuto ammissibile questa prassi in un particolare caso⁶², per il numero molto consistente di documenti da esaminare nella fattispecie, per i costi e i rischi di incongruenze ed errori dell'analisi effettuata da esseri umani, necessariamente numerosi e che dunque potrebbero ricorrere a criteri diversi per valutare la rilevanza dei documenti, ma soprattutto perché coerente con i principi generali (*overriding objective*) che per le *Civil Procedure Rules* vanno rispettati nel processo civile: una gestione del processo che mira alla sua ragionevole durata, proporzionata anche all'importanza e alla complessità delle questioni.

Inoltre, la macchina si potrebbe utilizzare anche per alcune attività successive e conseguenti alle verifiche automatizzate, che seppur creative/generative resterebbero meramente ausiliarie e pertanto escluse dall'ambito della IA ad alto rischio.

In particolare, il giudice potrebbe essere automaticamente supportato nella valutazione del grado di mediabilità della lite sulla base di indici consolidati - funzione che rientra, come visto, tra quelle istituzionali dell'UPP⁶³ - per l'esercizio dei suoi poteri conciliativi di cui agli artt. 185, 185 *bis* e 420 c.p.c., e nelle ultime due ipotesi, in cui il giudice effettua una proposta

⁵⁹ Un applicativo prototipale di *document enhancement* per il magistrato e l'UPP, il sistema Heimdall, è stato sviluppato nell'ambito del progetto "Modelli organizzativi e innovazione digitale. Il nuovo Ufficio per il Processo per l'efficienza del sistema-giustizia", dall'Università degli Studi del Sannio, Benevento, sul quale: AA.VV., *Per un nuovo modello di aggressione dell'arretrato civile incentrato sull'ufficio per il processo*, cit., p. 602 ss.

⁶⁰ Come negli Stati Uniti: v., in proposito, P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018, p. 246 ss.

⁶¹ Per queste informazioni v. Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, *Appunto su alcuni profili di digital justice*, a cura di P. Passaglia, con contributi di E. Caterina, G. Delledonne, R. Felicetti, A. Giannaccari, C. Guerrero Picò, maggio 2024, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/comp-325-digital-justice_20240930144903.pdf, p. 29 s., con riferimenti ad altri precedenti di impiego del *predictive coding* negli Stati Uniti e in Irlanda. Sulle possibilità di questo ambito di utilizzo dell'IA, proprio sullo spunto dell'esperienza statunitense: F. SANTAGADA, *Intelligenza artificiale e processo civile*, cit., p. 476 ss.; v. anche Id., *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 827 ss.; e A. MERONE, *Le prove digitali e l'uso dell'intelligenza artificiale per finalità istruttorie*, ivi, p. 913 ss.

⁶² *Pyrrho Investments Limited v MWB Property Limited* [2016] EWHC 256 (Ch), in cui le parti avevano chiesto di utilizzare un *software di predictive coding* per il numero elevatissimo di documenti da esaminare (17,6 milioni circa, ridotti a 3,1 milioni dopo l'eliminazione dei duplicati).

⁶³ Sulla quale, in particolare: L.R. LUONGO, *I componenti degli uffici per il processo e la selezione dei presupposti di «mediabilità» della lite*, in questa Rivista, 1-2024, p. 1 ss.; v. anche Id., *Le funzioni degli «addetti» all'ufficio per il processo nel sistema della giustizia ordinaria*, *Judicium online*, 15 marzo 2022.

conciliativa, questa potrebbe essere predisposta dall'IA⁶⁴. La valutazione del grado di mediabilità, dunque dell'opportunità di un tentativo di conciliazione che abbia probabilmente un esito positivo, è chiaramente un mero supporto al giudice in una valutazione a lui deputata, ma anche la formulazione automatizzata della proposta di conciliazione sarebbe solo volta migliorare il risultato di un'attività umana, perché il giudice dovrebbe comunque vagliarla e potrebbe eventualmente modificarla prima di sottoporla alle parti, ma soprattutto perché dovrebbe passare, in ogni caso, per l'accettazione delle parti⁶⁵, i cui diritti non sarebbero minimamente compressi dall'utilizzo dell'IA, che anzi è in grado di (calcolare e) fornire soluzioni conciliative più vicine alle loro reali esigenze, dunque più probabilmente accettabili. Infine, a completamento del complesso di deleghe al sistema informatico fin qui proposto, per incrementarne notevolmente l'incidenza in termini di efficienza processuale, uno *step* di

⁶⁴ Come noto tanto avviene, in ambito stragiudiziale, nel sistema delle piattaforme c.d. ODR, sulle quali, tuttavia, va segnalato che il Regolamento (UE) 2024/3228 del 19 dicembre 2024 ha abrogato il Regolamento (UE) 524/2013, disponendo la dismissione della piattaforma europea per la risoluzione delle controversie online (ODR), da tale Regolamento istituita come punto di accesso unico ai consumatori e ai professionisti che intendevano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da contratti di vendita o di servizi online, sostanzialmente perché, come si desume dai considerando, l'utilizzo della piattaforma è stato scarso (circa 200 casi l'anno in tutta l'UE) e continuare a mantenerla non avrebbe rispettato i principi di efficienza ed efficacia: al riguardo v., dal sito italiano della Rete dei centri europei dei consumatori - ECC-Net, cofinanziata dalla Commissione Europea e dagli Stati membri, *Chiusura piattaforma ODR: cosa cambia per i consumatori italiani e come tutelarsi*, in ecc-netitalia.it/it/news/chiusura-piattaforma-odr-cosa-cambia-per-i-consumatori-italiani-e-come-tutelarsi/. Per un esempio di ODR oggi attiva, però, si può fare riferimento al Servizio ODS - Amazon Services Europe, in ods.adrcenter.it/it/platform/amazon-services-europe.html, che si appoggia alla piattaforma ADR Center, il cui Regolamento di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra i fornitori delle piattaforme online e i destinatari di servizi, ai sensi dell'art. 21 del *Digital Services Act* - Regolamento (UE) 2022/2065, in vigore dal 1° settembre 2025, è in ods.adrcenter.it/it/regolamento.html, e il cui modulo per la presentazione del reclamo è compilabile in ods.adrcenter.it/it/dispute/start. Secondo M. STELLA, *Artificial reason e intelligenza artificiale nel diritto processuale*, cit., p. 33 s., «tali sistemi di risoluzione delle liti» affondano piuttosto nel «campo della autotutela o della cooperazione alla attuazione spontanea del diritto senza vera lite». V. anche la piattaforma del Progetto CREA in www.crea-project.eu/, sul quale, anche per riferimenti ad altri progetti analoghi, è interessante l'intervista al *project leader* Prof. Francesco Romeo dell'Università di Napoli Federico II, di C. MORELLI, *Risolvere controversie con l'Intelligenza artificiale: il progetto CREA della Federico II*, in www.altalex.com/, 26 novembre 2018; altra piattaforma analoga è in www.spliddit.org/. Favorevole all'impiego dell'IA per la formulazione di proposte di conciliazione stragiudiziale: A. GRAZIOSI, *Giurisdizione civile e nuove tecnologie*, cit., p. 196. Sul tema delle ODR, tra i vari: AA.VV., *Le online dispute resolution (ODR)*, a cura di Enrico Minervini, Napoli, 2016; A. MERONE, *Online Dispute Resolution, intermediari digitali e il nuovo paradigma della composizione preventiva e self-executing*, in *Riv. arb.*, 2022, p. 269 ss.; A. PANARIELLO, *Se l'algoritmo non può decidere la lite, che almeno ne tenti la conciliazione: la proposta conciliativa ex art 185 bis c.p.c. formulata dall'intelligenza artificiale*, in *questa Rivista*, 1/2021, p. 129 ss.; A. BIGI, *Una corte on-line come possibile vettore di giustizia digitale nel sistema di diritto processuale civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 68 ss.; C. PILIA, *L'intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 857 ss.

⁶⁵ S. RUSCIANO, *Minime in tema di intelligenza artificiale, processo civile e proposta conciliativa*, cit., p. 110 ss., individua proprio nella formulazione di proposte di conciliazione, come quelle di cui agli artt. 185 bis e 420 c.p.c., un segmento processuale in cui è impiegabile l'IA da parte del giudice; v. anche, in questo senso, F. AULETTA, *Accertamento del fatto e intelligenza artificiale nel processo civile*, cit., p. 925; A. PANARIELLO, *Se l'algoritmo non può decidere la lite*, cit., p. 137 ss.; M. MORGESE, *L'intelligenza artificiale nella giustizia civile tra esigenze di accelerazione e principio antropocentrico*, cit., p. 14; F. DE SANTIS DI NICOLA, *Diffusione dell'Intelligenza artificiale (in specie generativa) e trasfigurazione dello ius dicere*, cit., p. 250 s.; e F. SAVINO, *Riflessioni sul rapporto tra intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, cit., p. 241 s.

carattere più generale potrebbe già essere effettuato, ancora una volta nei limiti della normativa comunitaria e nazionale.

La macchina, eseguita la verifica a soluzione binaria e rilevata la necessità di emanare un provvedimento conseguente al vizio riscontrato - ad esempio l'ordine di rinnovazione dell'atto citazione nullo e non sanato -, potrebbe generare automaticamente una "proposta" di provvedimento e sottoporla al giudice, che effettuati i controlli sui presupposti e sui contenuti, potrebbe sempre ratificarlo *tout court*, facendolo proprio, ovvero modificarlo, ovvero naturalmente non emanarlo, ove manchino le condizioni erroneamente rilevate dal sistema informatico, così svolgendo un compito meramente preparatorio per una valutazione di un'autorità giudiziaria, rispetto alla quale resterebbe ausiliaria, come richiesto dall'*AI Act* per escludere la qualificazione di sistema ad alto rischio.

Va detto che con la predisposizione automatizzata di bozze dei provvedimenti conseguenti ai controlli a soluzione binaria effettuati telematicamente, in effetti l'IA svolgerebbe un'attività generativa, ma poiché i suoi margini di "creatività" sarebbero estremamente limitati, vista la natura delle questioni e la dualità delle soluzioni, non sembrano sussistere rischi di controllo esterno attraverso l'algoritmo, di influenza dello stesso sul giudice o di appiattimento di questo sulla soluzione proposta automaticamente, rischi che invece sussisterebbero ove l'IA fosse preposta a generare bozze di sentenze o altri provvedimenti destinati a decidere nel merito⁶⁶.

L'impiego appena proposto, insieme ad altri già delineati in precedenza, è già riconosciuto legislativamente in Spagna⁶⁷, dal *Real Decreto Ley 6/23* del 19 dicembre 2023, il cui *Libro primero*, sulle *Medidas de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia*, al *Capítulo VII* definisce, riconosce e disciplina le *actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas*, offrendo una sintesi dei diversi, possibili e ammissibili, modelli e gradi di automatizzazione delle attività processuali ausiliarie.

L'*actuación automatizada* è definita⁶⁸ come «l'azione procedurale prodotta da un sistema informativo opportunamente programmato, senza la necessità di un intervento umano in ogni singolo caso» e si prevede che «i sistemi informatici utilizzati nell'Amministrazione della Giustizia consentiranno l'automazione di azioni processuali o risolutive semplici, che non richiedono interpretazione giuridica», tra le quali rientrano: «a) Numerazione o impaginazione dei fascicoli. b) Inoltro dei casi all'archivio quando ne ricorrono i presupposti procedurali. c)

⁶⁶ M. GRADI, *Burocrazia giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2024, p. 776 s., invece è favorevole anche alla sentenza robotica come «progetto di sentenza», nel senso che «l'algoritmo decisionale non dovrebbe sostituire il giudice umano, ma dovrebbe aiutarlo a risparmiare tempo, svolgendo un lavoro preparatorio».

⁶⁷ V. *Appunto su alcuni profili di digital justice*, cit., p. 36 s.; più in generale sui limiti, le potenzialità e la disciplina dell'impiego dell'IA nel sistema giudiziario spagnolo: R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *Intelligenza artificiale, algoritmi e automazione nella giustizia. Proposte per una effettiva implementazione*, in *Il Processo*, 2021, p. 437 ss.

⁶⁸ Le traduzioni delle disposizioni, proposte e riportate per agevolare la lettura, naturalmente non hanno alcun valore ufficiale.

Generazione di copie e certificati. d) Generazione di registri. e) Verifica delle dichiarazioni. f) Dichiarazione di definitività, in conformità con il diritto processuale» (art. 56, commi 1 e 2).

Per *actuaciones proactivas* si intendono le «azioni automatizzate, avviate autonomamente dai sistemi informativi senza intervento umano, che sfruttano le informazioni contenute in un fascicolo o in una procedura della Pubblica Amministrazione per uno scopo specifico, per generare notifiche o effetti diretti per altri scopi distinti, nello stesso o in altri fascicoli, della stessa o di un'altra Pubblica Amministrazione, in ogni caso nel rispetto della legge» (art. 56, comma 3⁶⁹), con la precisazione (comma 4) che «i sistemi dell'Amministrazione della Giustizia devono garantire: a) Che tutte le azioni automatizzate e proattive possano essere identificate come tali, tracciate e giustificate. b) Che sia possibile eseguire le stesse azioni in modo non automatizzato. c) Che sia possibile disabilitare, invertire o annullare le azioni automatizzate già avvenute».

Ma soprattutto, il passo verso strumenti generativi ma meramente ausiliari è compiuto con le *actuaciones asistidas*⁷⁰, che l'art. 57 definisce come quelle «in cui il sistema di informazione dell'Amministrazione della giustizia genera una bozza totale o parziale di un documento complesso basata su dati, che può essere prodotta da algoritmi, e che può servire da fondamento o sostegno a una decisione giudiziale o processuale»⁷¹, prevedendo che «in nessun caso la bozza del documento così generata può costituire di per sé una decisione giudiziale o processuale, senza convalida da parte dell'autorità competente» e che «i sistemi dell'Amministrazione della giustizia garantiranno che la bozza del documento venga generata solo per volontà dell'utente e possa essere liberamente e interamente modificata da questi»,

⁶⁹ Secondo il quale, inoltre, «nell'ambito del *Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica*, sarà incoraggiata la collaborazione con altre pubbliche amministrazioni nell'individuazione di azioni che, ove opportuno, possano essere proattive, nonché nella definizione dei parametri e dei requisiti di compatibilità necessari».

⁷⁰ Sulle quali, in senso critico: A. YÁÑEZ DE ANDRÉS, *Inteligencia Artificial (IA) y Derecho*, in *La Ley*, n. 10464, del 12 marzo 2024.

⁷¹ Come segnalato in *Appunto su alcuni profili di digital justice*, cit., p. 37, nel questionario predisposto per il seminario «Estructura y lenguaje de las resoluciones de los Tribunales Constitucionales» della *Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, tenutosi a Cartagena de Indias dal 29 novembre al 2 dicembre 2022, alla domanda (n. 6, p. 13) sul *Tribunal Constitucional de España* se «¿Su institución tiene alguna experiencia referida a la aplicación de inteligencia artificial en la redacción de sentencias?», si risponde in senso affermativo, e coerentemente rispetto al successivo Decreto Ley 6/23, che «en la actualidad, los servicios de Doctrina e Informática del Tribunal Constitucional de España, coordinados por su Secretaría General, se encuentran trabajando en el desarrollo de aplicaciones de inteligencia artificial que contribuyan a mejorar la calidad del trabajo desempeñado por la institución. Por el momento, la utilización de dichas herramientas quedaría reservada para las fases de admisión (identificación de series de asuntos, acreditación de cumplimientos formales) y de publicación y difusión de las resoluciones jurisdiccionales (depuración de la base de datos, identificación de líneas jurisprudenciales, posibilidad de búsquedas en distintos idiomas...), siempre con supervisión humana y sin que se haya contemplado la posibilidad de utilizarla en la fase de toma de la decisión. Lo dicho no excluye la posibilidad de hacer uso de estas herramientas en el momento de redacción de los borradores, siempre como un instrumento de apoyo a la labor jurisdiccional y sin que pueda suponer nunca el desplazamiento de quienes ostentan en exclusiva el monopolio de la potestad jurisdiccional en la justicia constitucional española». Il questionario è reperibile in: www.cijc.org/es/seminarios/2022Colombia/Documentos%20CIJC/Espa%C3%B1a%20-%20Respuestas%20al%20cuestionario.pdf.

ma soprattutto garantendo che «l'adozione di decisione giudiziale o processuale richiederà sempre la convalida del testo finale, da parte del giudice o del magistrato, del pubblico ministero o del cancelliere (*Letrado*), nell'ambito delle rispettive competenze e sotto la loro responsabilità, così come l'identificazione, l'autenticazione o la firma elettronica prevista in ciascun caso dalla legge, oltre ai requisiti stabiliti dalle leggi processuali»; si ricorda, in proposito, che il *Letrado de la Administración de Justicia*⁷², come noto equiparabile al nostro cancelliere e le bozze dei cui atti, come appena visto, pure possono essere generate attraverso una *actuación asistida*, nella fase preliminare del processo di cognizione, nella quale si sono sottolineate le ampie potenzialità di utilizzazione della macchina, rispetto al nostro cancelliere assolve un ruolo più incisivo, che può comportare anche l'adozione di provvedimenti, perché ai sensi dell'art. 404 della *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ancor prima dell'instaurazione del contraddittorio nei confronti del convenuto, esamina la domanda e la ammette con decreto, trasmettendola al convenuto perché la contesti entro venti giorni; inoltre, se considera carenti la giurisdizione o la competenza del tribunale e quando la domanda è gravata da difetti formali che non siano sanati entro il termine che concede all'attore lo stesso *Letrado*, questi ne dà conto al tribunale perché decida sulla ammissione, disposizione che si applica, per l'art. 405, anche per la sanatoria dei possibili difetti della *contestación* del convenuto.

In ogni caso, offrendo una garanzia complessiva, l'art. 58 stabilisce, tra i requisiti comuni ai tre tipi di *actuaciones* telematizzate, che «i criteri decisionali devono essere pubblici e oggettivi e le decisioni prese devono essere registrate in ogni momento»⁷³.

I *Medidas de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia* spagnoli appena descritti costituiscono un modello progettuale per la realizzazione delle proposte fin qui effettuate, che possono sintetizzarsi come il riconoscimento e l'integrazione, nell'ufficio giudiziario, di un nuovo ausiliario del giudice, quello elettronico, e nel potenziamento delle sue funzioni in diversi gradi di autonomia, ma sempre nei termini, anche normativi, della stretta ausiliarietà rispetto all'autorità giudiziaria, la cui autonomia, terzietà ed imparzialità deve essere garantita e preservata nell'impiego dell'IA, sfruttando doverosamente la stessa in funzione dell'efficienza del processo, ma nel rispetto della cyberetica giudiziale.

⁷² Sulle cui funzioni, proprio alla luce della digitalizzazione del processo: V. PRIETO LÓPEZ, *L'ufficio del processo nel sistema spagnolo e l'impatto delle nuove tecnologie*, in *La Magistratura*, 11 dicembre 2023 (lamagistratura.it/organizzazione-giudiziaria-e-deontologia/lufficio-del-processo-nel-sistema-spagnolo-e-limpatto-delle-nuove-tecnologie/). Sui *Letrados* come «*juices del procesal*» v. S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, cit., p. 85 ss.

⁷³ Si prevedono, altresì, i seguenti criteri comuni: «il *Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica* può definire le specifiche, la programmazione, la manutenzione, la supervisione e il controllo di qualità e, ove opportuno, effettuare verifiche del sistema informativo e del suo codice sorgente» e «i sistemi devono includere gli indicatori di gestione stabiliti dalla *Comisión Nacional de Estadística Judicial* e dal *Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica*, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze».

6. La maturità dei tempi per l'ampliamento del tribunale online già (timidamente) previsto nel nostro ordinamento.

Per concludere va ricordato che in Italia è già realtà e sta gradualmente diventando operativo, per ora in via sperimentale, il Tribunale Online⁷⁴, definito anche ufficialmente come tale sul portale dedicato del Ministero della Giustizia, con la didascalia "La giustizia a portata di click"⁷⁵.

Il d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito con modificazioni dalla l. 21 aprile 2023, n. 41, ha disposto all'art. 36 che «nei procedimenti civili di volontaria giurisdizione, le persone fisiche che stanno in giudizio personalmente possono depositare gli atti processuali e i documenti con modalità telematiche avvalendosi del portale dedicato gestito dal Ministero della giustizia»⁷⁶ e che «in tal caso il deposito si perfeziona esclusivamente con tali modalità»; in particolare, gli atti processuali e i documenti depositati attraverso il portale sono trasmessi all'indirizzo PEC dell'ufficio giudiziario destinatario mediante l'indirizzo PEC a tale scopo messo a disposizione dal Ministero della giustizia, che non è inserito nel RegIndE, e se utilizza questa modalità di deposito, la parte il cui indirizzo PEC non risulta da pubblici elenchi può manifestare la volontà di ricevere tramite il portale stesso le comunicazioni e notificazioni relative al procedimento.

⁷⁴ In generale sul tema delle corti online v., da ultimo, l'ampio e completo contributo di A. BIGI, *Una corte on-line come possibile vettore di giustizia digitale nel sistema di diritto processuale civile italiano*, cit., p. 68 ss.; in precedenza, G. LISSELLA, *Corti digitali e giustizia civile progressiva*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, p. 269 ss.; sulle criticità di ODR e *online court*: F. LOCATELLI, *Il giudice virtuoso. Alla ricerca dell'efficienza del processo civile*, cit., p. 139 ss.

⁷⁵ Nell'ambito della giustizia tributaria, come prospettiva di sviluppo, anche spinto verso la giustizia predittiva, dell'impiego della tecnologia digitale e dell'IA, va segnalato il PRODIGIT, che viene descritto su sito del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in www.finanze.gov.it/it/Progetti-europei/PRO.DI.GI.T/, come un progetto finanziato con fondi europei, cui partecipano il Dipartimento delle finanze (DF) e il Consiglio di Presidenza della giustizia tributaria (CPGT), che prevede la digitalizzazione delle attività e del sito web del CPGT, l'adozione di strumenti innovativi per le attività dei giudici tributari, la sperimentazione di un modello di prevedibilità della decisione con il supporto di strumenti di IA, l'implementazione della banca dati nazionale di giurisprudenza tributaria, contenente le sentenze di merito integrali oscurate, residente nel sistema informativo del MEF, pubblica, gratuita e liberamente accessibile. In proposito, in senso critico: E. MARELLO, *Editoriale - Alcune domande di metodo e qualche semplice proposta*, in *Rivista di diritto tributario*.it, 1° febbraio 2023; L.R. CORRADO, *Prodigit e giustizia predittiva: interrogativi e sfide nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale*, in www.ipsoa.it/documents/quotidiano/2023/09/04/prodigit-giustizia-predittiva-interrogativi-sfide-utilizzo-intelligenza-artificiale, 4 settembre 2023; v. anche: C. MORELLI, *Il futuro di Prodigit: un tool per la sintesi delle sentenze e un massimario nazionale tributario*, in www.altalex.com/documents/news/2023/10/30/futuro-prodigit-tool-sintesi-sentenze-massimario-nazionale-tributario; Aa.Vv., *La sommarizzazione delle sentenze tributarie di merito nel progetto PRODIGIT*, in *i-lex - Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*, vol. 17, n. 1-2024, 1 ss. (i-lex.unibo.it/article/view/19618/17824); e I. NICOLAI, *Prologo di predittività tributaria: il progetto Prodigit*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2-2025, p. 2 ss., www.lavorodirittieuropa.it/images/NICOLAI_2.pdf.

⁷⁶ L'operatività presso i singoli uffici giudiziari dei singoli procedimenti, come in passato per tutte le attività del processo telematico, è lasciata alla individuazione effettuata con decreti aventi natura non regolamentare del Ministro della giustizia. Allo stato, dal portale i servizi di Tribunale Online risultano attivi per i seguenti Tribunali pilota: Catania, Catanzaro, L'Aquila, Marsala, Napoli Nord, Roma, Trento, Verona; e si avvisa che i relativi servizi verranno progressivamente estesi ai Tribunali di tutto il territorio nazionale.

Lo stesso art. 36 e l'art. 13, comma 4, del d.m. 44 del 2011 che lo richiama, prevedono l'applicazione di peculiari specifiche tecniche, adottate con provvedimento del DGSIA del 31 gennaio 2024: queste prevedono che il deposito in modalità telematica da parte delle persone fisiche che stanno in giudizio personalmente nei procedimenti civili di volontaria giurisdizione, avvenga esclusivamente attraverso il portale⁷⁷ dedicato del Ministero della Giustizia, cui si accede previa identificazione a mezzo SPID, Carta d'identità elettronica o Carta nazionale dei servizi. In concreto, e in applicazione delle specifiche tecniche, l'atto/domanda sembra essere generato dal sistema su impulso dell'istante, perché per ciascun procedimento nel quale si possono scegliere queste modalità, sul portale è disponibile un form dell'atto da depositare, da compilare completandolo con i dati richiesti dal sistema per la sua creazione, con un elenco dei documenti necessari; una volta compilata la domanda, caricati i documenti nell'apposita sezione ed effettuati i pagamenti eventualmente dovuti, si firmano digitalmente gli atti generati dal sistema e si effettua l'invio, del quale il portale genera la ricevuta di accettazione; il personale amministrativo dell'ufficio giudiziario, con l'ausilio dei controlli automatici eseguiti dai sistemi del Ministero e a seguito delle verifiche, può accettare o rifiutare il deposito; il depositante può chiedere che le notifiche ed ogni altra comunicazione gli siano effettuate tramite il portale e può comunque verificare dallo stesso lo stato del deposito e del procedimento, riscontrando i possibili valori indicati dall'art. 7, comma 4, delle specifiche tecniche: «a) In attivazione: in caso di deposito pervenuto e accettato nei sistemi dell'ufficio giudiziario; tale stato permane fino a quando l'ufficio giudiziario non emette il provvedimento relativo al procedimento instaurato con il deposito; b) Attivo: emesso il provvedimento (o il verbale di giuramento, se previsto) dell'ufficio giudiziario in merito al procedimento; c) Chiuso: procedimento concluso con provvedimento, non sono previste ulteriori attività da parte dei soggetti coinvolti o dell'ufficio giudiziario; d) Annullato: rifiuto del deposito, la cui motivazione o errore tecnico riscontrato viene riportato sul Portale».

Ebbene, il procedimento online esiste per la volontaria giurisdizione, con i limiti descritti e soprattutto senza la delega alla macchina di alcuna attività, anche binaria, che resta svolta esclusivamente dalla componente umana dell'ufficio giudiziario; tuttavia, alla luce delle considerazioni sviluppate e riflettendo liberi da ogni ipocrisia, senza chiudere gli occhi dinanzi agli sviluppi ormai quotidiani della tecnologia, che non possono essere sprecati non sfruttandoli il più possibile in funzione dell'economia e dell'efficienza processuale, nulla impedisce che questo modello, con i dovuti adattamenti, venga utilizzato anche per la giurisdizione contenziosa, ma soprattutto nulla esclude la possibilità di svolgimento esclusivamente online, senza l'intervento del giudice, del cancelliere e dei componenti

⁷⁷ Accessibile all'indirizzo: smart.giustizia.it/to. Il portale, secondo la definizione dell'art. 1 delle specifiche tecniche, oltre a essere il tramite per effettuare i depositi, «può essere altresì il luogo digitale in cui le persone fisiche ricevono le comunicazioni e notificazioni relative al procedimento».

dell'UPP, dei procedimenti, sia contenziosi che di volontaria giurisdizione, nei quali anche il provvedimento che li chiude, oltre a quelli eventuali preliminari o intermedi, dipende da una valutazione esclusivamente binaria. Mi riferisco, in primo luogo e come esempio lampante, al procedimento monitorio, nel quale a ben vedere l'accoglimento della domanda, la richiesta di integrazione delle prove o il rigetto sono condizionati solo all'essere la domanda tra quelle azionabili in via monitoria e alla produzione di prove scritte a sostegno della stessa, o alla sola allegazione della parcella per le prestazioni professionali, essendo demandata ogni valutazione sull'accertamento del credito e dell'inadempimento, non più binaria, all'eventuale giudizio di opposizione, della cui introduzione è onerato il debitore ingiunto⁷⁸.

Sembra una proposta fantascientifica? Lo sembrava anche la completa telematizzazione della formazione e dei flussi degli atti processuali, quando il d.P.R. 13 febbraio 2001, n. 123, il *Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti*, riconobbe legalmente la possibilità di redigerli come documenti informatici e di trasmetterli telematicamente, depositandoli in un fascicolo informatico, poi come noto prima la sperimentazione proprio del procedimento monitorio telematico, poi la sua facoltatività diffusa, infine, primo tra tutti i procedimenti, la sua obbligatorietà fino all'emanazione del provvedimento, hanno fatto da apristrada alla graduale realizzazione e, poi, al completamento della obbligatorietà delle forme e modalità digitali, con il definitivo superamento di quelle analogiche. Ebbene, oggi anche questo risultato sembra limitato e riduttivo rispetto alle enormi potenzialità della tecnologia e sembrano maturi i tempi per fare ulteriori, più lunghi, passi in avanti.

Fabrizio De Vita

Associato dell'Università degli studi di Napoli Federico II

⁷⁸ A. GRAZIOSI, *Giurisdizione civile e nuove tecnologie*, cit., p. 197 s., crede «si possa arrivare ad ammettere che in controversie seriali e di modesto valore economico, nelle quali sia agevolmente standardizzabile il complesso e la tipologia di prove atte a dimostrare l'esistenza de diritti di cui è chiesta la tutela giurisdizionale, il computer emetta un provvedimento *inaudita altera parte*, mai provvisoriamente esecutivo, al quale il debitore possa fare opposizione giudiziaria entro un termine perentorio fissato dalla legge», appunto sul modello del procedimento monitorio. V. anche J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., p. 24, secondo il quale vi sono riti molto semplificati nei quali l'intervento umano non è necessario, come, tra gli altri, i processi che non hanno opposizione, quali l'intimazione di sfratto e le procedure di pagamento non contestate, nonché i reclami dei consumatori di modico valore; e F. SAVINO, *Riflessioni sul rapporto tra intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, cit., p. 237, su controversie semplici, seriali, ripetitive e *small claims*, e p. 241, sul procedimento monitorio; S. IZZO, *Lineamenti di uno studio sui livelli di interazione tra tecnologie pensanti e giustizia civile*, cit., p. 175, ipotizza l'utilizzo di una decisione robotica nel procedimento per decreto ingiuntivo, fondandosi questo sulle sole allegazioni probatorie del credito e visto il differimento del contraddittorio alla eventuale opposizione dell'ingiunto.



CLAUDIO DE FALCO

L'intelligenza artificiale nel processo civile: lo stato dell'arte e le prospettive future

Partendo dalla normativa nazionale e dell'Unione Europea, il presente contributo indaga i margini di utilizzo dell'Intelligenza Artificiale nel processo civile, prestando particolare attenzione alle sperimentazioni in corso fra la magistratura; sulla base di queste e dell'analisi diretta della normativa, l'Autore si interroga sui margini di un legittimo uso processuale dell'IA nel prossimo futuro.

Starting from national and European Union legislation, this contribution examines the scope for the use of Artificial Intelligence in civil proceedings, with particular attention to the ongoing pilot projects within the judiciary. On the basis of these experiences, as well as a direct analysis of the relevant legal framework, the Author explores the boundaries of a legitimate procedural use of AI in the near future.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Le fonti normative sull'IA nella giustizia. – 3. Margini per un legittimo impiego dell'IA nel processo e prime sperimentazioni. – 4. Prospettive future dello strumento e conclusioni.

1. Introduzione

L'intelligenza artificiale è senza dubbio il grande tema dell'epoca contemporanea, al punto da condurre le principali branche del sapere a misurarsi con essa. La devoluzione ad un'intelligenza "artificiale" di ragionamenti opinabili e controvertibili, quali sono quelli giuridici, è certamente problematica, e manifesta la tensione subito sorta fra il diritto e l'uso di queste tecnologie. È evidente, però, che un approccio sordo agli stimoli posti dall'intelligenza artificiale sarebbe del tutto controproducente, sicché compito del giurista è interrogarsi sull'uso che l'IA può avere nel diritto, sostanziale e processuale.

La dialettica fra diritto processuale e intelligenza artificiale oscilla fra un'enfasi esacerbata sui rischi che lo strumento può comportare, fino ad una scintillante esaltazione dell'IA quale mezzo per rendere definitivamente efficiente la giustizia, eventualmente conducendo alla temuta o auspicata sostituzione del giudice con una macchina, sacrificando il giudice persona fisica all'altare della certezza del diritto¹.

Quello della giustizia predittiva² è solo uno dei numerosi ambiti in cui l'intelligenza artificiale può servire al processo: senza arrivare all'irrisolvibile questione della sostituibilità del giudice

¹ Noto è il passo di WEBER, *Economia e società*, Torino, traduzione italiana del 1999, 472, che invoca "un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina".

² Sul tema, si v. P. BIAVATI, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, p. 1163; C. CASTELLI, *Giustizia predittiva*, in *Questione Giustizia*, 8 febbraio 2022; A. SIGNORELLI, *La prevedibilità della e nella decisione giudiziaria*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Governance of/through big data*, Roma, 2023, p. 276; G.

con un *chatbot*, è già complesso interrogarsi sui limiti con cui il giudice possa avvalersi dell'IA, ferma la responsabilità della decisione in capo ad un soggetto persona fisica³.

Il presente contributo intende indagare quale ruolo possa avere questo strumento nelle mani del giudice, nella consapevolezza dei suoi rischi e delle sue potenzialità. L'esame deve necessariamente prendere le mosse dalla recente normativa in tema di utilizzo dell'intelligenza artificiale nel processo, individuando, anche attraverso l'analisi concreta dei primi utilizzi dell'IA in Italia, quali siano gli attuali margini per un suo legittimo impiego nel processo. Questo studio maggiormente compilativo sarà seguito da alcune ipotesi operative, soprattutto alla luce delle linee guida degli organi istituzionali, su quale sia il prossimo futuro dell'IA nel processo civile.

In ogni caso, è opportuno premettere che la normativa sull'IA nell'attività giudiziaria si fonda su di una visione antropocentrica⁴: è il cosiddetto approccio *human in the loop* (letteralmente "umano nel ciclo"), per cui i rischi dell'IA possono essere sterilizzati o quanto meno ridotti ove sia assicurato un controllo umano nel suo sfruttamento, di modo da garantire l'attendibilità degli esiti dell'attività⁵. Al di là dei testi normativi che si analizzano di seguito, è significativo precisare che il "Principio del controllo da parte dell'utilizzatore" era stato già affermato dalla Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi⁶, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ), organo in seno al Consiglio d'Europa, il 3 dicembre 2018.

2. Le fonti normative sull'IA nella giustizia

La regolamentazione dell'intelligenza artificiale richiede un approccio necessariamente trasversale, sia da un punto di vista contenutistico che da un punto di vista geografico; ed infatti, le fonti in materia sovente regolano l'IA in via generale, con poche disposizioni specifiche sui singoli ambiti, fra cui il processo. La rilevanza transnazionale dei temi digitali, poi, ha portato le organizzazioni internazionali a occuparsi per prime del tema; si tratta di

ZACCARIA, *Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive*, in *Ars Interpretandi*, 2021, I, p. 40; la giustizia predittiva è un tema affrontato ben prima delle recentissime svolte in tema di AI, si v. ad esempio M. TARUFFO, *Judicial Decisions and Artificial Intelligence*, in G. SARTOR, L.K. BRANTING (a cura di) *Judicial Applications of Artificial Intelligence*, Berlino, 1998, p. 207 ss.

³ Consapevole dei rischi di un'IA anche come mero ausilio al giudice è M. BARBERIS, *Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo*, in *Milan Law Review*, 2022, 3, 2.

⁴ È un principio affermato tanto dall'articolo 1 del Regolamento 12 giugno 2024, n. 2024/1689/UE quanto dall'art. 1 della Legge 23 settembre 2025, n. 132, testi che si affronteranno più approfonditamente nel paragrafo seguente.

⁵ F. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica. Difendere la competenza umana nell'era dell'intelligenza artificiale*, Roma, Luiss University Press, 2021; sul tema specifico della necessaria sorveglianza umana all'attività amministrativa si v. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Padova, 2023, p. 35 ss.; C. PUNZI, *L'umanesimo digitale: verso un nuovo principio di responsabilità?*, in *Democrazia e diritti sociali*, 2023, 1, p. 23 ss.;

⁶ La Carta è rinvenibile al link <https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348>.

istituzioni spesso sornite di poteri normativi autenticamente vincolanti, sicché il c.d. *soft law* assume nella materia oggetto del presente studio un certo rilievo⁷.

Senza la pretesa di enumerare tutti gli interventi normativi e para-normativi sull'AI nel processo, pare opportuno riferirsi anzitutto all'ordinamento dell'Unione Europea. Come spesso accade, è stata proprio l'UE la prima organizzazione a regolare il fenomeno, proponendosi il fine di elaborare un modello ispiratore per i regolatori extra-comunitari⁸. La prima normativa generalista in tema di intelligenza artificiale si deve, dunque, al Regolamento approvato il 13 giugno 2024, n. 2024/1689/UE (c.d. *AI Act*)⁹: si tratta di una normativa di portata universale, che trova applicazione a tutti i sistemi IA, anche extracomunitari, che saranno legittimamente impiegabili nel territorio dell'Unione solo ove rispettino i requisiti sostanziali fissati dal regolamento¹⁰.

Invero, nella legislazione UE un riferimento all'intelligenza artificiale era contenuto nell'art. 22 del GDPR¹¹, che tutela il diritto a non essere sottoposti a decisioni fondate unicamente sul trattamento automatizzato che producano effetti giuridici o incidano significativamente sulla persona, evidenziando l'esigenza del controllo umano sulla macchina, in ossequio al prima descritto approccio *human in the loop*, ribadito con l'*AI Act*¹²; già la Commissione, peraltro, aveva sottolineato prima l'esigenza di assicurare lo sviluppo dell'IA¹³, poi quella di gestirne i rischi¹⁴.

Comunque sia, il principio ispiratore della nuova normativa europea consiste nell'identificazione dei settori ad alto rischio, elencati nell'Allegato III al Regolamento, nei quali l'impiego dell'Intelligenza Artificiale è subordinato al rispetto di particolari obblighi sostanziali e procedurali, come la necessità di dotarsi di un sistema di gestione del rischio (art. 9) e di garantire la sorveglianza umana (art. 14).

L'amministrazione della giustizia rientra tra i settori ad alto rischio, ancorché il medesimo regolamento contempli una serie di ipotesi in cui tale qualificazione non trova applicazione¹⁵:

⁷ Sul concetto di *soft law*, si v., fra gli altri, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 420 e B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2020, p. 46.

⁸ La dottrina nordamericana, con riferimento al potere dell'UE di definire standard normativi in materie di interesse mondiale, parla di *Brussels Effect*; cfr. A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules The World*, Oxford Univ. Press, 2020.

⁹ In *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, 12 luglio 2024, Serie L.

¹⁰ G. RESTA, *L'ambito territoriale di applicazione del Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: note critiche*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2024, 6, p. 731.

¹¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati.

¹² P. STANZIONE, *Intelligenza artificiale, giustizia, protezione dei dati personali*, in A. CIRIELLO (a cura di), *Giustizia, Lavoro e PA nell'era digitale*, Napoli, 2024, p. 236.

¹³ Comunicazione della Commissione europea, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, Bruxelles, 25 aprile 2018.

¹⁴ Comunicazione della Commissione europea, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, Bruxelles, 19 febbraio 2020.

¹⁵ Sono i casi di cui al paragrafo 3 dell'art. 6 del Regolamento (UE) 2024/1689.

si fa per esempio riferimento al caso in cui l'IA svolga un compito procedurale limitato, o sia volta a "migliorare" il risultato di una precedente attività umana, nonché il caso in cui il compito dell'IA sia "solo preparatorio rispetto a una valutazione pertinente ai fini dei sistemi IA elencati"¹⁶ nell'allegato al Regolamento; quest'ultima fattispecie richiede qualche riflessione ulteriore: il legislatore Europeo sembra considerare "ad alto rischio" la sola eventualità in cui la decisione giudiziale sia affidata alla macchina, in conformità a quei temuti orientamenti in tema di giustizia predittiva già citati; al contrario, sembrerebbe coerente con la normativa europea l'uso dell'intelligenza artificiale per studiare ed eventualmente riassumere gli atti introduttivi del giudizio, ferma la provenienza dal giudice della decisione della lite. Cionondimeno, la fonte europea dispone che in ogni caso l'attività giudiziale di ricerca e interpretazione di fatti e del diritto, delegata all'IA, rappresenta settore ad alto rischio¹⁷, ed è difficile escludere che la valutazione di un ricorso si qualifichi come interpretazione di fatti.

Si tratta evidentemente di principi generalissimi, destinati a trovare applicazione negli anni a venire con norme attuative e leggi nazionali, in ossequio alla Strategia europea in materia di giustizia elettronica (2024-2028), come riaffermato dal Consiglio UE, che ha nuovamente sottolineato che l'adozione delle decisioni finali debba rimanere attività *guidata* dall'uomo¹⁸. La rilevanza del principio *human in the loop*, in ogni caso, è appalesata dall'art 6 del Regolamento, il cui comma 3 esclude che un sistema IA sia ad alto rischio ove non influenzi materialmente il processo decisionale umano.

Venendo al diritto interno, l'Italia è stata fra i primi stati a dotarsi di una legge generale sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale, la Legge 23 settembre 2025, n. 132. Anche l'art. 1 del nostro testo normativo suffraga la visione antropocentrica di cui si è detto, riaffermata poi nelle disposizioni di maggiore interesse per la presente analisi: anzitutto, nell'art. 13, in materia di professioni intellettuali, in cui va inclusa quella forense, secondo cui la sorveglianza del professionista deve sempre garantire la prevalenza del pensiero umano sull'IA¹⁹, in coerenza con la qualificazione ad alto rischio *ex AI Act* dell'attività giudiziaria.

È poi dedicata una norma specifica all'intelligenza artificiale nel processo, l'art. 15, che, analogamente al Regolamento UE, impone di riservare sempre al magistrato persona fisica l'interpretazione e applicazione della legge, la valutazione dei fatti e delle prove, e l'adozione dei provvedimenti; al contrario, si ammette esplicitamente che l'IA sia sfruttata per la migliore

¹⁶ Art. 6, Regolamento (UE) 2024/1689 e Considerando n. 53 del medesimo.

¹⁷ Considerando n. 61 del Regolamento (UE) 2024/1689.

¹⁸ Consiglio UE, *Conclusioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia* (16933/24), 16 dicembre 2024; il documento è rinvenibile al link <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16933-2024-INIT/it/pdf>.

¹⁹ Servizio studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, Dossier A.S. n. 1146-B "disposizioni e delega al governo in materia di intelligenza artificiale", 27 giugno 2025, p. 47.

organizzazione dei servizi giustizia, per la semplificazione lavoro giudiziario, e per l'attività amministrativa e accessoria.

Dalla citata disposizione emerge limpidamente che l'ordinamento vieta il ricorso da parte del giudice a sistemi di giustizia predittiva²⁰, mentre non è chiaro sino a che punto possa spingersi il ricorso all'IA quale mezzo di supporto al giudice.

La norma opera poi un raccordo con l'*AI Act*, vietando l'uso dell'IA negli uffici giudiziari, fino alla compiuta attuazione del Regolamento medesimo, senza autorizzazione del Ministero della Giustizia.

Prima di esaminare le sperimentazioni già in corso e i margini di legittimità dell'IA da parte del giudice, pare opportuno precisare, per completezza, che la legge modifica anche l'art. 9 del Codice di procedura civile, rimettendo alla competenza esclusiva del Tribunale le cause che hanno ad oggetto il "funzionamento di un sistema di intelligenza artificiale"²¹.

Sono necessarie due ulteriori precisazioni sulla normativa interna: anzitutto, si tratta per lo più di una legge delega, che fissa alcuni principi generali, demandando al Ministero della Giustizia il compito di individuare la "disciplina degli impieghi dei sistemi di intelligenza artificiale per l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia, per la semplificazione del lavoro giudiziario e per le attività amministrative accessorie"; in secondo luogo, come emerge dal testo dell'art. 15 commentato, ripropone, forse impropriamente, principi già affermati dalla normativa unionale.

3. Margini per un legittimo impiego dell'IA nel processo e prime sperimentazioni

Dalla disciplina sopra descritta, emerge immediatamente che l'intelligenza artificiale nella giustizia può conoscere modelli di impiego ricollegabili a due principali linee direttrici: da un lato, l'IA può svolgere ruolo di supporto all'attività organizzativa della macchina della giustizia, analizzando dati statistici relativi all'ufficio, o anonimizzando e "pseudonimizzando" provvedimenti da rendere consultabili nelle banche dati²²; dall'altro, ed è questo l'uso più problematico che può farsi di questo puntente strumento, può fungere da supporto all'attività giurisdizionale, consentendo di riassumere gli atti di parte, o redigendo modelli di provvedimento sulla base di una banca dati predefinita, magari dello stesso giudice che usa lo strumento; con il *caveat*, in quest'ultimo caso, che lo sfruttamento dell'IA non può mai implicare il ricorso alla giustizia predittiva.

All'interprete appare immediatamente evidente l'incertezza della terminologia normativa utilizzata, sicché, per individuare gli attuali ambiti dell'IA nel processo, può risultare proficuo dare conto delle sperimentazioni in corso sull'utilizzo di questo strumento, in parte iniziate

²⁰ Servizio studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, Dossier A.S. n. 1146-B, cit., p. 54.

²¹ È il disposto dell'art. 17 della più volte citata l. 23 settembre 2025, n. 132.

²² Si tratta di un'attività che rientra fra quelle non ad alto rischio, per espressa previsione del Considerando n. 61 al Regolamento.

anche prima delle fonti normative esaminate. La scelta delle istituzioni italiane di consentire l'uso dell'IA in via provvisoria è coerente con gli atti di indirizzo degli organismi sovranazionali: il punto VII del paragrafo n. 92 del parere n. 26 del Consiglio Consultivo dei Giudici Europei²³, tenendo conto che la corretta valutazione dell'effetto della tecnologia potrebbe non essere possibile prima dell'utilizzo della medesima, suggerisce di avvalersi di "prove pilota", propedeutiche ad una scelta consapevole sul grado di integrazione dell'innovazione tecnologica nell'attività umana.

La prima sperimentazione del conferimento ai giudici di un'intelligenza artificiale da impiegare nella giurisdizione si deve alla piattaforma di Microsoft 365 CoPilot. L'IA in questione è già integrata nel pacchetto Office del dominio giustizia, fornito dal Ministero della Giustizia a tutti i magistrati. Un apposito documento tecnico di Microsoft garantisce la conformità di CoPilot alla normativa in tema di AI, oltre che ai regolamenti in tema di privacy, sicurezza, e protezione dei dati dell'amministrazione della giustizia. La versione avanzata, utilizzabile a fini giurisdizionali, però, è fornita ai soli magistrati coinvolti nei programmi di sperimentazione autorizzati dal Ministero, sotto la sua supervisione e per soli fini di studio del fascicolo e attività organizzative: in ossequio ai principi sopra esposti, al giudice è consentito di avvalersi dell'IA per studiare le fonti dottrinali e giurisprudenziali che lo possano condurre alla decisione corretta, non per adottare la medesima. La sperimentazione è stata inizialmente attivata per un numero limitato di utenti direttamente dalle strutture centrali, tra cui i dirigenti di tutti gli uffici giudiziari, i magistrati incaricati del compito di referenti per l'informatica sul territorio, i formatori decentrati e altri magistrati individuati sulla base di iniziative di sperimentazione concordate, presso gli uffici di Perugia, Catania, Milano, Bologna e Napoli, ed è stata accompagnata da sessioni di formazione sul consapevole utilizzo dell'applicativo con l'ausilio di un pool di magistrati facilitatori²⁴. Bisogna considerare che alla data di entrata in vigore dell'*AI Act*, fissata per agosto 2026, l'amministrazione della giustizia, in quanto settore in linea di principio ad alto rischio, potrà fornire solo sistemi di IA che abbiano ottenuto una valutazione positiva di conformità agli standard UE, con conseguente iscrizione nel registro tenuto dall'Unione²⁵. Il legislatore europeo, quindi, ha voluto evitare di gravare i magistrati dell'onere di verificare la sussistenza nel sistema IA utilizzato dei requisiti previsti dalla normativa, prevedendo una marcatura istituzionale dei sistemi impiegabili nei settori ad alto rischio, come quello della giustizia.

²³ Si tratta di altro organo in seno al Consiglio d'Europa; il parere citato è rinvenibile al link <https://rm.coe.int/ccje-opinion-no-26-2023-final/1680adade7>.

²⁴ Atti del Convegno Giustizia 4.0., tenutosi il 4 ottobre 2025, reperibili in formato video su <https://www.digitalizzazione.capri.com/>.

²⁵ È il disposto dell'art. 49 del Reg. UE 1689/2024.

Nella Relazione sull'amministrazione della giustizia relativa al 2024²⁶, peraltro, il Ministro della Giustizia ha menzionato varie altre applicazioni dell'IA già consentite o in corso di sperimentazione nel settore. Tra esse, un ruolo di primo piano è attribuito al progetto *DataLake* Giustizia, realizzato nell'ambito del PNRR: esso costituisce l'infrastruttura centrale di raccolta e gestione unificata dei dati del Ministero, progettata per integrare in modo dinamico e interoperabile le informazioni provenienti da tutte le banche dati giudiziarie e amministrative²⁷. Si tratta, in altre parole, di un innovativo sistema di gestione dei dati, che non vengono immagazzinati in un numero chiuso e predefinito (come nel tradizionale *Datawarehouse*), ma selezionati dalla ricerca stessa, attingendo a tutte le informazioni disponibili, a prescindere dalla loro fonte. L'integrazione dell'intelligenza artificiale nella selezione dei dati da studiare appare del tutto conforme alla normativa unionale e nazionale per cui padrone del processo decisionale deve rimanere il giudice.

È poi stato introdotto un apposito sistema di IA per l'anonimizzazione automatica delle sentenze civili e penali: ne è conseguita la diffusione per tutti i cittadini e per gli operatori del settore di una banca dati della giurisprudenza di merito; solo nella versione riservata per i magistrati, poi, è presente un *chatbot*, progettato per non generare risposte infondate e per fornire sempre la fonte dell'*output*²⁸.

I programmi da ultimo citati rappresentano una diretta applicazione del Regolamento europeo: da un lato, la selezione di riferimenti normativi e giurisprudenziali all'interno di banche dati predefinite può integrare senz'altro quel "compito procedurale limitato" o quel "compito preparatorio per una valutazione" che, ai sensi dell'art. 6 dell'*AI Act*, escludono la qualificazione dell'attività giudiziaria come settore ad alto rischio; pertanto, queste attività potranno essere delegate all'algoritmo anche senza l'adozione di quelle cautele imposte dal diritto UE; d'altro lato, come già detto, l'anonimizzazione dei provvedimenti è esemplificativamente indicata dal Considerando n. 61 del Regolamento come impiego "non rischioso" dell'IA.

Bisogna constatare, però, che al di fuori di queste ipotesi, è precluso al giudice impiegare l'intelligenza artificiale nella propria attività, quanto meno con riferimento all'interpretazione della legge e dei fatti. Pertanto, deve ritenersi interdetto l'uso di CoPilot ai giudici non compresi nella sperimentazione, e da stigmatizzare è il ricorso a diverse intelligenze artificiali: i meccanismi non forniti dal Ministero, ancor più dell'IA istituzionale che pure ha una propria fisiologica fallacia, possono correre il duplice rischio di fornire informazioni errate (c.d.

²⁶ La Relazione è consultabile al link https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/relazione_su_amministrazione_giustizia.

²⁷ S. SILVESTRI, *Giustizia digitale e giudizio. La lunga strada dell'innovazione alla prova della Costituzione*, in *Questione giustizia*, 13 ottobre 2022.

²⁸ Atti del corso P24016, del 15 marzo 2024, presso la Scuola Superiore della Magistratura; si v. anche la relazione di P. ABBRITTI presso l'Università degli Studi di Perugia, del 2 aprile 2025, di cui al link https://giurisprudenza.unipg.it/files/intelligenza_artificiale_e_processo_penale_2_aprile_2025_-_dott._abbritti.pdf.

allucinazioni), eventualmente gravate dai *bias* tipici delle IA, o accondiscendenti rispetto al *deployer* (c.d. *sycophancies*), e di causare la trasmissione non autorizzata di dati personali ad altri soggetti privati, eventualmente anche extra UE, in violazione della *privacy* dei soggetti coinvolti nei procedimenti.

4. Prospettive future e conclusioni

Dal quadro descritto risulta evidente che l'impiego dell'intelligenza artificiale nel processo civile rappresenta un terreno per lo più inesplorato; anche all'indomani della normativa europea e nazionale, si è comunque in una fase interinale dell'integrazione dell'intelligenza artificiale nella macchina giustizia: il Regolamento UE, infatti, non è ancora entrato in vigore, e presupporrà un rigoroso *screening* dei sistemi IA attualmente usati; la legge italiana, invece, richiederà decreti attuativi.

In questa fase interinale, l'impiego di CoPilot nella giustizia è stato notevolmente ampliato: raccogliendo l'invito del Consiglio Superiore della Magistratura, che aveva di recente auspicato l'estensione della sperimentazione ai magistrati che ne facessero richiesta²⁹, è stato consentito a tutti i magistrati ordinari di partecipare alla sperimentazione, sia pure con un approccio dichiaratamente prudente e funzionale. L'impiego di strumenti di intelligenza artificiale generativa in via sperimentale è, infatti, circoscritto al supporto dell'organizzazione del lavoro e della produttività individuale del magistrato, senza alcuna interferenza sugli aspetti decisorii, valutativi o motivazionali della funzione giurisdizionale, che restano integralmente affidati alla responsabilità personale del giudice. La sperimentazione ha dunque una finalità essenzialmente conoscitiva: consentire agli operatori di comprendere direttamente potenzialità e limiti di tali strumenti, in un quadro di rigorose misure di sicurezza, protezione dei dati e tracciabilità degli utilizzi, e di maturare scelte consapevoli, sulla scorta della considerazione empirica che gli altri attori del processo già si avvalgono della tecnologia, e i magistrati non possono ignorarla³⁰.

Del resto, nella delibera citata, il CSM aveva affrontato il portato dell'art. 6 par. 3 dell'*AI Act*, in tema di attività che, pur collocate nell'alveo della giustizia, non rappresentino settore ad alto rischio, arrivando all'interessante conclusione che la ricerca su banche dati giurisprudenziali, ove selezioni automaticamente la giurisprudenza "più rilevante", configuri attività ad alto rischio; ciò potrebbe comportare la necessità di applicare le cautele fissate dal Regolamento per i sistemi in corso di sperimentazione, con particolare riferimento al citato *DataLake*.

²⁹ *Raccomandazioni sull'uso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia*, deliberate dalla VII Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura in data 8 ottobre 2025.

³⁰ Sul punto, v. il provvedimento di avvio della sperimentazione pubblicato sul Portale dei Servizi Telematici del Ministero della Giustizia: https://pst.giustizia.it/PST/page/it/presentazione_webinar_sperimentazione_copilot_260126?contentId=NWS4548&modelId=4.

Si può quindi sin da ora affermare che gli sviluppi attesi riguardano, in particolare, l'impiego di strumenti avanzati di supporto alla ricerca giurisprudenziale, che forniscano un quadro di *output* completo senza lasciare alla tecnologia la scelta dei risultati rilevanti.

Una sperimentazione tal fatta, applicata sia alle banche dati della Corte di cassazione sia alla banca dati della giurisprudenza di merito, realizzata dal Ministero della giustizia nell'ambito delle misure attuative del PNRR, senza alcuna incidenza sui profili valutativi e decisorii della funzione giurisdizionale³¹, non dovrebbe scontrarsi con il portato delle norme europee. Va in ogni caso richiamato il monito del CSM che invita il Ministero ad anticiparsi ed a realizzare quanto prima un sistema proprietario o comunque domestico di IA, che possa ricevere la valutazione positiva prescritta dalla norma UE, anche alla luce dei risultati delle citate sperimentazioni in corso (considerazione che deve, tuttavia, necessariamente confrontarsi con il cd. *gap* tecnologico che emerge dalla circostanza che le tecnologie di AI sono collocate attualmente in altri paesi (USA e Cina su tutti) diversi dall'Europa).

Al di là delle considerazioni del Consiglio Superiore, è quanto mai complesso interrogarsi sui margini di applicazione che potrà avere l'IA nella giustizia.

Sarebbe probabilmente congruo estendere agli Addetti all'Ufficio del Processo l'utilizzo dei sistemi di IA, posto che le funzioni loro affidate dalla normativa istitutiva (studio dei fascicoli, supporto al giudice in attività pratico-materiali, controllo della pendenza di istanze o richieste, approfondimento giurisprudenziale, et cetera) rientrano nei settori a rischio non alto ai sensi dell'art. 6 par. 3 del Regolamento, ancorché per la redazione di bozze di decisioni la proposta potrebbe scontrarsi con i divieti regolamentari e legislativi.

Certamente l'IA può da subito consentire una celere verifica dei limiti dimensionali degli atti del processo fissati dal D.M. 7 agosto 2023, n. 110, fungendo da ausilio sia per il giudice che per l'avvocato.

In conclusione, nella consapevolezza che la fase attuale è necessariamente transitoria, può senz'altro apprezzarsi che la comunità giuridica europea abbia accolto le sollecitazioni dell'IA; è lodevole, poi, che all'entusiasmo già da anni manifestato dalla letteratura, anche internazionale³², abbia fatto da *pendant* una normativa, sia pure per ora soltanto di cornice, sufficientemente consapevole dei rischi che l'IA porta con sé.

È superfluo riproporre il discorso sul necessario bilanciamento fra opportunità e pericoli dell'intelligenza artificiale, sicché forse è più stimolante concludere con una riflessione diversa: nella regolamentazione dell'IA, nonostante l'utilità delle clausole generali, deve tenersi conto della grandissima diversità che intercorre fra le attività del sistema processuale; un conto è

³¹ La Banca dati di merito, realizzata con il finanziamento PON governance 2014-2020 (React Eu) e aperta a tutti i cittadini, è accessibile dal portale pstgiustizia.it e contiene, disponibili per la ricerca e la consultazione, i provvedimenti civili (sentenze, decreti e ordinanze) provenienti dal Sistema Informatico del Settore Civile (SICI) dal 01/01/2016 ad oggi, con esclusione dei provvedimenti relativi a famiglia, minori e stato persona.

³² R. SUSSKIND, *Online Courts and the future of justice*, Oxford, 2021, p. 263.

l'organizzazione del calendario delle udienze, un altro la ricerca nelle banche dati, ed un altro ancora la decisione e la redazione dei provvedimenti; il successo dell'IA nel processo potrebbe dipendere, allora, dalla sapienza con cui si distingueranno le attività dell'amministrazione della giustizia che comportano realmente un alto rischio ai sensi dell'art. 6 del Regolamento. Mentre per esse, su tutte la decisione del merito, è imprescindibile che la sovranità rimanga al giudice, è auspicabile che per le attività routinarie ed automatizzabili la comprensibile preoccupazione verso l'IA non conduca il regolatore a vanificare l'utilità dello strumento con eccessivi limiti al suo impiego.

Claudio de Falco
Dottorando



FRANCESCO CAPASSO

Sulla compatibilità della disciplina italiana delle spese processuali con le *Model European Rules of Civil Procedure*

Il contributo si interroga sulla compatibilità della disciplina italiana delle spese processuali civili con le *Model European Rules of Civil Procedure* al fine di stabilire se le eventuali difformità riscontrate debbano indurre un ripensamento della normativa nazionale o, al contrario, meritino di essere conservate.

The paper focuses on the compatibility of Italian civil procedural costs regulations with the *Model European Rules of Civil Procedure* in order to evaluate whether any discrepancies identified should lead to a rethinking of national legislation or, instead, should be maintained.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Regolazione delle spese – 3. *Security for costs* – 4. *Legal aid* – 5. *Third-party litigation funding* e *success fee arrangements* – 6. La disciplina delle spese nei procedimenti collettivi – 7. Conclusioni

1. Introduzione

Sulla scia dei *Principles of Transnational Civil Procedure* del 2004¹, attraverso gli sforzi congiunti dell'*European Law Institute* (ELI) e dell'*International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), nel 2020 viene pubblicato il testo delle *Model European Rules of Civil Procedure*, che si presenta come progetto di armonizzazione volto a definire delle regole comuni della procedura civile nel contesto europeo ai fini di una loro eventuale implementazione da parte dei legislatori nazionali².

L'iniziativa si inserisce nell'ambito di una progressiva tendenza all'avvicinamento delle legislazioni statali in materia processuale, del resto incentivata dal sempre più pervasivo ruolo dell'Unione Europea: basti pensare, in tempi recenti³, alla dir. 2020/1828/UE (c.d. *Representative Actions Directive* – RAD) sulle azioni rappresentative consumeristiche, il cui recepimento – mentre in alcuni Paesi, come la Francia, è stato occasione per rivedere l'intera

¹ ALI – UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, 2004, in <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>.

² ELI – UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure. Consolidated draft*, 2020, in <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules/>, p. 1 ss.; R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2022, p. 720; X. KRAMER, *The ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure: Key Features and Prospects of Costs and Funding of Collective Redress*, in S. AMRANI MEKKI - T. CLAY (eds.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadet*, Paris, 2023, p. 828.

³ È possibile richiamare anche la dir. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e la dir. 2014/104/UE sulla violazione delle norme di diritto della concorrenza.

materia delle azioni collettive⁴ – in Italia, che si era già autonomamente munita di una disciplina generale sul tema a seguito della l. 12 aprile 2019, n. 31, ha condotto a degli innesti puntuali rispetto all’impianto disegnato dalle previsioni di cui agli artt. 840-bis ss. c.p.c., attraverso l’introduzione all’interno del Codice del consumo dei nuovi artt. 140-ter ss.⁵

Stante l’ambizione delle *Rules* di porsi quali codice-modello, non stupisce che le stesse dedichino un apposito capo – la parte XII – alle spese processuali; capo che tuttavia si articola in una assai concisa serie di formulazioni di principio. Le *Rules*, infatti, pur cercando di garantire la maggiore specificità possibile, in materia di costi abbandonano, più che nelle altre partizioni, la pretesa ad una regolamentazione di dettaglio⁶, preferendo che siano i singoli Stati a occuparsi, nel rispetto delle linee guida fornite, della fissazione di norme puntuali, in considerazione del tecnicismo delle questioni sollevate e delle differenti tradizioni giuridiche nazionali, legate anche a scelte di natura politica quanto al grado di finanziamento pubblico del sistema giudiziario e all’organizzazione delle professioni legali⁷. Di qui l’opportunità di valutare se la disciplina italiana sulle spese risulti già compatibile con quelle che sono riconosciute come le *best practices* a livello europeo o se le eventuali differenze riscontrate debbano indurre un ripensamento della disciplina nazionale (o, al contrario, meritino di essere conservate).

2. Regolazione delle spese

Rispetto al tema della regolazione delle spese, le *Rules* appaiono in gran parte informate ai medesimi principi cui si ispira l’ordinamento domestico.

⁴ V. loi n. 2025-391 del 30 aprile 2025; J.-D. PELLIER, *Regard sur la nouvelle action de groupe à la lumière du droit de la consommation*, in *Revue des contrats*, 3, 2025, p. 90 ss.

⁵ Sulle nuove azioni rappresentative consumeristiche v. F. AULETTA, *L’azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 6, 2022, p. 1670 ss.; E. CAMILLERI, *L’azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall’arrêt Respsol*, ivi, 2024, p. 437 ss., spec. 448.; G. MAZZEI, *Azione rappresentativa europea e società digitale. Un’analisi comparativa*, in A. PALMIERI – F. ALTAMURA (a cura di), *Class action e meccanismi di tutela collettiva*, Torino, 2023, p. 10; G. DE CRISTOFARO, *Azioni “rappresentative” e tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2022, p. 1010 ss.; *Id.*, *Le azioni rappresentative di cui agli artt. 140-ter ss. C. Cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840-bis ss. c.p.c.*, ivi, 1, 2024, p. 1 ss.; A. IANDOLI, *La Class action consumeristica: il nuovo ventaglio di tutele offerto dalla direttiva n. 2020/1828 si innesta sulle orme della legge n. 31/2019*, in *Judicium online*, 1° ottobre 2024; A. GIUSSANI, *Considerazioni sul rapporto fra le azioni collettive del codice di rito e quelle del codice del consumo dopo il d.lgs. n. 28 del 2023*, in *Jus*, 3, 2023, p. 453 ss.; *Id.*, *L’azione rappresentativa nel d.lgs. n. 28 del 2023*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, 2ª ed., Ospedaletto, 2024, p. 279 ss.; M. MARTINO, *Sulla difficile convivenza tra le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e le azioni collettive ex artt. 840-bis e ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2024, p. 1222 ss.

⁶ X. KRAMER, *The ELI-Unidroit Model*, cit., p. 829 e 833; E. STORSKRUBB, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, in M. DE BENITO (ed.), *Colloquies on European Civil Procedure. Exploring the ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, Leiden – Boston, 2025, p. 159.

⁷ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 7 e 411 ss.

Il primo dato che emerge è che il sistema di allocazione delle spese individuato come modello da seguire a livello europeo è quello risultante dall'applicazione della c.d. *British rule*⁸, ossia il principio *victus victori*, in base al quale le spese processuali devono essere rimborsate al vincitore.

Ciò è reso evidente dalla Rule 239(1) ove si prevede che il giudice deve determinare «*which party is required to reimburse the other party or parties' costs of the proceedings*»⁹. Viene così ripudiata – almeno in via di principio, essendo ammessi alcuni temperamenti – l'opposta *American rule* (tipica del contesto nordamericano), la quale comporta, invece, che ciascuna parte si faccia carico esclusivamente dei propri costi, senza possibilità di recupero¹⁰. La regolazione delle spese deve essere effettuata dal giudice con il provvedimento (di rito o di merito) con cui chiude un grado del procedimento: rinviando questa determinazione al momento conclusivo del giudizio si mira, in primo luogo, a consentire al giusdicente di operare una valutazione complessiva della vicenda procedimentale svoltasi dinanzi a sé e, secondariamente, a garantire la massima semplificazione, superando il sistema, seguito da alcuni Stati europei (come la Svizzera), di associare alle diverse fasi processuali distinte decisioni sulle spese¹¹. Ove invece i litiganti raggiungano un accordo transattivo, in base alla Rule 239(2), le spese restano a carico delle parti che le hanno anticipate. In ogni caso, tanto nell'ipotesi di regolazione giudiziale delle spese che in quella di conclusione di un *settlement*,

⁸ Così chiamata per ragioni storiche, ma che in realtà è seguita dalla maggior parte dei sistemi giuridici occidentali: A. WIENER KATZ - C.W. SANCHIRICO, *Fee shifting*, in C.W. SANCHIRICO (ed.), *Procedural Law and Economics*, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 271.

⁹ La regola del rimborso delle spese sottintende implicitamente l'accoglimento della regola dell'anticipazione delle stesse da parte di ciascuno dei litiganti, come si evince anche da altre parti delle *Rules* [v. ad es. la Rule 125(1) in tema di consulenza tecnica].

¹⁰ Negli ordinamenti in cui vige l'*American rule*, il valore della controversia assume un'importanza centrale al fine di valutare la convenienza dell'azione in giudizio, essendo evidente che, ove gli oneri economici (che non sono recuperabili) appaiano – già in base ad una previsione iniziale – maggiori rispetto a quanto prospetticamente realizzabile (come tipicamente avviene nei casi di danni diffusi nelle azioni di classe), l'operazione non risulterebbe vantaggiosa. Ove, all'opposto, si segua la *British rule*, l'azione in giudizio non sarà direttamente condizionata dall'entità del *disputatum*, in quanto le spese, quand'anche di importo superiore all'equivalente monetario del diritto per cui si agisce, sono destinate ad essere rimborsate al vincitore. Entrambi i modelli presentano dei *pro* e dei *contra*. La condanna alla rifusione, alla base della *British rule*, va senz'altro a beneficio del litigante che ha ragione, evitando che su colui che ha visto riconosciuto il proprio diritto finiscano per gravare delle spese che non avrebbe dovuto sostenere se quello stesso diritto fosse stato soddisfatto senza l'instaurazione del processo e che, se fossero poste a suo carico, si risolverebbero di fatto in una decurtazione di quanto giudizialmente accertato (G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, 1901, p. 160). Benché si possa essere indotti a ritenere che questo costituisca il modello maggiormente rispondente al principio di effettività della tutela, occorre considerare che, siccome l'esito del giudizio sarà noto solo alla sua conclusione, l'indicata regola allocativa può all'opposto costituire una remora all'azione nei casi in cui il segno della futura decisione risulti oggettivamente incerto, in quanto la parte dovrà mettere in conto il rischio di dover far fronte, in caso di soccombenza, anche alle spese dell'avversario. In questa prospettiva, l'*American rule*, mitigando le conseguenze negative per l'eventualità di un risultato infausto, può incoraggiare il promovimento dell'azione, il che però, come detto, viene controbilanciato da un trattamento meno favorevole nell'ipotesi di successo e da un disincentivo degli *small claims*.

¹¹ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 414.

viene fatta salva la diversa volontà delle parti, le quali sono abilitate a concordare di risolvere le questioni relative ai *costs* nel modo che ritengono più opportuno, con determinazione vincolante per il giudice.

Come anticipato, si tratta complessivamente di un regime già seguito dalla disciplina italiana, che, da un lato, accoglie il principio *victus victori*, ricollegando la decisione sulle spese alla sentenza definitiva (art. 91 c.p.c.) o comunque al diverso provvedimento che chiude il procedimento davanti al giudice (v. ad es. artt. 669-*septies*, co. 2, e 840-*ter*, co. 8, c.p.c.) e che, dall'altro, prevede la compensazione delle spese in caso di conciliazione (art. 92, co. 3, c.p.c.), salva in ogni caso la diversa volontà delle parti¹².

Criterio cardine da seguire ai fini dell'individuazione della parte tenuta a rifondere le spese dell'altra è quello della soccombenza, dovendo il giusdicente considerare primariamente la misura in cui le richieste delle parti siano state accolte rispetto a quanto dalle stesse domandato [Rule 241(1)]¹³.

Il medesimo principio è sancito in Italia dall'art. 91 c.p.c. ed è preso in considerazione, rispetto all'ipotesi di soccombenza reciproca, dall'art. 92, co. 2, c.p.c. ai fini della compensazione (totale o parziale) delle spese¹⁴.

Tuttavia, le Sezioni Unite, operando un discutibile distinguo, hanno ritenuto che, ai fini del riparto delle spese, la soccombenza reciproca è configurabile solo in presenza di una pluralità di domande contrapposte avanzate dalle diverse parti oppure in caso di parziale accoglimento di un'unica domanda articolata in più capi, laddove l'accoglimento in misura ridotta di una domanda articolata in un unico capo costituirebbe un'ipotesi di soccombenza del solo convenuto, che, oltre a non poter comportare la condanna alle spese dell'attore, non consentirebbe neppure di procedere alla compensazione totale o parziale, salvo che ricorrano gli altri presupposti previsti dall'art. 92, co. 2, c.p.c.¹⁵ La S.C. giustifica la sua conclusione, da

¹² La diversa volontà delle parti è fatta espressamente salva dall'art. 92, co. 3, c.p.c. con riferimento alla conciliazione, ma si ritiene che la stessa soluzione valga anche rispetto alla condanna ex art. 91 c.p.c. (v. ad es. Cass. 22 ottobre 2007, n. 22106, secondo cui la condanna alle spese di lite, pronuncia accessoria e consequenziale alla definizione del giudizio, può esser emessa a carico della parte soccombente anche d'ufficio e in difetto di esplicita richiesta della parte vittoriosa, a meno che vi sia un'espressa volontà contraria di quest'ultima che ne chieda la compensazione).

¹³ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 419 ss.

¹⁴ Si ritiene che in caso di compensazione parziale per soccombenza reciproca, la parte alla quale imputare il pagamento del residuo vada individuata in quella prevalentemente soccombente (Cass., 24 aprile 2018, n. 10113; Cass., 22 febbraio 2016, n. 3438). L'art. 92, co. 2, c.p.c. non impone al giudice, per il caso di soccombenza reciproca, di disporre la compensazione delle spese seguendo la stessa proporzione della misura dell'accoglimento delle pretese delle parti. Più analitica si mostra sul punto la disciplina dettata per l'arbitrato in materia di contratti pubblici, in base alla quale «[s]alvo quanto previsto dall'articolo 92, secondo comma, del codice di procedura civile, il collegio arbitrale, se accoglie parzialmente la domanda, compensa le spese del giudizio in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento» (art. 1, co. 5, All. V.1 al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

¹⁵ Cass., sez. un., 31 ottobre 2022, n. 32061, in *Giur. it.*, 5, 2023, p. 1072 ss. con nota di M. LUPANO, *Dalle Sezioni Unite passi indietro in tema di soccombenza reciproca* e in *Riv. dir. proc.*, 3, 2023, p. 1280 ss. con nota di A. PERIN, *Condanna al pagamento delle spese processuali in caso di accoglimento parziale della domanda (in difesa del principio di causalità)*.

un lato, «in considerazione della valenza semantica generalmente attribuita all'aggettivo "reciproca", la cui utilizzazione da parte del legislatore evoc[herebbe] una pluralità di azioni rivolte in direzione opposta tra i medesimi soggetti» e, dall'altro, «in ragione della difficoltà di accomunare, sotto il profilo concettuale, la soccombenza che giustifica la condanna alle spese a quella che legittima la parte all'impugnazione della decisione», ritenendo che, mentre la prima sarebbe da valutarsi secondo l'«esito complessivo della lite» in conclusione dell'ultimo grado di giudizio («senza che rilevi che in qualche grado o fase del giudizio la parte poi definitivamente soccombente abbia conseguito un esito ad essa favorevole»), la seconda consentirebbe di attribuire rilevanza al rigetto pronunciato nel grado precedente in relazione a semplici questioni. Tuttavia, nessuno dei due argomenti appare persuasivo: con riferimento al primo, innanzitutto la legge non richiede ai fini dell'art. 92, co. 2, c.p.c. la proposizione di domande contrapposte poiché testualmente ricollega la reciprocità alla soccombenza e non alle iniziative dei litiganti e, secondariamente, non si comprende il motivo per cui la S.C. finisce per ricondurre a questa fattispecie il caso dell'accoglimento di alcuni dei capi in cui si articola una domanda e non anche l'ipotesi di accoglimento parziale della domanda articolata in un unico capo, sfociando la descritta operazione in un distinguo che risulta del tutto arbitrario e non giustificato¹⁶; rispetto al secondo argomento, va rivendicata l'unitarietà del concetto di soccombenza, valido sia in tema di spese che in materia di impugnazione, essendo illogico e contraddittorio, da un lato, affermare che l'attore (che abbia visto accogliere in misura ridotta la propria domanda articolata in un unico capo) non sia soccombente ai fini del riparto delle spese e, dall'altro, riconoscergli il diritto di impugnare la decisione rispetto alla parte non accolta della sua pretesa (evidentemente considerandolo soccombente rispetto a questa porzione)¹⁷. Infine, non vale richiamare il fatto che il carico definitivo delle spese sarà stabilito all'esito finale della lite poiché ciò non toglie che la soccombenza (quale presupposto generale della condanna alle spese e condizione dell'impugnazione) vada valutata di volta in volta con riferimento ad ogni singolo grado del giudizio: la S.C. sembra, cioè, confondere il *posterius* dell'impugnazione con il *prius* della stessa¹⁸.

¹⁶ V. anche M. LUPANO, *Dalle Sezioni Unite passi indietro*, cit., p. 1078 il quale ravvisa nell'accoglimento della domanda in misura ridotta un'ipotesi di soccombenza reciproca, senza distinguere in base alla presenza o meno di un'articolazione in capi diversi.

¹⁷ Cfr. A. PERIN, *Condanna al pagamento*, cit., p. 1290 ss. e spec. 1295 s., ove l'A. afferma che «[l]a parte attrice che si è vista accogliere soltanto alcuni capi dell'unica domanda o si è vista ridurre dal giudice una parte della domanda è parzialmente vittoriosa (per i capi e/o parte di domanda accolti) e al tempo stesso parzialmente soccombente (per i capi e/o parte di domanda non accolti); parimenti anche il convenuto è parzialmente «soccombente», perché egli ha, comunque, visto disattesa la sua resistenza, ancorché solo in parte. Riprova di questo meccanismo è nel fatto che sia l'attore sia il convenuto possono impugnare la sentenza – a condizione che sussista anche l'interesse – proprio perché entrambi sono risultati parzialmente soccombenti».

¹⁸ Del resto, lo stesso ragionamento può farsi, oltre che per le spese, anche per tutti gli altri capi della sentenza: è infatti ovvio che all'esito dell'ultimo grado di giudizio si stabilisca definitivamente chi sia nel torto e chi sia nella ragione, a nulla rilevando l'esito eventualmente difforme dei gradi precedenti.

Proseguendo nella disanima delle *Rules*, va comunque sottolineato che queste ultime, pur riconoscendo che i costi processuali e la loro possibilità di recupero rappresentino dei fattori chiave nella determinazione della condotta delle parti (quanto alle valutazioni di convenienza relative all'instaurazione di un procedimento, alla difesa in giudizio e alla conclusione di accordi transattivi)¹⁹, alla fine optano per un disegno che attribuisce ampia discrezionalità all'organo giudicante, nella convinzione che quello proposto costituisca il modello più adatto per tener conto delle peculiarità delle fattispecie concrete e per rendere giustizia nei singoli casi²⁰.

Opera, infatti, un criterio sussidiario: il giudice, oltre alla soccombenza, nel regolare le spese può tenere conto anche del comportamento delle parti, valutando in particolare se e in che misura «*they acted in good faith and contributed to the fair, efficient and speedy resolution of the dispute*» [Rule 241(2)], in linea con il principio di cooperazione di cui alle Rules 2 ss.²¹ Viene in rilievo, in particolare, il caso in cui la parte soccombente abbia esercitato l'azione o resistito alla stessa in buona fede, cioè nella ragionevole convinzione della fondatezza delle proprie pretese, ove la controversia fosse obiettivamente complessa e la sconfitta sia stata determinata da fattori non prevedibili (come un mutamento della giurisprudenza), nel qual caso appare giustificabile una riduzione o, addirittura, un'esclusione del *recovery* dei costi della parte vittoriosa. Specularmente, anche una condotta scorretta o dilatoria tenuta dal vincitore può riflettersi sulla misura del *cost order* pronunciato a suo favore²².

Anche tali previsioni sembrerebbero perfettamente in linea con il sistema domestico, ma il punto merita qualche precisazione.

Con riferimento alla seconda delle ipotesi richiamate, la soluzione accolta dalle *Rules* trova effettivamente conferma nella previsione dell'art. 92, co. 1, c.p.c., in forza del quale il giudice «può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; e può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa ha causato all'altra parte».

Una differenza quantitativa, più che qualitativa, si riscontra invece con riferimento alla compensazione delle spese per "soccombenza incolpevole". Come noto, accanto all'ipotesi di soccombenza reciproca (prevista fin dall'originaria formulazione della norma), il legislatore, onde circoscrivere la discrezionalità del giudice, era intervenuto sull'art. 92, co. 2, c.p.c.²³,

¹⁹ V. sul punto A. HENKE, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, cit., p. 157 ss., che evidenzia anche il legame delle norme sulla determinazione e sulla ripartizione delle spese legali con il diritto fondamentale di accesso alla giustizia.

²⁰ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 413.

²¹ X. KRAMER, *The ELI-Unidroit Model*, cit., p. 833.

²² ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 421.

²³ V. da ultimo l'art. 13, co. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv., con mod., in l. 10 novembre 2014, n. 162, che ha sostituito il riferimento prima previsto a «gravi ed eccezionali ragioni».

limitando questo tipo di compensazione ai soli casi di assoluta novità della questione trattata e di mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti. Tuttavia, la Consulta nel 2018²⁴, pur richiamando l'insegnamento chiovendiano²⁵, ha confermato che la ripetizione delle spese non sia «indefettibilmente coesenziale alla tutela giurisdizionale»²⁶, potendo il principio *victus victori* subire delle deroghe in presenza di elementi che le giustifichino: ha così ritenuto la disposizione contrastante, da un lato, con il principio di ragionevolezza e di eguaglianza (art. 3, co. 1, Cost.), per essere state escluse dalla modifica legislativa del 2014 analoghe ipotesi di sopravvenienze e di assoluta incertezza che presentassero la stessa, o maggiore, gravità ed eccezionalità di quelle tipiche espressamente previste, e, dall'altro, con il principio del giusto processo (art. 111, co. 1, Cost.) e con il diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, co. 1, Cost.) perché la prospettiva della condanna al pagamento delle spese di lite anche in qualsiasi situazione del tutto imprevedibile ed imprevedibile per la parte che agisce o resiste in giudizio può costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti. Di conseguenza, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 92, co. 2, c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni. A tal fine, secondo la Consulta, occorre che l'esito della lite sia risultato imprevedibile per effetto di un «sopravvenuto mutamento del quadro di riferimento della causa» non «ascrivibile alla condotta processuale delle parti» o di una situazione di «assoluta incertezza, in fatto o in diritto, della lite», essendo questa la *ratio* delle ipotesi tipiche introdotte nel 2014 rispetto alle quali operare l'analogia (ad es. modifica retroattiva della norma sostanziale applicabile). Nella stessa occasione, la Corte ha tuttavia precisato che tali ragioni devono pur sempre avere carattere oggettivo e riguardare la materia del contendere; non possono invece dipendere – stante il principio di parità delle armi – dalla personale qualità di una delle parti, qualità che acquisiscono rilevanza, ai fini della compensazione delle spese, solo nei casi in cui il legislatore lo ha espressamente previsto per ribilanciare una situazione di squilibrio (v., ad es., l'ipotesi speciale di cui all'art. 152, primo periodo, disp. att. c.p.c.). Alla luce di queste considerazioni, in Italia il potere discrezionale del giudice di disattendere la «regola generale» della soccombenza va

²⁴ Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77, con nota di R. DI GRAZIA, *Sulla compensazione delle spese giudiziali in caso di soccombenza totale*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2019, p. 257 ss. e di A. NASCOSI, *La Consulta amplia lo spazio della compensazione delle spese di lite*, in *NGCC*, 11, 2018 p. 1632 ss.) nella quale si legge,

²⁵ Nella sentenza 77/2018 si legge, in linea con il pensiero di Chiovenda – secondo cui il processo deve dare «tutto quello e proprio quello» che la parte avrebbe già dovuto conseguire (ben) prima e fuori dell'aula di giustizia (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913, p. 81) –, che «[l']alea del processo grava sulla parte soccombente perché è quella che ha dato causa alla lite non riconoscendo, o contrastando, il diritto della parte vittoriosa ovvero azionando una pretesa rivelatasi insussistente» sicché «[è] giusto, secondo un principio di responsabilità, che chi è risultato essere nel torto si faccia carico, di norma, anche delle spese di lite, delle quali invece debba essere ristorata la parte vittoriosa».

²⁶ Sul punto la Consulta richiama il precedente costituito da Corte cost., 2 aprile 1999, n. 117.

comunque inteso come circoscritto ad ipotesi limitate²⁷. Il margine di apprezzamento concesso al giudice nella sistematica delle *Rules* sembra, invece, maggiore; ma un ampliamento non pare auspicabile in quanto, diversamente dall'impostazione accolta dalle Regole Modello, è da ritenere che in materia di spese sia necessario garantire un quadro applicativo quanto più chiaro e dettagliato possibile, onde consentire di operare delle previsioni di massima capaci di orientare la valutazione dei costi-rischi/benefici della parte che intende rivolgersi al giudice o che decida di resistere alle pretese fatte valere in giudizio.

Per concludere l'esame dei criteri di riparto dei *costs*, sebbene le *Rules* non incorporino una disposizione analoga a quella dell'art. 91, co. 1, c.p.c. nella parte in cui esclude la rifusione a favore del litigante vittorioso delle spese maturate dopo la formulazione dell'eventuale proposta conciliativa nel caso in cui tale parte abbia ingiustificatamente rifiutato la proposta e la sentenza abbia accolto la sua pretesa in misura non superiore alla proposta medesima, si osserva che un simile comportamento sarebbe comunque valutabile dal giudice ove contrario alla buona fede ai sensi della Rule 241(2)²⁸.

Quanto alla portata del *recovery*, in base alle Regole modello la rifusione riguarda la generalità delle spese processuali, comprensive, in particolare, dei compensi dovuti ad avvocati, a consulenti tecnici di parte o d'ufficio, delle spese per notifica di atti e degli esborsi sostenuti per la preparazione del procedimento prima del suo inizio [Rule 240(1)(2)]. In ogni caso il rimborso è limitato alle sole spese ragionevoli e proporzionate che la parte ha sostenuto per lo svolgimento del procedimento, tenuto conto del valore della controversia, della natura e della complessità delle questioni e dell'importanza del caso per le parti [Rule 240(3)]²⁹. A tal fine, è consentita l'adozione da parte del singolo Stato di soglie legali massime per il recupero dei costi, purché esse siano conformi alle *Rules* [Rule 240(4)]³⁰.

Con riferimento a queste prescrizioni, in Italia vengono in rilievo – oltre al già menzionato art. 92, co. 1, c.p.c. quanto all'esclusione della ripetizione delle spese eccessive e superflue – le

²⁷ Nonostante l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 92, co. 2, c.p.c. conseguente alla declaratoria di illegittimità, la stessa sentenza 77/2018 continua ad attribuire in più punti al principio della soccombenza il valore di «regola generale», considerando come eccezioni i casi di compensazione, come risulta anche dalla necessità, ai fini dell'operatività della previsione in discorso, che siano integrate «gravi ed eccezionali ragioni» analoghe a quelle delle ipotesi tipizzate.

²⁸ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 422; E. STORSKRUBB, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, cit., p. 163 s.

²⁹ Cfr. X. KRAMER, *The ELI-Unidroit Model*, cit., p. 833, la quale rileva che la *Rule* in esame è espressione del principio di proporzionalità di cui alle *Rules* 5 ss.: in particolare, la *Rule* 8, oltre ai parametri evocati dalla *Rule* 240(3), fa riferimento anche all'interesse pubblico. Sulla fumosità dei concetti di ragionevolezza e di proporzionalità per il rischio di rendere difficilmente prevedibile la decisione sulle spese v. A. HENKE, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, cit., p. 162 s. In generale, sul principio di proporzionalità in materia processuale e sull'esigenza che esso non assuma, come parametro esclusivo di riferimento, il valore della controversia v. V. CAPASSO, *Il principio di proporzionalità e la «negative expected value suits» exception*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2025, p. 1403 ss.

³⁰ La previsione va intesa nel senso che le soglie legali massime dovranno pur sempre garantire il rispetto dei requisiti della ragionevolezza e della proporzionalità: cfr. E. STORSKRUBB, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, cit., p. 162.

previsioni di cui al d.m. 10 marzo 2014, n. 55 del Ministero della Giustizia, in base alle quali il compenso pattuito con l'avvocato, indipendentemente dall'ammontare, sarà rimborsabile alla parte vittoriosa nei limiti risultanti dall'applicazione dei parametri forensi fissati dal decreto medesimo (modificabili, entro certi limiti, in considerazione di alcuni fattori legati, tra l'altro, alla complessità delle questioni trattate: v. art. 4, d.m. 55/2014 - MiG)³¹, con la conseguenza che l'eccedenza non ripetibile resta a carico della parte che aveva effettuato l'anticipo³².

La Rule 242 si occupa infine dei rimedi esperibili avverso un'erronea decisione sulle spese. Si prevede che tale decisione possa essere impugnata in unica istanza per violazione delle prescrizioni in materia: la decisione sul gravame è vincolante e non può essere soggetta ad impugnazioni ulteriori.

A causa del limitato oggetto della Rule 242(2) – secondo cui l'impugnazione ivi prevista «*is limited to a review of whether the court exercised its discretion properly according to Rules*

³¹ La regola generale (art. 5, co. 1, d.m. 55/2014 - MiG) è quella secondo cui nella rifusione delle spese di lite a carico del soccombente, il valore della causa – in base alla quale viene individuato lo scaglione parametrico da seguire per la liquidazione dell'importo – è determinato a norma del Codice di procedura civile, e quindi in base alla domanda (c.d. *disputatum*). Tuttavia, nei giudizi per il pagamento di somme o liquidazione di danni, si ha riguardo «di norma» alla somma attribuita alla parte vincitrice e non a quella domandata (c.d. *decisum*). La *ratio* di tale previsione è quella di scongiurare il rischio di una quantificazione spropositata dell'importo preteso, fatta al solo scopo di far lievitare le spese di lite da conseguire in caso di vittoria. La giurisprudenza ha però individuato un'eccezione all'applicazione del criterio del *decisum* nell'ipotesi di integrale rigetto della domanda di parte attrice: in questa evenienza, in assenza di domande riconvenzionali del convenuto che siano state accolte, dal momento che la pronuncia del giudice ha escluso la sussistenza del diritto dedotto in giudizio, il *decisum* sarebbe matematicamente pari a zero, e l'applicazione rigorosa dell'art. 5, co. 1, cit. condurrebbe a sottrarre sempre l'attore soccombente alla condanna ex art. 91 c.p.c.; sicché dovrà farsi riferimento anche qui al *disputatum* (Cass. 26 aprile 2021, n. 10984; Cass. 9 settembre 2019, n. 22462; Cass. 7 novembre 2018, n. 28417). Le Sezioni unite (Cass., sez. un., 23 luglio 2025, n. 20805) hanno inoltre precisato che, in caso di rigetto della domanda di pagamento di somme di denaro, la circostanza che la specificazione dell'importo preteso sia accompagnata dalla richiesta di condanna "alla maggiore o minore somma ritenuta dovuta" (o da altra formula equivalente) non rende automaticamente la causa indeterminabile ai fini delle spese di lite: la clausola in discorso può giustificare la liquidazione delle spese a favore della parte vittoriosa in base allo scaglione per le cause di valore indeterminabile solo laddove tale scaglione porti ad una liquidazione superiore a quella consentita in base alla quantificazione espressa. Nella diversa ipotesi, invece, in cui la somma specificata risulti di importo superiore al valore massimo cui i parametri consentono di commisurare le spese per le cause di valore indeterminabile, dovrà farsi applicazione dello scaglione corrispondente all'indicazione specifica. In altri termini, la regolazione delle spese deve privilegiare il criterio oggettivo del *quantum* indicato nella domanda, ogniqualvolta ciò risulti economicamente più favorevole alla parte vittoriosa. La Corte è giunta a questa conclusione attribuendo rilevanza, in particolare, al rischio di utilizzo strumentale della predetta clausola, il cui semplice inserimento all'interno dell'atto introduttivo consentirebbe di mitigare in modo abusivo le conseguenze, in punto di spese, di una eventuale soccombenza dell'attore.

³² Infatti, in base alla legge sull'ordinamento forense (art. 13, co. 3, l. 31 dicembre 2012, n. 247), la pattuizione dei compensi è libera e nulla vieta all'avvocato (ferma restando la proporzionalità rispetto all'attività da svolgere: cfr. art. 29, punto 4, c.d.f.) di richiedere al proprio cliente un onorario superiore a quello risultante dall'applicazione dei parametri ministeriali, che potranno operare, a mente dell'art. 1 d.m. 55/2014 - MiG, in via sussidiaria in caso di mancata determinazione contrattuale del compenso. Pertanto, in casi del genere, il cliente vittorioso, mediante la condanna ex art. 91 c.p.c. pronunciata ai danni della controparte, potrà conseguire solo un rimborso parziale di quanto corrisposto al suo avvocato e la differenza rimarrà a suo carico.

240 and 241» – è da ritenere che le violazioni denunciabili in questo modo siano solo quelle che si sostanzino in vizi propri della statuizione sulle spese (ad es. errori nella liquidazione o nell'applicazione delle soglie legali massime di recupero), con esclusione dei vizi derivati, cioè di quelli che discendono dai capi pregiudiziali da cui il capo sui costs dipende (i.e. i capi della sentenza che hanno rigettato la pretesa avanzata nel precedente grado dalla parte che ha proposto impugnazione), impugnabili secondo le regole generali. Deve ritenersi inoltre che questo regime riguardi la statuizione sulle spese relative al singolo grado del giudizio (in coerenza con quanto disposto dalla Rule 239, in base al quale ad ogni grado del procedimento corrisponde una decisione sui costs). Di conseguenza la decisione relativa alle spese del grado di impugnazione (in cui sia censurata la sentenza del grado precedente per profili diversi da quello riguardante i costs) resta passibile di controllo davanti al giudice superiore, trattandosi di spese di un grado diverso (salvo che si tratti di spese relative ad un grado di giudizio svoltosi davanti ad un giudice di ultima istanza)³³.

L'approccio adottato dalla Regola Modello è giustificato dai redattori alla luce dell'opportunità di evitare che il controllo in materia di costs possa portare ad allungare eccessivamente i tempi di definizione delle controversie³⁴.

Con riferimento alla situazione italiana, il capo sulle spese è soggetto alle regole generali in materia di impugnazioni³⁵, con la conseguenza che la relativa statuizione contenuta in una sentenza di primo grado sarà appellabile e poi ricorribile per cassazione. L'implementazione

³³ V. sul punto ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 423, ove si afferma che «*appeals from cost decisions are limited to a review of the first instance decision*». Anche se la traduzione italiana del testo delle *Model Rules* parla di «appello», è evidente che la formulazione debba essere più correttamente interpretata nel senso di prevedere genericamente un gravame in unica istanza, poiché diversamente non risulterebbe garantito un controllo sulla statuizione sulle spese degli altri gradi del procedimento (a ciascuno dei quali corrisponde, in base alla Rule 239, una distinta decisione sui costs).

³⁴ UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 423.

³⁵ Sebbene per alcuni profili (ad es. con riferimento alla distrazione delle spese a favore dell'avvocato antistatario: art. 93, co. 2, c.p.c.) si applichi la disciplina dettata in tema di correzione ex art. 287 c.p.c. Inoltre, sul presupposto che la statuizione sulle spese abbia carattere accessorio ed obbligatorio e un contenuto normativamente vincolato che richiede al giudice una mera operazione tecnico-esecutiva, la giurisprudenza ritiene esperibile il procedimento di correzione in caso di mancata liquidazione delle spese nel dispositivo, ove il giudice abbia regolato il relativo carico nella motivazione ponendole a carico del soccombente o compensandole parzialmente, in quanto la liquidazione è un'attività materiale finalizzata a completare la regolazione (Cass., sez. un., 6 luglio 2023 n. 19137; Cass., sez. un., 21 giugno 2018, n. 16415; Cass. 4 settembre 2009, n. 19229). Per una critica a tale orientamento v. S. BOCCAGNA, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, Napoli, 2017, p. 69 s., il quale osserva, da un lato, che l'argomento fondato sull'accessorietà e sull'obbligatorietà della regolazione delle spese dovrebbe coerentemente indurre a predicare l'esperibilità della correzione anche in caso di omissione assoluta della statuizione sulle stesse e, dall'altro, che l'argomento relativo al contenuto vincolato dell'operazione potrebbe al più valere per il solo rimborso delle spese documentate, ma non anche per i compensi professionali, la cui determinazione avviene sulla base di una valutazione discrezionale che tiene conto di vari parametri: invece, ciò che rileva ai fini della correzione è che l'omissione riguardi «l'esplicitazione di una decisione già virtualmente racchiusa nella pronuncia», la cui mancata estrinsecazione denoti una mera dimenticanza dell'estensore (ivi, p. 161). Comunque, ove si faccia valere (non già una semplice omissione o un errore materiale, ma) un'erronea applicazione delle prescrizioni in tema di spese, sarà necessario ricorrere ai mezzi di impugnazione.

della Rule 242 necessiterebbe, pertanto, di un apposito intervento legislativo e la compatibilità costituzionale dell'ipotizzata prescrizione imporrebbe di assicurare, quale unico mezzo di controllo, il ricorso per cassazione, garantito dalla Carta fondamentale contro le sentenze e i provvedimenti che, indipendentemente dal *nomen iuris*, presentino congiuntamente i caratteri della definitività, della decisorietà e dell'inoppugnabilità (art. 111, co. 7, Cost.)³⁶.

L'indicata soluzione, senz'altro ammissibile alla luce dell'assenza di una garanzia costituzionale del doppio grado di merito in materia civile³⁷, deve ritenersi compatibile anche con il principio di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.: infatti, in linea con il principio di proporzionalità che mira ad adattare il procedimento alla natura e alla portata di ciascuna controversia³⁸, quest'abbassamento nel livello di controllo sulle spese appare giustificato dalla ridotta complessità delle questioni sollevate, risolvibili applicando dei parametri dettagliati con margini di discrezionalità limitati (artt. 4 ss., d.m. 55/2014 - MiG). Può però dubitarsi della praticabilità del meccanismo ipotizzato, in quanto la soppressione dell'appello per vizi propri della statuizione sulle spese rischia di sovraccaricare i ruoli della Corte di legittimità di impugnazioni oggi filtrate dall'appello stesso³⁹. Inoltre, si porrebbero problemi di coordinamento tra giudizi impugnatori: quello di cassazione, dove è impugnato il capo sulle spese per vizi originari, e quello d'appello, in cui sono censurati i restanti capi della decisione, dai quali quello sulle spese dipende⁴⁰.

³⁶ Così il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, a partire dal fondamentale arresto di Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593. V. di recente Cass. 30 maggio 2025, n. 14577; Cass. 6 agosto 2024, n. 22165. In dottrina v. F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. Principi e modelli della tutela giurisdizionale dei diritti*, 4ª ed., Bologna, 2026, p. 463 ss.

Ove la Rule 242 venisse implementata a livello nazionale, non potrebbe negarsi la proponibilità del ricorso straordinario ex art. 111, co. 7, Cost. avverso una statuizione sulle spese contenuta in un provvedimento diverso dalla sentenza. Infatti, in punto di decisorietà, il capo sui *costs* va senz'altro ad incidere su un diritto patrimoniale della parte; quanto ai restanti requisiti, la definitività è integrata dal presupposto stesso della condanna alle spese (la chiusura del grado di giudizio, cui consegue l'esaurimento del potere del giudice che ha pronunciato il provvedimento), mentre l'inoppugnabilità discende dall'esclusione, conformemente alla Regola Modello trasposta, di ogni altro rimedio in tema di *costs*.

³⁷ F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, cit., p. 387.

³⁸ V. CAPASSO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 1403 s., spec. p. 1405.

³⁹ Sulla funzione dell'appello come filtro al ricorso per cassazione v. A. PROTO PISANI, *Il ricorso per cassazione in Italia*, in *Foro it.*, 2015, c. 188 ss.; V. CAPASSO, *Brevi considerazioni sul raddoppio del contributo unificato nel quadro della progressiva «concretizzazione» del diritto di impugnare*, in *Giusto proc. civ.*, 4, 2020, p. 1216.

⁴⁰ Riprendendo e adattando al caso che occupa le considerazioni di C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 13ª ed., Torino, 2023, p. 621 s. svolte con riferimento al concorso tra cassazione e revocazione, si può affermare, nell'ipotesi in cui venga disposta la condanna alle spese a carico del soccombente, che, laddove la sentenza di legittimità sui *costs* (sia essa di accoglimento o di rigetto) intervenga prima della conclusione del giudizio di appello sui capi restanti, la successiva decisione del giudice di appello che riformi la sentenza appellata ed escluda la soccombenza in primo grado dell'appellante faccia cadere il presupposto della questione oggetto della decisione della S.C. (la condanna alle spese), travolgendola ai sensi dell'art. 336 c.p.c.; qualora invece si concluda prima il giudizio di appello, il giudizio di cassazione proseguirà normalmente se l'appello è stato rigettato, mentre se questo è stato accolto con sentenza passata in giudicato si avrà un caso (improprio) di cessazione della materia del contendere in sede di legittimità.

In conclusione, l'implementazione della Rule 242, in considerazione delle garanzie previste dalla Costituzione italiana, pur essendo giuridicamente possibile in astratto, finirebbe in concreto per tradire lo scopo deflattivo perseguito dai redattori.

3. *Security for costs*

Discorso diverso attiene alla verifica della compatibilità col nostro sistema della cauzione per le spese (*security for costs*), che ciascuna parte può richiedere al giudice di disporre ai sensi della Rule 243.

L'indicata Regola Modello specifica gli elementi che il giudice è tenuto a valutare nel decidere sulla richiesta: la probabilità che la parte istante possa risultare beneficiaria del *cost order* all'esito del processo; le prospettive di esecuzione della decisione sulle spese nei confronti della parte contro cui il provvedimento è richiesto; la compatibilità della cauzione con il diritto della parte intimata di accedere alla giustizia e a un processo equo.

La norma cerca in questo modo di contemperare, da un lato, l'interesse del litigante ad ottenere una garanzia per il rimborso delle spese sostenute qualora le prospettive di un loro recupero coattivo dovessero venire pregiudicate da sopravvenute alterazioni della situazione patrimoniale della controparte e, dall'altro, quello di evitare che la cauzione venga utilizzata come strumento per vessare il litigante che versi in una originaria ed involontaria condizione di ristrettezze economiche per impedirgli di proseguire il giudizio⁴¹. Come precisano i redattori delle *Rules*⁴², una *cautio pro expensis* non può essere disposta sulla base della sola circostanza che la parte richiesta risieda o sia domiciliata in uno Stato diverso da quello del foro⁴³, essendo invece necessario dimostrare che il litigante non dispone di fondi sufficienti per pagare le spese processuali o che l'intimato è un mero «*process vehicle*», ovvero un'entità fondata al solo scopo di limitare l'esposizione finanziaria derivante dalla potenziale soccombenza della parte effettiva, patrimonialmente capiente⁴⁴.

⁴¹ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 424.

⁴² ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 424 s.

⁴³ Sul punto è possibile richiamare la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (CGCE, 26 settembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag e Ronny Forsberg v. MSL Dynamics Ltd.*, causa C-43/95, ECLI:EU:C:1996:357; CGCE, 20 marzo 1997, *Hayes v. Kronenberger*, causa C-323/95, ECLI:EU:C:1997:169; CGCE, 2 ottobre 1997, *Saldanha e MTS Securities Corporation v. Hiross Holding AG*, causa C-122/96, ECLI:EU:C:1997:458) secondo cui uno Stato Membro non può esigere il deposito di una *cautio iudicatum solvi* da parte di un cittadino di un altro Stato Membro che ha proposto dinanzi a un giudice civile del primo Stato un'azione contro un suo cittadino, qualora una condizione del genere non possa essere imposta ai cittadini di tale Stato. Inoltre, vanno considerati eventuali obblighi internazionali pattizi (v., ad es., l'art. 14 della Convenzione volta a facilitare l'accesso internazionale alla giustizia, stipulata all'Aja il 25 ottobre 1980).

⁴⁴ Particolarmente interessanti in proposito sono alcune decisioni di merito tedesche (*Landesgericht Düsseldorf*, 17 dicembre 2013, 37 O 200/09, confermata da *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 18 febbraio 2015, VI-U (Kart) 3/14; decisioni entrambe reperibili sul sito *dejure.org*) che, in materia di cessione del credito, hanno ricondotto la regola “chi perde paga” al buon costume (*gute sitten*, nozione che in Germania ricomprende fattispecie riconducibili al concetto di ordine pubblico dei Paesi di *civil law* e di *public policy* degli ordinamenti di *common law*: cfr. A. GUARNERI, In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis: valore attuale di un antico brocardo, in *NGCC*, 5, 2022, p. 1135; K. SIMITIS, *Gute sitten und ordre public*, Marburg,

La Rule 243 non distingue tra le parti, né stabilisce quali siano le conseguenze derivanti dall'inottemperanza all'ordine del giudice; aspetti che quindi sono rimessi alla determinazione dei singoli Stati.

Con riferimento al sistema domestico, l'ordinamento italiano contemplava l'istituto della *cautio pro expensis* all'art. 98 c.p.c., disposizione che riservava al solo convenuto la possibilità di richiedere il provvedimento ai danni dell'attore qualora vi fosse fondato timore che l'eventuale condanna alle spese potesse restare ineseguita, ricollegando al mancato versamento della cauzione l'estinzione del processo. Tale previsione è stata però dichiarata incostituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., in quanto faceva discendere dalla situazione economica dell'attore un ingiustificabile limite all'esercizio del diritto di agire in giudizio⁴⁵. Inoltre, in quell'occasione la Consulta ha ritenuto che l'esclusione dell'applicazione dell'istituto nell'ipotesi in cui l'attore fosse stato ammesso all'allora gratuito patrocinio «non elimin[asse] la disparità di condizioni» e non salvasse la disposizione dalla declaratoria di incostituzionalità: evidentemente il Giudice delle leggi, considerate le condizioni cui era sottoposto l'accertamento dei presupposti per la concessione del beneficio⁴⁶, ha ritenuto che la mancata ammissione al gratuito patrocinio non implicasse automaticamente che l'attore fosse in grado di sostenere l'onere della cauzione per le spese. Né ha costituito circostanza ostativa il fatto che l'art. 98 c.p.c., lungi dall'imporgli un obbligo, si limitava a riconoscere al giudice un semplice potere di concedere la misura in base ad una valutazione del rischio di ineffettività della condanna alle spese (e, a monte, della presumibile infondatezza della domanda dell'attore). La disposizione, pur difettando di quell'automatismo cui la Consulta è notoriamente avversa⁴⁷, è stata cionondimeno dichiarata illegittima, il che suggerisce che la

1960, p. 29 ss.): in un'azione promossa da una società del Gruppo CDC nei confronti di alcuni produttori di cemento che erano stati condannati dall'autorità della concorrenza tedesca (*Bundeskartellamt*) per avere partecipato a un cartello, i giudici tedeschi, in due diversi gradi di giudizio, hanno affermato la contrarietà al § 138, Abs. 1, BGB delle cessioni dei crediti risarcitori fatte a favore della società attrice, rilevando l'insufficienza del capitale sociale della cessionaria al rimborso delle eventuali spese di soccombenza. Ritenendo quindi che le cessioni dei crediti risarcitori avessero l'effetto di svuotare di efficacia la *British rule*, i giudici hanno dichiarato la nullità della cessione e rigettato la domanda per difetto di titolarità del diritto in capo alla cessionaria.

⁴⁵ Corte cost., 29 novembre 1960, n. 67.

⁴⁶ L'art. 15, co. 3, r.d. 30 dicembre 1923, n. 3282, con riferimento allo stato di povertà, prevedeva che il richiedente l'ammissione al gratuito patrocinio avrebbe dovuto «esibire un certificato in carta libera comprovante l'ammontare dell'imposta fondiaria e della tassa di ricchezza mobile [pagata] nel luogo di sua abituale residenza o in quello del domicilio» unitamente al parere dell'agenzia delle imposte sull'indigenza del richiedente. Inoltre, in materia civile era necessario che fosse rispettata una seconda condizione: la probabilità dell'esito favorevole nella causa od affare. Pertanto, il richiedente, anche se effettivamente in stato di povertà, avrebbe comunque potuto non essere ammesso al beneficio se non avesse dimostrato la fondatezza delle proprie ragioni, e quindi avrebbe potuto non essere in grado di far fronte all'onere del versamento della *cautio pro expensis*.

⁴⁷ V. ad es. Corte cost. 4 maggio 1984, n. 137 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 648, co. 2, c.p.c. «nella parte in cui dispone che nel giudizio di opposizione il giudice istruttore, se la parte che ha chiesto l'esecuzione provvisoria del decreto d'ingiunzione offre cauzione per l'ammontare delle eventuali restituzioni, spese e danni, debba e non già possa

Corte abbia voluto escludere in radice l'esercizio di una discrezionalità giudiziale sulla questione, per la sua incidenza sull'esercizio del diritto d'azione.

In definitiva, è da escludere che la Rule 243 possa essere implementata nell'ordinamento italiano: infatti, sebbene la *Rule* consenta al giudice di rigettare l'istanza ove l'imposizione della cauzione possa compromettere l'accesso alla giustizia per la parte richiesta (in considerazione della sua eventuale debolezza economica), deve ritenersi che questa valutazione discrezionale non sia comunque sufficiente ad assicurare la compatibilità della previsione con il dettato costituzionale, in quanto rimette sostanzialmente al giudice stabilire se la parte possa coltivare l'azione sulla base di un apprezzamento della sua solidità patrimoniale.

4. Legal aid

La Rule 244 è dedicata al *legal aid*, termine anglosassone con cui si designa il complesso di quegli strumenti volti a fornire aiuto finanziario ai soggetti privi di risorse economiche sufficienti per accedere alla giustizia⁴⁸: strumenti che nell'ordinamento italiano trovano espressione nell'istituto del patrocinio a spese dello Stato. La Rule riconosce alle parti il diritto ad avvalersi del *legal aid* quando «*their right of access to justice and to a fair trial so requires*», rinviando, quanto alle condizioni applicative, alle singole discipline nazionali.

La previsione mira a realizzare un temperamento tra effettività della tutela e valutazioni politiche legate alla gestione della spesa pubblica in materia processuale. Ciò è reso evidente da due fattori: da un lato, gli stessi redattori finiscono per attribuire al *legal aid* carattere residuale, giustificandone il ricorso solo quando, in rapporto alla specificità del caso concreto, non sono fruibili altri mezzi privatistici, quali l'assicurazione per le spese legali, il finanziamento da parte di terzi o gli accordi di onorario condizionato, così da configurare il finanziamento a carico della collettività generale come un'*extrema ratio*⁴⁹. Dall'altro, non si richiede neppure in via di principio una copertura integrale di tutte le spese occasionate dal contenzioso, poiché il contenuto essenziale minimo da assicurare è che il sistema sia in grado di sostenere gli esborsi necessari per una «*reasonable and proportionate legal representation*».

Un analogo bilanciamento pare sottendere anche le scelte del legislatore italiano. Infatti, in base alla legge nazionale, tra gli oneri economici da cui la parte è sollevata una volta che sia stata ammessa al patrocinio a spese dello Stato rientrano proprio gli onorari e le spese spettanti al difensore (art. 131, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 – t.u.s.g.), sebbene continuino a gravare sul non abbiente altre spese, *in primis* quelle di soccombenza, non coperte dal

concederla sol dopo aver delibato gli elementi probatori di cui all'art. 648 comma primo e la corrispondenza della offerta cauzione all'entità degli oggetti indicati nel comma secondo dello stesso art. 648».

⁴⁸ A. OSTI, *Teoria e prassi dell'access to justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, Milano, 2016, p. 170 s.

⁴⁹ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 426.

beneficio⁵⁰. Piuttosto, nel sistema domestico le criticità attengono alla qualità del servizio. Si è infatti osservato che il criterio di liquidazione dei compensi nel patrocinio erariale – in base al quale le spettanze del difensore pagate dallo Stato vengono determinate applicando i parametri forensi e sono poi ridotte della metà (art. 130 t.u.s.g.) – scoraggia la partecipazione dei professionisti maggiormente qualificati, favorendo l’iscrizione negli appositi elenchi dei soli avvocati meno esperti o di quelli dotati di un ridotto bacino di clientela⁵¹: ciò che induce quantomeno a dubitare che il sistema italiano offra adeguate garanzie di una rappresentanza tecnica ragionevole nei casi di maggior complessità (parametro pure evocato dalla Rule 244, sebbene in funzione di un ampliamento della copertura del *legal aid*)⁵².

Più complete si mostrano, infine, le Regole Modello nella misura in cui esplicitamente richiedono che la rappresentanza tecnica venga assicurata dai meccanismi di *legal aid* anche nei casi in cui il patrocinio di un avvocato non sia imposto dalla legge ma si renda comunque necessario in considerazione della complessità del caso o della vulnerabilità della parte⁵³. Una

⁵⁰ Cfr. Cass., 19 giugno 2012, n. 10053, che – valorizzando la diversa formulazione dell’art. 131 rispetto a quella dell’art. 107 t.u.s.g. (relativo al processo penale) – ha ritenuto che la voce di spesa relativa ai compensi del difensore si riferisca esclusivamente all’attività del patrono del non abbiente e non anche agli onorari dell’avvocato di controparte che l’indigente sia condannato a rimborsare in caso di soccombenza. In dottrina, v. F.P. LUISO, *Orientamenti giurisprudenziali sul patrocinio a spese dello Stato in materia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2012, p. 627.

⁵¹ P. COMOGLIO, *Il processo come fenomeno economico di massa. Problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili*, Torino, 2022, p. 81; A. OSTI, *Teoria e prassi*, cit., p. 186 s.

⁵² La regola della dimidiazione è stata ritenuta compatibile con la Costituzione, avendo la Consulta affermato che la finalità di interesse generale di agevolare l’accesso alla giustizia dei non abbienti può giustificare una diversa modalità di determinazione del compenso erogato dallo Stato al patrono (Corte cost., 30 maggio 2016, n. 122) e che la più ridotta platea di professionisti disposta a difendere in sede civile l’indigente, conseguenza che astrattamente potrebbe discendere dalla minore remuneratività di tale attività, costituisce un inconveniente di fatto non direttamente riconducibile all’applicazione dell’art. 130 t.u.s.g. (Corte cost., 28 novembre 2012, n. 270). La Corte prosegue affermando che, nel caso sottoposto al suo esame, l’indicato rischio era in concreto smentito dalla circostanza che nel circondario di competenza del giudice rimettente operavano migliaia di professionisti abilitati al patrocinio a spese dello Stato. Il che però non esclude che la situazione possa essere diversa in altri ambiti territoriali. È interessante notare come, in un’altra occasione, la Corte abbia invece attribuito rilevanza ai disincentivi economici prodotti dalla disposizione censurata: infatti, nel dichiarare l’illegittimità dell’art. 15, co. 4, l. 8 marzo 2017, n. 24 – nella parte in cui escludeva, nella determinazione del compenso globale del collegio dei consulenti previsto in materia di responsabilità sanitaria, la maggiorazione del quaranta per cento in ragione del numero dei componenti prevista dall’art. 53 t.u.s.g. –, la Corte rilevava, tra l’altro, che «[t]ra le ricadute “di sistema” della disposizione denunciata [anda]va [...] considerata la possibilità che essa favori[sse] l’allontanamento dal circuito dei consulenti tecnici di ufficio e periti da parte dei professionisti dotati di maggiore esperienza e specializzazione, disincentivati dalla preordinata incongruenza degli onorari spettanti rispetto alla qualità e quantità dell’impegno richiesto» (Corte cost., 20 maggio 2021, n. 102). Il che induce a ritenere che la diversa posizione assunta dal Giudice delle leggi con riferimento al patrocinio a spese dello Stato sia stata in realtà influenzata dalla necessità di evitare eccessivi aggravi di costi sui conti pubblici (laddove, nei giudizi di *medical malpractice*, il costo della consulenza viene addossato alle parti).

Probabilmente, la soluzione più equilibrata era quella suggerita durante i lavori dell’Assemblea costituente dall’On. Persico, e cioè rendere obbligatorio per tutti gli avvocati di assumere a turno, secondo le specializzazioni, la difesa degli indigenti, con garanzia di un compenso incondizionato (v. seduta pomeridiana dell’Assemblea costituente del 26 novembre 1947 all’indirizzo <https://www.nascitacostituzione.it>).

⁵³ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 427.

simile specificazione, invece, manca nella legislazione nazionale, ma ciò non osta alla conclusione che la medesima soluzione possa ritenersi insita nel sistema. Infatti, in Italia nessuna previsione impedisce al non abbiente di ricorrere al patrocinio a spese dello Stato ove la rappresentanza tecnica sia facoltativa; e ciò anche in considerazione del fatto che l'istituto di cui agli artt. 74 ss. t.u.s.g. riguarda pure spese diverse da quelle relative alla prestazione d'opera forense (ad es. compensi dei c.t.p. e del c.t.u.). Comunque, sono talvolta adottate delle soluzioni allo scopo di evitare che la controparte soccombente venga penalizzata dalla scelta dell'avversario di avvalersi della difesa tecnica ove questa non sia imposta dalla legge. È il caso, ad es., dell'art. 91, co. 4, c.p.c., secondo cui nei giudizi davanti al giudice di pace per controversie di valore non superiore ad euro 1100 (per le quali è ammessa la facoltà delle parti di stare in giudizio personalmente), le spese di soccombenza non possono superare il valore della domanda. Pur essendo stati sollevati dubbi di incostituzionalità della previsione per violazione dell'art. 24 Cost. per costituire l'indicata limitazione un freno all'azione in giudizio per le cause di modesta entità⁵⁴, la Consulta ha confermato la legittimità dell'art. 91, co. 4, c.p.c., da un lato, in considerazione della possibilità per il litigante, stante l'attuale regime di liberalizzazione dei compensi della professione forense, di concordare un compenso contenuto nei limiti della soglia indicata e, dall'altro, alla luce di un bilanciamento tra diritto di azione e ragionevole durata del processo, che può giustificare previsioni volte a scoraggiare il contenzioso bagatellare ove ciò si traduca in un beneficio per il sistema nel suo complesso⁵⁵.

⁵⁴ A. CARRATTA, *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, p. 89 s.; cfr. anche G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (Un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 3, 2009, p. 770, con riferimento all'analoga previsione contenuta dell'art. 152, quarto periodo, disp. att. c.p.c.; ma v. G. SCARSELLI, *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69): le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 9, V, 2009, c. 258, che si mostra favorevole a generalizzare la regola affinché in qualunque processo le spese legali non superino il valore del capitale in discussione.

⁵⁵ Corte cost., 4 giugno 2014, n. 157. Critica la pronuncia V. CAPASSO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 1414 s., nt. 29, osservando, da un lato, che non si vede «come l'astratta libertà della contrattazione possa di per sé indurre l'avvocato ad accettare onorari irrisori» e, dall'altro, che il bilanciamento operato dalla Corte si è risolto nel sacrificio di un diritto a favore di un altro, «nella specie, nel sacrificio certo e totale di un diritto (quello d'azione) a fronte di un beneficio (in termini di maggiore celerità dei processi, complessivamente considerati) solo presunto (ma indimostrato, e forse indimostrabile) e comunque marginale».

5. *Third-party litigation funding e success fee arrangements*

La Rule 245 si occupa di due mezzi di finanziamento privato delle liti: il *third-party litigation funding* (TPLF)⁵⁶ e gli accordi di onorario condizionato (*success fee arrangements*)⁵⁷.

Entrambe sono figure contrattuali attraverso le quali un soggetto si fa carico, in misura più o meno ampia, delle spese legali di una parte di un procedimento giudiziario, ottenendo in contropartita, in genere, una quota dei proventi della lite nell'ipotesi in cui la stessa abbia esito positivo.

La differenza risiede nel soggetto che fornisce questa forma di assistenza finanziaria (un finanziatore terzo nel primo caso, l'avvocato investito della rappresentanza tecnica nel secondo) e nell'ampiezza della copertura (la generalità dei costi processuali nel TPLF, il solo compenso professionale del difensore nei *success fee arrangements*).

Partendo dalla prima figura, nonostante le sue potenziali criticità (in termini di eterodeterminazione delle scelte processuali del *funded*, potendo il *funder*, ad es., essere indotto, nella ricerca del massimo profitto, ad impedire alla parte finanziata di concludere una transazione per lei ragionevole)⁵⁸, i redattori delle *Rules* finiscono con il riconoscere che i vantaggi del TPLF siano maggiori degli svantaggi e che esso costituisca un valido mezzo per agevolare l'accesso alla giustizia e per garantire la parità delle armi, sul presupposto che il *litigation funding* consente di ribilanciare i rapporti di forza delle parti in presenza di situazioni di accentuato squilibrio economico⁵⁹.

Tuttavia, la Rule 245(2), nella parte in cui prevede che i *litigation funding agreements* (LFA) «*must be in accordance with applicable law*», suggerisce che sia rimesso comunque ai legislatori nazionali limitarne o escluderne del tutto la stipulazione. E, infatti, i redattori danno conto del dibattito sorto al riguardo nel contesto europeo e delle soluzioni differenziate

⁵⁶ Sul tema, v. C. KESSEDIAN (diretto da), *Le financement de contentieux par un tiers: Third Party Litigation Funding*, Paris, 2012; N. ROWLES-DAVIES, *Third Party Litigation Funding*, Oxford, 2014; E. D'ALESSANDRO, «Contratto di finanziamento della lite»: mera operazione finanziaria finalizzata a trarre profitto dal processo civile ovvero strumento che agevola l'accesso alla tutela giurisdizionale?, in *International Lis*, 2016, p. 142 ss.; Id. (a cura di), *Prospettive del third party funding in Italia*, Milano, 2019; Id., *Prospettive del third party funding nel processo civile italiano: il progetto fundIT e le iniziative del Parlamento europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2022, p. 273 ss.; G.M. SOLAS, *Third Party Funding. Law, Economics and Policy*, Cambridge, 2019; F. BERTELLI, *Gli accordi di finanziamento della lite*, Napoli, 2024; G. LAMPO, *Il finanziamento da parte di terzi nell'arbitrato internazionale commerciale e d'investimento*, Napoli, 2024.

⁵⁷ La figura corrisponde ai *contingency fee agreement* degli ordinamenti di *common law* (v. ad es. i *conditional fee agreements* – CFAs e i *damages-based agreements* – DBAs di cui alle sections 58 e 58AA, *Court and Legal Services Act 1990* nel Regno Unito) e al patto di quota lite degli ordinamenti di *civil law* (v. ad es. l'attuale art. 13, co. 4, l. 247/2012 in Italia).

⁵⁸ Interessante il confronto tra P. OBERHAMMER e A. HENKE, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, cit., p. 169, che vede il primo propendere per affidare il TPLF principalmente alla regolamentazione e alla vigilanza dei mercati finanziari e il secondo rivendicare maggiori spazi al diritto processuale civile per l'incidenza del *litigation funding* sullo svolgimento del processo.

⁵⁹ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 429.

adottate dagli Stati UE, fondate su valutazioni di carattere prettamente politico⁶⁰. Ne consegue che le norme di principio formulate dalle *Rules* devono ritenersi operanti nei limiti in cui il TPLF non sia vietato dallo Stato la cui legge risulti applicabile.

Ove il *litigation funding* sia ammesso (come deve ritenersi in Italia⁶¹), in primo luogo, si prevede a carico del *funded* un obbligo di *disclosure* dell'esistenza del contratto di finanziamento e dell'identità del *funder*, con la precisazione però che la divulgazione non investe i dettagli dell'accordo [Rule 245(2)]⁶². Soluzione, questa, che già è accolta dall'ordinamento italiano, sebbene non in via generalizzata, la *disclosure* del LFA essendo imposta solo nelle azioni rappresentative consumeristiche dall'art. 140-*septies*, co. 5, c.cons. (peraltro in mero, pedissequo recepimento delle prescrizioni della RAD, e così senza tener conto dell'inefficace disciplina domestica in tema di esibizione⁶³), anzitutto onde consentire l'emersione di eventuali situazioni di conflitto di interessi tra il finanziatore e finanziato. Tale finalità emerge in modo particolare dallo stretto collegamento tra il comma 5 del menzionato art. 140-*septies* (che pone in capo all'ente legittimato l'obbligo di «indica[re]», nel ricorso, «i finanziamenti dell'azione promossa, ricevuti o promessi da parte di terzi») e il successivo comma 8, lett. e), che prevede l'inammissibilità della domanda proposta in conflitto di

⁶⁰ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 428. A livello europeo l'unica fonte normativa che allo stato disciplina il TPLF è la dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. L'art. 10 della direttiva detta alcune norme in materia di *litigation funding*, subordinandone espressamente l'operatività alla condizione che tale pratica «sia consentit[a] dal diritto nazionale», rimettendo dunque ai singoli Stati Membri la possibilità di ammetterne o di escluderne la legittimità. Così mentre alcuni Stati, come la Grecia (v. art. 101d della legge 2251/1994) e l'Irlanda (cfr. *Persona Digital Telephony Ltd v. Minister for Public Enterprise* [2017] I ESC 27) vietano il TPLF, l'Italia con il recepimento della RAD ha implicitamente riconosciuto la compatibilità del finanziamento delle liti con l'ordinamento interno [v. art. 140-*septies*, co. 5 e co. 8, lett. e), c.cons.].

Al fine di dettare una disciplina generale del TPLF, il Parlamento europeo il 13 settembre 2022 ha adottato una risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sul finanziamento privato responsabile del contenzioso contenente una proposta di direttiva sul tema (la risoluzione è consultabile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=oj%3AJOC_2023_125_R_0002). La Commissione ha comunicato che sarebbe intervenuta solo una volta che tutti gli Stati Membri avessero recepito la dir. 2020/1828/UE e solo dopo aver proceduto ad uno studio sullo stato delle legislazioni nazionali in merito al *litigation funding* (cfr. S. AUGENHOFER - A. DORI, *The proposed regulation of Third Party Litigation Funding – much ado about nothing?*, in *GPR*, 5, 2023, p. 205, testo e nt. 88). I risultati di questo studio sono stati poi pubblicati dalla Commissione europea il 21 marzo 2025 (EUROPEAN COMMISSION, *Mapping Third Party Litigation Funding in the European Union*, consultabile all'indirizzo https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/civil-justice/civil-and-commercial-law/third-party-litigation-funding-tplf_en).

⁶¹ La dottrina generalmente ritiene infatti che il TPLF si sostanzi in un contratto atipico, idoneo a superare il vaglio meritevolezza ex art. 1322 c.c. in quanto strumento utile per agevolare l'accesso alla giustizia e che esso non contrasti, in via di principio, con la normativa sostanziale e processuale italiana: cfr. E. D'ALESSANDRO, «Contratto di finanziamento della lite»: mera operazione finanziaria, cit., p. 155; G. DE NOVA, *The impact of a Litigation Funding Agreement on Commercial International Arbitration with seat in Italy*, in *Riv. arb.*, 4, 2019, p. 817; L. COPPO, *Il contratto di finanziamento della lite da parte di terzi: profili sostanziali*, in <http://fundit.unito.it/ITA/home-it.html>, p. 48; M. MUNARI, «Third party funding» e «assignment of claims»: il fenomeno, le riserve di attività previste dal t.u.b. e dal t.u.f., e la normativa sull'usura per interessi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2025, p. 793.

⁶² Ma v. quanto si dirà *infra*, § 6, con riferimento ai procedimenti collettivi.

⁶³ V. *infra*, nt. 66.

interessi, in particolare ove risulti che il soggetto che ha finanziato l'azione è concorrente o dipendente del resistente⁶⁴. Si stabilisce che il giudice debba rilevare d'ufficio la questione e assegnare all'ente ricorrente un termine entro cui rifiutare o modificare il finanziamento in modo da rimuovere la situazione di incompatibilità. E anzi, se la lettera del menzionato comma 5, nel prevedere la mera «indica[zione]» del finanziamento, potrebbe indurre a dubitare della necessità di altresì produrre il contratto⁶⁵, ad opposta conclusione induce proprio la lettura del comma 8, nella misura in cui presuppone un controllo del giudice sul contenuto dello stesso e consente alla parte di evitare la declaratoria di inammissibilità mediante modifica del finanziamento. In ogni caso, anche se non si accogliesse questa interpretazione, una volta dichiarata l'esistenza del LFA, la successiva produzione del contratto potrà conseguire ad un'iniziativa di controparte (sia pur con alcune difficoltà⁶⁶).

⁶⁴ Per una critica alla formulazione dell'art. 140-septies, co. 8, lett. e), c.cons. si rinvia a F. CAPASSO, *Il dovere di fedeltà dell'avvocato: nuove e vecchie tendenze della prassi*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Avvocato e cliente: tradizione e innovazione. Atti del seminario. Trento, 21-22 marzo 2025*, Napoli, 2025, p. 211 ss.

⁶⁵ In effetti, si potrebbe richiamare la section 31.2 delle *Civil Procedure Rules 1998* secondo cui per *disclosure* si intende la semplice dichiarazione «*that the document exists or has existed*»

⁶⁶ Gli artt. 140-octies, co. 3 (per i provvedimenti inibitori) e 140-novies, co. 2, c.cons. (quanto ai provvedimenti compensativi) rinviano al procedimento dell'azione di classe prevista dal codice di rito civile con conseguente operatività dell'esibizione speciale di cui all'art. 840-quinquies, co. 5-13, c.p.c. La caratteristica principale di tale forma di esibizione è data dalla sanzione processuale della *ficta confessio*. Il comma 13 dell'art. 840-quinquies c.p.c. prevede, infatti, che «se la parte rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso, ovvero distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce». Secondo l'opinione prevalente, sviluppatasi con riferimento alla corrispondente disposizione dettata in materia *antitrust* (art. 6, co. 6, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3), il descritto meccanismo «permette di operare una *fictio iuris* sull'esistenza del fatto, purché dalla valutazione di ogni altro elemento di prova presente nel fascicolo non emergano elementi sufficienti a dimostrarne l'insussistenza» [A.M. FELICETTI, *L'ordine di esibizione nel prisma dell'armonizzazione europea: riflessioni a margine della modifica all'art. 210 c.p.c.*, in *Il Processo*, 2024, p. 341; A. FABBÌ, *La "esibizione" istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust*, Ospedaletto (Pisa), 2017, p. 188; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2017, p. 1003; R. POLI, *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2°, c.p.c.*, in *Riv. di dir. proc.*, 2, 2022, p. 843 s.]. Sennonché la possibilità di avvalersi di questo particolare strumento processuale è riservata alla sola parte ricorrente nel procedimento collettivo, scelta che è ritenuta giustificata dalla necessità di fornire all'attore uno strumento per superare l'asimmetria informativa rispetto alle fonti di prova nella disponibilità di un convenuto dotato di maggiore forza economica (A.M. FELICETTI, *L'ordine di esibizione*, cit., p. 343). Dal momento però che ad accedere al finanziamento è, di regola, l'attore (E. D'ALESSANDRO, *«Contratto di finanziamento della lite»: mera operazione finanziaria*, cit., p. 146), l'interesse alla *disclosure* del LFA sarà del convenuto, il quale, non potendo beneficiare dell'esibizione speciale ex art. 840-quinquies, co. 5, c.p.c. potrà ricorrere solo al meno efficace istituto dell'esibizione "ordinaria" ex art. 210 c.p.c., la cui effettività è presidiata soltanto dalla possibilità di desumere dal rifiuto della parte intimata dei semplici argomenti di prova (art. 210, co. 4, c.p.c.), come tali inidonei a fondare in modo autosufficiente la decisione (G. VERDE, voce *Prova (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 601 s.).

Peraltro, il meccanismo è concepito per l'acquisizione di prove circa l'esistenza o l'inesistenza di fatti rilevanti per la decisione di merito (A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, p. 160): rilevanza che difficilmente sembra potersi riconoscere alla *disclosure* del LFA, salvo voler adottare un concetto estremamente – e forse forzatamente – lato di "merito", tale da ricomprendere anche la stessa *possibilità di addivenire ad una decisione di merito*: ciò che renderebbe effettivamente indispensabile la produzione del contratto di finanziamento, onde consentire la verifica dell'(in)esistenza di

La Rule 245(2) stabilisce inoltre che l'accordo non deve attribuire un compenso eccessivo⁶⁷ al finanziatore, né consentire a quest'ultimo di esercitare un'influenza indebita (*undue influence*) sullo svolgimento del procedimento.

Il primo divieto non trova riscontro nella disciplina domestica, né pare ricavabile dal sistema, stante la generale irrilevanza della congruità dello scambio contrattuale, soprattutto nei contratti aleatori⁶⁸ (natura predicabile rispetto ai *litigation funding agreements*)⁶⁹, sicché l'implementazione della Rule 245(2) sul punto richiederebbe l'introduzione di una norma espressa⁷⁰. Quanto alla seconda previsione, occorre stabilire cosa debba intendersi per «*undue influence*» sul procedimento e se il diritto interno fornisca già gli strumenti per porre un freno al suo esercizio da parte del finanziatore.

In genere, i LFA attribuiscono al *funder* penetranti poteri nella gestione della lite, prevedendo, tra l'altro, la facoltà per il finanziatore di designare gli avvocati da investire della difesa⁷¹ o l'obbligo del *funded* di ottenere il preventivo consenso del finanziatore per rinunciare agli atti del giudizio o all'impugnazione, per presentare nuove domande, per procedere alla conclusione di accordi transattivi e, più in generale, per il compimento di atti che comportino

una situazione di conflitto di interessi, a propria volta condizionante l'ammissibilità della domanda nelle azioni rappresentative.

⁶⁷ È questo il senso in cui deve essere inteso il riferimento all'«*inadequate compensation for the funder*» contenuto nella Rule 245(2): cfr. ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 429.

⁶⁸ È orientamento diffuso quello secondo cui il sindacato sulla congruità dello scambio contrattuale è ammesso soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, quali la rescissione per lesione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta: cfr. Cass., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657; Cass., 25 novembre 2021, n. 36740; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 206 ss.; ID., *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 13; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, p. 55; G. DI GIOVINE, *Controllo giudiziale della causa e congruità delle prestazioni contrattuali*, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 268. V. anche il § 656 della Relazione al Codice civile del 1942, secondo cui «una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la proporzione delle prestazioni in esso dedotte, sarebbe stata non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni, tanto più che avrebbe resa necessaria una valutazione dei vantaggi di ciascuna parte, operando imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di un controllo adeguato». Peraltro, l'esperibilità dei rimedi della rescissione per lesione e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è esclusa rispetto ai contratti aleatori (artt. 1448, co. 4 e 1469 c.c.), in quanto il rischio è intrinseco a questa tipologia di contratti (G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, p. 42 s.).

⁶⁹ L. CASTELLI – S. MONTI, *Third party litigation funding: quali prospettive in Italia?*, in *Contratti*, 5, 2019, p. 588; G. DE NOVA, *The impact of a Litigation Funding*, cit., p. 817; L. COPPO, *Il contratto di finanziamento della lite*, cit., p. 4; I. GAMBOLI, *Prozessfinanzierungsverträge. I contratti di finanziamento della lite nei paesi di lingua tedesca*, in <http://fundit.unito.it/ITA/home-it.html>, p. 36; F. BERTELLI, *Gli accordi*, cit., p. 230 ss.

⁷⁰ In genere, negli ordinamenti in cui il TPLF si è affermato non sono fissate soglie percentuali massime: quali eccezioni è possibile richiamare il limite del 10% previsto in Germania per le azioni di classe a tutela dei consumatori (§ 4, Abs. 2, n. 3, *Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz* - VDuG) e le soglie fissate nel Regno Unito dalle *Damages-Based Agreements Regulations 2013*, ritenute applicabili al *litigation funding* a seguito della sentenza *Paccar (Paccar Inc. and Others v. Competition Appeal Tribunal and Others)*, [2023] UKSC 28, con cui la UK Supreme Court ha ritenuto che gli accordi di finanziamento con i quali si prevede un compenso commisurato all'esito della controversia vadano qualificati come *damages-based agreements* (DBAs). Anche la proposta di direttiva UE sulla regolazione del TPLF affronta la questione, prevedendo con l'art. 14, par. 4 l'inefficacia delle pattuizioni che attribuiscano al *funder* una quota dei proventi di lite pari o superiore al 40%.

⁷¹ S. FORNI, *Il "Third Party Funding" nell'arbitrato internazionale*, in *Contratti*, 10, 2013, p. 966.

una disposizione del diritto controverso⁷² (quali, nel processo italiano, la confessione e il deferimento del giuramento decisorio): lo scopo di tali clausole è quello di assicurare al *funder* un certo margine di controllo sulle scelte relative al diritto da cui dipende la remunerazione del suo investimento. Sebbene si riconosca in via di principio la legittimità di queste pratiche⁷³, deve ritenersi che le clausole in discorso, ove si risolvano in una limitazione all'esercizio del diritto del *funded*, siano valide solo se la causa finanziata abbia ad oggetto diritti disponibili. Al fine di predicare il carattere indebito dell'influenza del *funder*, si potrebbe affermare che il *claimholder* subisca una forma di condizionamento dei suoi processi psichici quando, a fronte del rifiuto opposto dal finanziatore ad una proposta transattiva reputata vantaggiosa dal finanziato (o comunque ad un atto dispositivo), il *funded* risulti "coartato" a perseverare nella vertenza sotto la minaccia di una sua responsabilità per inadempimento contrattuale (e, prima ancora, di un venir meno della fonte di finanziamento dell'iniziativa processuale intanto intrapresa), così venendo costretto a porre in essere un'attività processuale non riconducibile ad una sua libera determinazione volitiva (similmente a quanto accade nella confessione viziata da violenza morale: art. 2732 c.c.).

Senonché – anche se si volesse aderire all'orientamento più liberale in merito alla rilevanza da riconoscere ai vizi della volontà in materia processuale⁷⁴ – va escluso che la «minaccia di far valere un diritto» (quale è, per contratto, quello del finanziatore a risolvere il LFA in caso di inottemperanza, da parte del *funded*, a specifici obblighi dallo stesso derivanti) possa integrare gli estremi di un elemento patologico giuridicamente rilevante in grado di incidere

⁷² V. § 7.4 contratto-modello *Legial* 2020 (consultabile all'indirizzo <https://www.legial.de/downloads#prozessfinanzierung>).

⁷³ Cfr. F. CORSINI, *Delle parti*. Art. 75-81, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Torino, 2016, p. 228, ove l'A. afferma che «non sussiste dubbio alcuno circa la legittimità delle clausole di gestione della lite» inserite nei contratti di *litigation funding*, osservando che «semplicemente, la parte si obbliga a concordare con un terzo di tenere una determinata condotta processuale».

Con riferimento alla designazione dell'avvocato da parte del *funder*, lo stesso Codice deontologico forense ammette che il contratto d'opera professionale possa essere stipulato da un soggetto diverso da quello patrocinato, fermo restando il dovere di fedeltà del difensore alla parte assistita (art. 23, punto 1, c.d.f.), dovere la cui trasgressione è presidiata da sanzioni disciplinari, civili e penali (v., *si vis*, F. CAPASSO, *Il dovere di fedeltà dell'avvocato*, cit., p. 201 ss.).

⁷⁴ Secondo l'opinione maggioritaria, la mancanza o l'alterazione della volontà verrebbe in rilievo (non come oggetto di autonoma considerazione, ma) solo in quanto sfoci in una deviazione di un determinato atto dal relativo schema legale oppure quando si versi nei casi tassativamente individuati dalla legge [E. REDENTI, voce *Atti processuali* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 114 s., che fa riferimento ai casi di dolo e collusione legittimanti il ricorso alla revocazione e all'opposizione di terzo revocatoria; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 488. Nello stesso senso, con riferimento al codice di rito previgente, F. CARNELUTTI, *Della volontà degli atti processuali*, in *Foro it.*, IV, 1937, c. 380 ss.; A. PALERMO, *Contributo alla teoria degli atti processuali*, Napoli, 1938, p. 91, che giustifica questa soluzione alla luce delle esigenze pubblicistiche del processo]. Un'altra tesi distingue tra difetto assoluto di volontà e vizi relativi del volere (errore, dolo, violenza morale), per attribuire solo al primo una certa rilevanza ai fini della riconduzione dell'atto al novero di quelli tipici, sebbene a date condizioni (F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 172 ss.). Secondo altri, infine, tutte gli accidenti riguardanti la volontà (difetto assoluto e vizi relativi del volere) darebbero luogo a una nullità processuale, dovendosi però distinguere tra atti propulsivi e atti di acquisizione probatoria [V. DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959, p. 70 ss.; *Id.*, voce *Invalidità* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, p. 715].

sugli atti del processo compiuti, ove la minaccia non sia diretta a realizzare un vantaggio ingiusto (arg. ex art. 1438 c.c.)⁷⁵.

Si potrebbero, allora, richiamare le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza inglese, secondo la quale si ha un'influenza indebita del finanziatore quando l'accordo di TPLF venga utilizzato allo scopo di eludere i limiti a cui sia eventualmente sottoposta la cessione del diritto in contesa per realizzare di fatto una vicenda traslativa di quest'ultimo, attribuendo al *funder*, tra l'altro, il potere di assumere (o interferire in) decisioni strategiche sulla conduzione della difesa, di incidere sul rapporto tra avvocato e cliente o di gestire le trattative con la controparte, ferma restando, in ogni caso, l'invalidità dell'accordo che conduca all'inquinamento dell'amministrazione della giustizia, ove il finanziatore abusi dei suoi diritti contrattuali per manipolare prove o per condizionare testimoni⁷⁶: fattispecie, queste, che in Italia possono essere ricondotte, a seconda dei casi e nel rispetto delle relative condizioni applicative, alle previsioni che sanzionano con la nullità i contratti conclusi in frode alla legge (art. 1344 c.c.) e quelli contrari all'ordine pubblico (art. 1343 c.c.).

Venendo ora ai *success fee arrangements*, la Rule 245(3) consente la loro stipulazione ma, similmente a quanto stabilito per il TPLF, prevede che detti accordi «*must nevertheless be consistent with applicable law*». Anche qui, dunque, sono fatte salve le valutazioni di *public policy* dei singoli Stati in ordine alla facoltà di limitare o di escludere la legittimità di tali accordi⁷⁷: valutazioni che nel nostro ordinamento, pur a seguito di alterne vicende⁷⁸, hanno

⁷⁵ In base all'art. 1438 c.c. «[l]a minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti», dove per vantaggi ingiusti si intendono quei risultati non raggiungibili con il legittimo esercizio del diritto che si minaccia di far valere, facendo conseguire alla parte più del dovuto oppure una cosa diversa da quella dovuta (Cfr. § 181 Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale - Libro delle Obbligazioni 1941; Cass., 22 dicembre 2021, n. 41271; Cass., 23 agosto 2011, n. 17523). Ovviamente, diverso è il caso in cui sia stata la stessa formazione del contratto ad essere interessata da un difetto assoluto o relativo di volontà del finanziato, nel qual caso opereranno gli ordinari rimedi di impugnativa negoziale. V. anche le considerazioni di C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 13ª ed., Torino, 2023, p. 78 s., sebbene riferite ad una situazione diversa: nella specie, l'A. – ammettendo la possibilità di chiedere, in luogo della pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c., una sentenza di condanna all'adempimento del preliminare inadempito – ritiene ipotizzabile, accanto alla figura della presupposizione, l'annullamento per violenza morale del contratto definitivo stipulato sotto minaccia di *astreinte* ove la sentenza cui la misura coercitiva accedeva venga riformata o cassata; tuttavia, posto che lo stesso A. ritiene che le penalità di mora restino comunque dovute, in considerazione della loro finalità coercitiva e non sanzionatoria, anche in caso di revisione del provvedimento di condanna (Id., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 527), la configurabilità di una violenza morale dovrebbe ritenersi comunque esclusa in virtù dell'art. 1438 c.c., poiché non si ricadrebbe in un caso di sopravvenuta inesistenza del diritto oggetto della minaccia.

⁷⁶ Cfr. *Davey v. Money* [2019] EWHC 997 (Ch); *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc.* [2017] 1 WLR 2221; *Sibthorpe v. Southwark LBC* [2011] 1 WLR 2111; *Arkin v. Borchard Lines Ltd* [2005] EWCA Civ 655; *Factorame v. Secretary of State (No. 8)* [2003] QB 381; *Giles v. Thompson* [1993] 1 WLUK 680, che, sul punto, richiama *Trendtex Trading Corporation v. Credit Suisse* [1982] A.C. 679; P.F. GIUGGIOLI, *Litigation funding: l'esperienza anglo-americana ed i risvolti municipali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2022, p. 326; F. BERTELLI, *Gli accordi di finanziamento*, cit., p. 66 s.

⁷⁷ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 431.

⁷⁸ Il divieto del patto di quota lite era originariamente previsto dall'art. 2233, co. 3, c.c. e, dopo essere stato abrogato dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv., con mod., in l. 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani), è stato reintrodotta nel 2012. Per una ricostruzione storica del divieto v. P. CARBONE, *Brevi considerazioni in tema di patto di quota lite*, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, p. 142

infine indotto il legislatore a vietare simili pattuizioni. Proprio la ritenuta impossibilità di assicurare la «*fair legal representation*» e l'«*integrity of the proceedings*», parametri pure evocati dalla *Rule* per riconoscere validità ai *success fee arrangements*, è alla base del divieto del patto di quota lite in Italia, oggi previsto dall'art. 13, co. 4, l. 247/2012⁷⁹. Si ritiene infatti che la *ratio* del divieto risieda nell'esigenza di tutelare, da un lato, il cliente da possibili abusi⁸⁰, e, dall'altro, il decoro, la dignità, l'integrità e la moralità dell'avvocato, nonché la purezza del processo⁸¹, valori che verrebbero minacciati dalla pattuizione di un compenso condizionato al positivo esito della vertenza o dell'affare non contenzioso e commisurato al suo risultato, in quanto ciò potrebbe indurre il patrono a tenere condotte illecite, scorrette e non obiettive

s.; D.L. GARDANI, voce *Patto di quota lite*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 324 s.; U. PERFETTI, *Patti e modalità di determinazione del compenso nella novella di cui alla l. 248 del 2006. La morte apparente del divieto del patto di quota lite*, in *Contratto e impresa*, 1, 2007, p. 62 ss.; ID., *Riflessioni a margine del divieto del patto di quota lite*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2013, p. 413 ss.

⁷⁹ Si ha un accordo quotalizio vietato quando la remunerazione del professionista è parametrata ai risultati dell'attività svolta, con conseguente esclusione di qualsiasi compenso in caso di esito negativo dell'incarico giudiziale o stragiudiziale (Cass. 18 giugno 1986, n. 4078; V. VIGORITI, *Patto di quota lite e libertà di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 583.). Oggi il comma 4 dell'art. 13, l. 247/2012, in combinato disposto con il comma 3 dello stesso articolo, vieta i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso, in tutto o in parte, una quota del *risultato conseguito* attraverso la prestazione professionale, ammettendo invece una parametrizzazione al *valore previsto* della controversia o dell'affare: cfr. U. PERFETTI, *Riflessioni a margine*, cit., p. 417; Cass., 27 settembre 2025, n. 26288; Cass., sez. un., 31 maggio 2025, n. 14699; Cass., 4 settembre 2024, n. 23738; CNF, 18 marzo 2014, n. 26.

⁸⁰ Cass., 19 novembre 1997, n. 11485; Cass., 4 dicembre 1985 n. 6073; Cass., 6 ottobre 1954, n. 3311; Cass., 26 marzo 1953, n. 788.

⁸¹ A. MUSATTI, voce *Patto di quota lite*, in *Noviss. dig. It.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 728; D.L. GARDANI, voce *Patto di quota lite*, cit., p. 323; L. CARBONE, *Il patto di quota lite e il palmario*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3549; G. MUSOLINO, *Il compenso della prestazione professionale fra autonomia negoziale, tariffe e regole di concorrenza*, in *Riv. not.*, 1, 2001, p. 121; Cass., 18 giugno 1986, n. 4078. Fa invece riferimento alla necessità di evitare una situazione di conflitto di interessi R. DANOVÌ, *Patto di quota lite, cessione di diritti litigiosi e pluralità di soggetti interessati*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 1985, p. 6. Sebbene l'A. non lo precisi, l'interesse dell'avvocato entrerebbe in conflitto – non già con l'interesse del cliente, siccome entrambi mirano a conseguire un esito positivo, ma – con quello all'attuazione dell'ordinamento cui il patrono contribuisce attraverso l'esercizio della sua funzione. Sul rilievo pubblicistico dell'attività forense che ha spinto alcuni a configurare un obbligo di verità a carico dell'avvocato v. ID., *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, Milano, 2014, p. 113; M. GRADI, *L'obbligo di verità fra le parti*, Torino, 2018, p. 750 ss. Quest'impostazione si allinea all'orientamento seguito, dopo l'emanazione del *Criminal Law Act 1967* (e prima del *Court and Legal Services Act 1990*, che ha legittimato la pratica), dai giudici inglesi in tema di *contingency fee agreements* (Cfr. *Wallersteiner v. Moir* (No. 2) [1975] QB 401, ove Lord Buckley afferma che «[i]t may, however, be worthwhile to indicate briefly the nature of the public policy question. It can, I think, be summarised in two statements. First, in litigation a professional lawyer's role is to advise his client with a clear eye and an unbiased judgment. Secondly, a solicitor retained to conduct litigation is not merely the agent and adviser to his client, but also an officer of the court with a duty to the court to ensure that his client's case, which he must, of course, present and conduct with the utmost care of his client's interests, is also presented and conducted with scrupulous fairness and integrity. A barrister owes similar obligations. A legal adviser who acquires a personal financial interest in the outcome of the litigation may obviously find himself in a situation in which that interest conflicts with those obligations»). È invece da escludere che le ragioni del divieto risiedano in un generico cointeressamento con il cliente: infatti sussiste sempre un interesse alla vittoria in giudizio o al successo di un'operazione – anche quando l'onorario è garantito in ogni caso – in quanto un eventuale fallimento inciderebbe sulla fama di competenza e bravura del professionista (G. DE STEFANO, voce *Patto di quota lite*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 523).

pur di conseguire la propria remunerazione, con danno per l'amministrazione della giustizia⁸². Al contempo, – onde preservare la tradizionale configurazione di quella forense come obbligazione di mezzi e non di risultato⁸³ – si vuole assicurare al difensore un adeguato compenso per l'attività svolta⁸⁴. Di qui la legittimità riconosciuta al palmario, compenso supplementare corrisposto in caso di vittoria in giudizio (o di positiva conclusione di un determinato affare) che, aggiungendosi ad un onorario comunque dovuto, riduce il rischio di comportamenti illeciti del difensore⁸⁵.

Il maggior rigore con cui in Italia è valutato il patto di quota lite rispetto al TPLF è dovuto al fatto che nel primo caso il soggetto finanziatore (l'avvocato) è colui che materialmente compie gli atti processuali per conto del finanziato e la legge vuole garantire che l'attività difensiva (che contribuisce alla correttezza della decisione e all'attuazione dell'ordinamento) si svolga senza risentire dei condizionamenti derivanti da una remunerazione parametrata ai risultati della prestazione forense, laddove nel *litigation funding* il finanziatore non svolge attività di rappresentanza tecnica, ma resta estraneo al processo⁸⁶ e quindi non sarebbe in grado, senza la complicità dell'avvocato, di inquinare la purezza⁸⁷.

A chiusura della parte sulle spese, la Rule 245(4), stabilisce che l'inosservanza delle prescrizioni relative ai *success fee arrangements* e al TPLF non può mai essere opposta dall'avversario al fine di ottenere un rigetto della pretesa della parte patrocinata o finanziata. Infatti, lo scopo di tali previsioni è quello di tutelare l'assistito/*funded* e la loro trasgressione non può essere invocata per recargli un danno⁸⁸. Queste violazioni possono essere prese in considerazione dal giudice ai soli fini del riparto delle spese⁸⁹, per limitare o escludere l'attribuzione

⁸² Il divieto costituisce quindi uno strumento di natura preventiva che si affianca agli altri mezzi di carattere successivo volti ad assicurare l'integrità del difensore nell'esercizio della sua funzione, quali le fattispecie penali di cui agli artt. 374 (frode processuale) e 377 c.p. (intralcio alla giustizia).

⁸³ D.L. GARDANI, voce *Patto di quota lite*, cit., p. 322.

⁸⁴ Salvo che l'avvocato intenda svolgere l'incarico a titolo gratuito (art. 13, co. 1, l. 247/2012), ma in questo caso l'assenza di un intento lucrativo dovrebbe escludere in radice qualsiasi rischio di spregiudicatezza.

⁸⁵ Sul palmario v. Cass., sez. un., 8 giugno 2023, n. 16252; Cass., 26 aprile 2012, n. 6519; Cass., 18 giugno 1986, n. 4078. Oggi, peraltro, siccome la formulazione dell'art. 13, co. 4, l. 247/2012 vieta di percepire anche solo come «parte» del compenso una quota del risultato conseguito, il palmario sarà sì consentito, ma a condizione che venga comunque rapportato al valore (previsto) della causa o dell'affare ai sensi del comma 3. Costituisce un'ipotesi di palmario prevista direttamente dalla legge (peraltro parametrato al *decisum*) il compenso premiale riconosciuto ai difensori che hanno assistito il ricorrente nell'ambito di una *class action* (art. 840-novies, co. 6, c.p.c.; cfr. A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2019, p. 1587).

⁸⁶ E. D'ALESSANDRO, «Contratto di finanziamento della lite»: mera operazione finanziaria, cit., p. 155.

⁸⁷ Il che spiega il motivo per cui, in definitiva, il vero argine al rischio di deviazione del processo dal suo scopo tipico sia l'avvocato: sul punto si rinvia a F. CAPASSO, *Il dovere di fedeltà dell'avvocato*, cit., p. 201 ss. Fa riferimento alla questione anche A. HENKE, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, cit., p. 174.

⁸⁸ ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 430.

⁸⁹ Sul punto v. E. STORSKRUBB, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, cit., p. 170, secondo la quale la fondatezza della pretesa dell'assistito/finanziato resta impregiudicata.

all'assistito/finanziato vittorioso delle somme a lui dovute a titolo di *cost award*, evidentemente allo scopo di sanzionare l'avvocato o il *funder* e di limitarne i profitti.

Nonostante la condivisibile *ratio*, la previsione sembra trascurare che, quantomeno con riferimento al TPLF, essa potrebbe al contrario risolversi in un danno per il *funded*. Infatti, quando si applica il *percentage approach*, cioè la modalità usualmente seguita⁹⁰, nella prassi si assume come riferimento la somma incassata ovvero il valore di mercato del bene o dei vantaggi patrimoniali conseguiti dal *funded*, incluso quanto ottenuto a titolo di *cost award* (art. 91 c.p.c.). Da tale importo complessivo viene dedotta una parte destinata a coprire integralmente le spese sopportate dal finanziatore ed è sull'eccedenza che viene calcolata la quota di partecipazione ad esso spettante⁹¹. Ne consegue che riducendo le somme oggetto del *cost order*, il rimborso (contrattualmente previsto) delle spese del finanziatore finirà per gravare maggiormente sul valore del diritto sostanziale aggiudicato, riducendo la porzione spettante al finanziato⁹².

6. La disciplina delle spese nei procedimenti collettivi

Alcune regole specifiche sulle spese sono dettate con riferimento ai procedimenti collettivi. La Rule 237, nell'estendere anche al *qualified claimant* (cioè l'ente o la persona abilitata a promuovere il procedimento ai sensi della Rule 208) la possibilità di avvalersi del TPLF, stabilisce, in deroga alla Rule 245(1), che la *disclosure* del *litigation funding agreement* possa riguardare, secondo una valutazione discrezionale del giudice, (non solo l'esistenza del contratto e l'identità del *funder*, ma) anche i dettagli del contratto, che, se del caso, deve

⁹⁰ La remunerazione del finanziatore viene in genere fissata in misura pari ad una quota percentuale di quanto ottenuto all'esito della vertenza o per effetto di una composizione stragiudiziale della stessa (*percentage approach*), ma può essere convenuta anche come multiplo degli esborsi sostenuti dal *funder* (*multiple approach*). Il *multiple approach*, a seguito della sentenza *Paccar*, è quello attualmente adoperato dalla prassi inglese, ritenendosi che questa modalità di calcolo renda la fattispecie estranea alla figura dei DBAs (I. MEREDITH, *Third-Party Litigation Funding in England and Wales Post-PACCAR: Where Are We Now?*, in www.klgates.com, 13 gennaio 2025).

⁹¹ V. §§ 5.2 e 5.3 contratto-modello *Legial* 2020.

⁹² È proprio allo scopo di evitare che l'irrogazione di sanzioni processuali finisca in ultimo per danneggiare la posizione del finanziato che P. OBERHAMMER, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, cit., p. 173 suggerisce di limitare le conseguenze della violazione delle norme in tema di TPLF all'ambito dei mercati finanziari (v. anche *supra*, nt. 58).

essere reso accessibile al convenuto⁹³. Soluzione, questa, che, come visto⁹⁴, è possibile ricavare interpretativamente in Italia dalla disciplina delle azioni rappresentative consumeristiche.

La Rule 238 stabilisce poi che nei procedimenti collettivi solo il *qualified claimant* sia responsabile dei costi e delle spese processuali nell'ipotesi di esito infausto del giudizio: previsione cui si allinea la disciplina italiana della *class action* ordinaria ex art. 840-bis c.p.c., che esclude che l'aderente assuma la qualità di parte (quantomeno nella fase di merito, gestita dal proponente: art. 840-quinquies, co. 1, c.p.c.)⁹⁵ e, conseguentemente, che esso possa essere condannato alle spese in caso di soccombenza del proponente⁹⁶. Per quanto attiene alle azioni rappresentative compensative, l'art. 140-novies, co. 3, c.cons. prevede che «[i]n caso di soccombenza, il consumatore è condannato al rimborso delle spese a favore del resistente nel solo caso di mala fede o colpa grave». La previsione non fa riferimento all'ente legittimato, che risponderà secondo le regole generali, bensì alla posizione del consumatore, sull'implicito presupposto della sua adesione: la norma costituisce il tentativo di dare attuazione all'art. 12, par. 2 e 3 della RAD (chiaramente ispirata dal *favor* per il consumatore: v. Considerando n. 38) che, in tema di ripartizione delle spese nel tipo di azione in discorso, specifica che i consumatori interessati non pagano le spese del procedimento, stabilendo però che in circostanze eccezionali può essere loro ingiunto di rimborsarle a seguito di una loro condotta intenzionale o negligente. Tuttavia, deve ritenersi che la previsione, se intesa nel

⁹³ V. ELI – UNIDROIT, *Model European Rules*, cit., p. 410 ove si precisa però che i dettagli del contratto tra il *funder* e il ricorrente qualificato non devono normalmente essere soggetti a divulgazione al convenuto in quanto essi contengono solitamente informazioni sensibili relative alla strategia processuale (quali potrebbero essere l'analisi della fondatezza della pretesa o alcune limitazioni dei fondi disponibili), la cui conoscenza darebbe al convenuto un vantaggio sleale. Sul punto v. quanto previsto dall'art. 840-quinquies, co. 8, c.p.c., in base al quale «[q]uando la richiesta o l'ordine di esibizione hanno per oggetto informazioni riservate, il giudice dispone specifiche misure di tutela tra le quali [...] la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento». Critica la formulazione della Rule 237, P. OBERHAMMER, in A. HENKE – P. OBERHAMMER – E. STORSKRUBB, *Costs and Funding*, cit., p. 170 s., ritenendo che gli obblighi divulgativi previsti finiscano per investire una parte essenziale della strategia processuale della parte. Di contrario avviso è A. HENKE (ivi, p. 171 s.), il quale sottolinea la necessità di stabilire chi è la vera parte in causa nel procedimento e di rilevare eventuali situazioni di conflitto di interesse.

⁹⁴ V. *supra*, § 5.

⁹⁵ La circostanza che tale previsione sia contenuta nell'art. 840-quinquies, co. 1, c.p.c., che disciplina l'adesione preventiva e che poi rinvia all'art. 840-septies c.p.c. (che regola invece l'adesione successiva), non consente di stabilire se l'esclusione della qualità di parte valga per gli aderenti in genere o solo per quelli che esercitano l'*opt-in* a seguito dell'ordinanza di ammissibilità e, comunque, se valga solo fino alla conclusione della fase di merito. Cfr. sul punto M. BOVE, *L'aderente*, in A. CARRATTA (a cura di), *La Class action riformata*, in *Giur. it.*, 10, 2019, p. 2307, secondo il quale l'esclusione dell'acquisizione della qualità di parte opererebbe fintanto che non sia aperta la fase di liquidazione dei diritti degli aderenti, momento a partire dal quale essi diverrebbero parti «ancorché con poteri più limitati di quelli che sarebbero "naturali"». Nello stesso senso A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2019, p. 1590.

⁹⁶ M. BOVE, *L'aderente*, cit., p. 2307, che però fa riferimento alla sola fase di merito, non occupandosi di una possibile condanna alle spese nella fase liquidatoria (la cui apertura comporta, secondo l'A, l'acquisizione della qualità di parte per gli aderenti). La possibilità di una condanna alle spese dell'aderente in caso di rigetto della domanda di adesione sembra essere ammessa da A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1590, nella parte in cui afferma che «dal momento della pronuncia della sentenza deve ritenersi che l'adesione produca davvero tutti gli effetti della domanda giudiziale».

senso che sia riferita alla fase di merito del procedimento, sia stata malamente trasposta nel diritto interno, posto che, come risulta dal coordinamento con l'art. 1, par. 2 della RAD, l'attuazione della fonte eurounitaria non avrebbe potuto giustificare un peggioramento della condizione dei consumatori rispetto a quella già prevista dall'ordinamento del singolo Stato Membro: e in Italia, alla luce della disciplina sull'azione di classe, è esclusa a monte la possibilità di disporre la condanna alle spese ex art. 91 c.p.c. a carico dell'aderente, dal momento che quest'ultimo non acquisisce la qualità di parte nella fase di merito ma solo determinati poteri processuali⁹⁷. L'art. 140-*novies*, co. 3, c.cons. potrebbe avere un senso se lo si riferisse alla fase liquidatoria, ove si aderisse alla tesi secondo cui l'apertura di questa fase determini l'acquisizione della qualità di parte per l'aderente, che si esporrebbe così alla possibilità di essere condannato alle spese in caso di rigetto della domanda di adesione⁹⁸: in quest'ottica, la previsione consumeristica assumerebbe effettivamente il carattere di una norma di favore, limitando la condanna ex art. 91 c.p.c. ai soli casi di mala fede o colpa grave nell'esercizio dell'*opt-in*.

La Rule 238(3) stabilisce infine che, ferma l'applicazione della Rule 245(4), ove la domanda collettiva sia accolta, il credito del ricorrente avente ad oggetto il recupero delle spese sostenute deve essere soddisfatto prima di qualsiasi ripartizione delle somme del fondo comune destinate ai componenti della classe. Sul punto, la normativa nazionale (art. 840-*terdecies* c.p.c.) non prevede la prededucibilità del credito per le spese del proponente vittorioso, ma sottrae direttamente l'adempimento coattivo del relativo capo condannatorio al regime concorsuale dell'esecuzione collettiva, abilitando il ricorrente a procedere con l'esecuzione individuale⁹⁹.

7. Conclusioni

In definitiva, la disciplina italiana sulle spese processuali risulta in gran parte già conforme a quanto suggerito dalle *Model Rules*. Le principali dissonanze discendono o da valutazioni di politica del diritto operate dal legislatore ordinario, espressamente fatte salve dalle *Rules* (come visto in tema di patto di quota lite), oppure dallo stesso disegno delineato dalla Carta fondamentale (come emerso a proposito della *security for costs* e, in punto di effettiva utilità

(⁹⁷) In altri termini, il legislatore italiano con la disposizione citata avrebbe finito per introdurre un'ipotesi di condanna alle spese a carico di terzi ulteriore rispetto a quelle disciplinate dall'art. 94 c.p.c., aggravando la posizione dell'aderente nell'azione di classe speciale rispetto alla disciplina dettata per quella ordinaria, in violazione dell'art. 1, par. 2 della direttiva. Ritene la previsione «priva di senso», B. ZUFFI, *Sub art. 140-novies*, in V. CUFFARO – A. BARBA – A. BARENGHI (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, 6ª ed., Milano, 2023, p. 1197, sulla base del rilievo che il consumatore aderente non assume la qualità di parte. Il che però non appare decisivo, dal momento che l'ordinamento, con previsioni del tipo dell'art. 94 c.p.c., dimostra che è ammissibile la condanna alle spese di soggetti diversi dalle parti in senso sostanziale, sicché non sembra essere vietato al legislatore, fermo il rispetto dei principi fondamentali, di introdurre ipotesi aggiuntive rispetto a quelle contemplate dal citato art. 94; ciò che è davvero dirimente è la violazione dell'art. 1, par. 2 della direttiva 2020/1828/UE.

⁹⁸ V. *supra*, nt. 95 e 96.

⁹⁹ Cfr. F. COSSIGNANI, *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action*, cit., p. 216.

di un'ipotetica trasposizione della Rule 242, con riferimento alla garanzia del ricorso per cassazione *ex art. 111, co. 7, Cost.*).

Ma si tratta di divergenze che meritano di essere preservate: infatti, nonostante le utilità che un ravvicinamento delle legislazioni statali in materia processuale può portare nell'ottica di favorire la creazione di un sistema omogeneo ed efficace di risoluzione delle controversie¹⁰⁰, va rimarcato che qualsiasi tentativo di armonizzazione non può essere spinto fino al punto di determinare la compromissione di quegli «elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale»¹⁰¹.

Francesco Capasso
Dottore di ricerca

¹⁰⁰ X. KRAMER, *The ELI-Unidroit Model*, cit., p. 834.

¹⁰¹ Cfr. Corte Cost. 22 ottobre 2014, n. 238, le cui considerazioni, sebbene svolte con riferimento a norme vincolanti di diritto internazionale generale, possono essere *a fortiori* estese a norme di *soft law*.



VALENTINA CAPASSO

Metodo e merito della disciplina dell'istruzione probatoria nelle ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure

Il contributo muove dall'idea che, nella prospettiva del giurista domestico, l'utilità prospettica dell'ampia e articolata disciplina dell'istruzione probatoria dettata dalle ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure risieda più nelle direttive di fondo che nelle singole soluzioni di dettaglio; di conseguenza, è sul metodo, più che sul merito, che si appunta l'analisi, evidenziando come le previsioni in materia di effettività del *taking of evidence*, di prova illecita e di standard di prova siano suscettibili di ispirare il legislatore italiano, anche eventualmente con soluzioni divergenti da quelle considerate "migliori" a livello europeo.

The contribution stems from the idea that, from the point of view of the domestic lawyer, the prospective usefulness of the broad and detailed rules on the taking of evidence contained in the ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure lies more in the basic guidelines than in the specific detailed solutions. Consequently, the analysis focuses on method rather than substance, highlighting how the provisions on the effectiveness of evidence gathering, unlawful evidence, and standards of proof can inspire Italian legislators, even if this involves adopting solutions that diverge from those considered to be the "best" at the European level.

Sommario: 1. Introduzione: armonizzazione, compromesso e rigetto – 2. Segue: ricadute in punto di importabilità di previsioni di dettaglio – 3. Dal particolare al generale: disposizioni di principio e direttive di fondo – 4. Segue: a) l'effettività del taking of evidence come diritto della parte? – 5. Segue: b) l'inammissibilità della prova illecita come corollario dell'effettività – 6. Segue: c) la codificazione dello standard di prova tra esigenze di certezza e ricerca dell'*optimum* – 7. Un rilievo conclusivo: le regole processuali come (dis)incentivi delle condotte illecite fuori e prima del processo

1. Introduzione: armonizzazione, compromesso e rigetto

«Even though the problem solved by evidence law is more or less universal, evidence law tends to differ significantly from one legal family to another»¹; così, già nel 2014, quando l'idea delle ELI/UNIDROIT Model rules of civil procedure era ancora solo tale, Trocker ricordava come pure nel corso della precedente, analoga iniziativa – promossa dall'American Law Institute insieme all'International Institute for the Unification of Private Law – *«among the major challenges the working group had to face was admittedly the one presented by the profound differences between the various legal systems in their approach to the issues of access to information and*

¹ A. STADLER - M. STRANDBERG, (Rules 87-110, 128-129). *General and procedural issues*, in A. STADLER - V. SMITH - F. GASCÓN INCHAUSTI (eds.), *European Rules of Civil Procedure. A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Cheltenham, 2023, p. 254.

evidence—differences that are most significant and troubling between the USA and the rest of the world»².

Ma se il *divide* più evidente si registra tra tradizioni di *common* e *civil law*, lo stesso panorama eurocontinentale risulta piuttosto variegato; e, sebbene spinte di uniformazione provengano tanto dal diritto UE quanto dalla giurisprudenza CEDU³, si tratta di spinte “deboli”: la prima, infatti, pone vincoli solo in determinati settori, sicché nulla assicura che gli Stati generalizzino principi e regole dedicate al contenzioso di interesse europeo; la seconda, invece, da sempre incide più sul processo penale che su quello civile. Tale rilievo, da un lato, giustifica la conclusione per cui «*current law on evidence in Europe is still characterized by deviating traditions*»⁴; e, dall’altro, e benché in linea generale si avvisi che l’intento dei compilatori «non [sia] stato quello di consolidare standard minimi comuni alle variegate culture processuali europee, bensì di combinare armonicamente principi comuni a queste ultime, elementi salienti della disciplina processuale dell’Unione europea e risultati di indagini comparatistiche paneuropee»⁵, nella consapevolezza che «i compromessi comparatistici non s[iano] “sempre raccomandabili come via per il successo” e “che un chiaro rigetto di singole soluzioni nazionali p[ossa] essere spesso un passo necessario sulla via che conduce a un modello europeo ben funzionante”»⁶, spiega perché – accanto ai «rigetti eccellenti», a cominciare dal «principio *nemo contra se edere tenetur*»⁷ – gli stessi commentatori rilevino in più luoghi come la disciplina dedicata a specifici temi si sia infine risolta in un compromesso tra tradizioni diverse: così è per lo *standard* di prova⁸; per le soluzioni approntate in tema di poteri ufficiosi del

² N. TROCKER, *From ALI–UNIDROIT Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions*, in *Uniform L.R.*, 2014, p. 239. V. anche R. STÜRNER, *Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions against Non-Compliance*, ivi, 2001, p. 871, secondo cui «*one of the most difficult problems besetting the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure became: how to strike a reasonable compromise between the broad American discovery with its rigid and direct compulsory sanction and the more limited taking of evidence of Continental procedure which prefers indirect means of compulsion in the form of procedural disadvantages if a party refuses to cooperate*».

³ N. TROCKER, *From ALI–UNIDROIT Principles to common European rules*, cit., p. 241 s.

⁴ A. STADLER – M. STRANDBERG, *op. loc. cit.*

⁵ R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 721.

⁶ *Ibid.*, p. 722, citando R. STÜRNER, *Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint Eli-Unidroit project*, in *Uniform L.R.*, 2014, p. 326. Ma v. anche N. TROCKER, *From ALI–UNIDROIT Principles*, cit., p. 250 ss., che pure già segnalava – con ampi riferimenti normativi ai sistemi stranieri – il graduale superamento del principio, pur tradizionale nell’Europa continentale.

⁷ R. CAPONI, *Le regole modello*, cit., p. 722.

⁸ A. STADLER – M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 257.

giudice [Rules 25(3), 92(2) e (3), 101(3) e 107(2)]⁹; per le modalità di interrogatorio dei testimoni [Rule 115(3)]; per il valore da accordare alle dichiarazioni della parte (Rule 118)¹⁰.

2. Segue: ricadute in punto di importabilità di previsioni di dettaglio

È evidente, peraltro, che se una siffatta opera di mediazione culturale risulta giustificata ed opportuna nell'ottica dei redattori delle *Rules*, è proprio rispetto ai temi per i quali essa maggiormente si è resa necessaria che deve dubitarsi della capacità delle regole stesse a permeare tutti gli ordinamenti cui le regole modello si indirizzano.

Ciò appare tanto più vero con riferimento al sistema domestico, che, di per sé, è raramente citato nei commenti, e, quando lo è, è di norma annoverato tra quelli "di minoranza"¹¹, ad indiretta testimonianza del disallineamento che, quantomeno in materia probatoria, si registra tra panorama nazionale ed europeo; così, già solo considerando i temi sopra menzionati, la prognosi appare particolarmente infausta con riferimento all'ultima delle previsioni richiamate, la Rule 118, non avendo mai riscontrato successo, a livello normativo, la tesi dottrinale favorevole alla testimonianza della parte¹², né avendo spiegato effetti, sul

⁹ *Ibid.*, p. 267 e p. 285; ma v. già ERCP Rule 92 C 4; come sottolinea F. GASCÓN INCHAUSTI, *The approach of the Model Rules to access to information and evidence*, in *Uniform L.R.*, 2025, p. 37, «[i]n the area of evidence [...], the extent of the court's powers and, in particular, the possibility of the court to order on its own motion the taking of evidence not proposed by the parties was a matter of controversy. 18 Comparative solutions are divergent and a neutral and effective solution was not feasible either, given the different understanding of the principle of party disposition at this particular point. As a 'compromise solution', a general rule is offered—the parties are responsible for adducing evidence (Rules 25(1) and 92(1)), which allows two modulations: first, the power of the court to suggest to the parties that they supplement their evidence (Rules 25(3) and 92(2)) and, more exceptionally, the power of the court to order of its own motion the taking of evidence not sought by any party (Rules 25(3) and 92(3))».

¹⁰ M. STÜRNER, (Rules 111–124, 126–127). *Types of evidence*, in A. STADLER - V. SMITH - F. GASCÓN INCHAUSTI (eds.), *European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 320.

¹¹ Così è in relazione all'esistenza di mezzi di prova sottratti alla libera valutazione del giudice, viceversa imperante in Europa (A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 276); va dato atto, però, della capacità dei redattori delle *Rules* di predisporre formulazioni sufficientemente ampie da ricomprendere anche i profili di disciplina che ne derivano. È il caso della Rule 111(4), secondo cui «[p]arties may challenge the authenticity of any document submitted as evidence. In such a case, the court must order the parties to take such steps as are necessary to establish the document's authenticity». È vero che essa «is not concerned with specific procedures to challenge the authenticity of documents, which exist in some jurisdictions like in France (*inscription de faux contre les actes authentiques*, Articles 303 to 316 *Code de procédure civile*) or in Italy (*querela di falso*, Articles 221 to 227 *Codice di procedura civile*)»; e tuttavia, «[t]he second sentence of this paragraph [...] refers to such pre-existing domestic provisions and regulations»: M. STÜRNER, (Rules 111–124, 126–127), cit., p. 311.

More solito, invece, le storture domestiche travalicano i confini nazionali: così, M. STÜRNER, *op. cit.*, p. 310, testo e nota 7, nel commentare la Rule 111(3), secondo cui «[d]ocuments that a party maintains in electronic form must ordinarily be submitted or produced in electronic form, unless the court orders otherwise», precisa che il riconoscimento al giudice del potere di disporre la produzione in formato cartaceo è volto a far fronte a situazioni in cui il documento non possa essere prodotto elettronicamente per motivi tecnici, non certo per garantire una maggiore comodità di lettura... come viceversa avvenuto in Italia [e il richiamo è a Trib. Milano, sez. II, 20 novembre 2014 - 15 gennaio 2015, n. 534 (decreto)].

¹² Il principale fautore della necessità di riconoscere valore probatorio alle affermazioni di parte è, come noto, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, *passim*; sul tema v., di recente, anche per gli ampi

piano costituzionale, la nota sentenza *Dombo Beheer* della Corte EDU¹³, essendo la *ratio* della medesima – la violazione della parità delle armi – non parimenti riscontrabile nel divieto che, nel contesto nazionale, si trae dall'art. 246 c.p.c. (come, del resto, la Corte costituzionale ha ben presto avuto modo di evidenziare)¹⁴; il che, peraltro, e a prescindere dalla posizione che si ritenga di assumere sul merito della questione, sicuramente pone problemi pratici di non poco momento nel rapporto tra processo civile e penale¹⁵.

Molto meno cariche di ideologia, e quindi suscettibili almeno in astratto di più agevole importazione, sono altre regole puntuali, pure degne di attenzione: è il caso della facoltà di astensione riconosciuta ai familiari chiamati a rivestire il ruolo di testimoni [Rule 91(2)(a)]; facoltà invece tuttora non prevista nel Codice di rito domestico, nonostante l'introduzione della stessa sia da tempo ritenuta «obbligata per il patrio legislatore»¹⁶, onde rimediare alle conseguenze della pronuncia costituzionale¹⁷ che ha caducato il divieto di testimoniare di cui al fu art. 247 c.p.c., in tal modo tuttavia esponendo spesso i congiunti della parte all'alternativa tra rendere una dichiarazione a quest'ultima pregiudizievole o commettere falsa testimonianza (non scriminabile ai sensi dell'art. 384, ult. comma, c.p., la giurisprudenza penale consolidata ritenendo la causa di non punibilità ivi prevista applicabile ai soli soggetti incapaci di testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c.)¹⁸.

riferimenti bibliografici, P. MAZZA, «Nemo testis in causa propria»: nell'incerto scenario del giudizio civile di rinvio post-cassazione penale, tra vecchi feticci e nuove suggestioni, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 627 ss.

¹³ Corte EDU, 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 153 ss., con nota di N. TONOLLI, *Il legale rappresentante di enti sarà teste ammissibile se lo esige il principio di parità delle armi*.

¹⁴ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 143, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 429 ss., con nota di L. DITTRICH, *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle «potenziali»*. Come giustamente osserva P. MAZZA, «Nemo testis in causa propria», cit., p. 636, nota 27, «[d]iverso sarebbe stato, probabilmente, se maggior peso nella sentenza della Corte Edu avesse avuto l'argomento della mancanza di altri mezzi di prova quale condizione qualificata per l'ammissione del testimonio parziale», segnalando, al riguardo, la decisione filtro della Commissione europea dei diritti dell'uomo, 8 maggio 1962, ric. 1092/61, *X c. Austria*.

¹⁵ P. MAZZA, «Nemo testis in causa propria», cit., p. 627 ss.

¹⁶ L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, p. 112.

¹⁷ Corte cost., 23 luglio 1974, n. 248, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 99 ss., con nota di A. SALETTI, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 247 c.p.c.: prospettive e problemi*, e in *Giur. cost.*, 1974, p. 2736 ss., con nota di M. CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota*; v. anche L.P. COMOGGIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 41 ss.; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, cit., p. 105 ss.; B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 947 ss.

¹⁸ V. Cass. pen., sez. VI, 8 novembre-5 dicembre 2011, n. 45311, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 384, ult. comma, c.p.c., in favore dei genitori di uno dei coniugi in lite, assunti quali testimoni nel processo civile, in quanto estranei al novero sia dei soggetti facultati all'astensione ex art. 249 c.p.c. (come invece ritenuto dal giudice di merito), quanto a quello dei soggetti incapaci a testimoniare ex art. 246 c.p.c. Il principio – secondo cui «ai fini della esclusione della punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.p., u.c., commessa in una causa civile, l'interesse che rende una persona incapace a deporre si identifica, secondo quanto dispone l'art. 246 c.p.c., con l'interesse giuridico personale, concreto e attuale a proporre una domanda e a contraddirsi, sia sotto l'aspetto di una legittimazione primaria, sia sotto quello di una legittimazione secondaria, mediante intervento adesivo indipendente, per cui non è rilevante un interesse di mero fatto, non sorretto da una posizione di diritto sostanziale

Ancora si segnala, sotto il duplice profilo dell'opportunità e della sostanziale compatibilità con il diritto nazionale, una serie di previsioni in materia di (quella che è considerata) prova peritale, dal dovere del giudice di tendenzialmente aderire alla scelta consensuale dell'esperto operata dalle parti [rule 120(3)] – già ritenuta, se non doverosa, comunque possibile anche nel nostro sistema, argomentando dall'art. 11 LPA¹⁹ – alla sostanziale equiparazione (quantomeno formale) dei *court* e *party-appointed experts*, quale si trae dalla Rule 122(1), secondo cui «[a]n expert, whether appointed by the court or by a party, owes a duty to the court to present a full, objective and impartial assessment of the issue addressed»²⁰. Meno apprezzabile, nella stessa disciplina, la mancata previsione di un limite al numero di consulenti di parte (viceversa fissato in uno per parte dall'art. 201, comma 1, c.p.c., che in ciò costituisce «manifestazione di esigenza democratica del processo, perché, ovviamente, il contraddittorio tecnico scientifico potrebbe determinare un ambiente nel quale la disparità economica delle parti fa registrare pericolose conseguenze» e già letto come espressione del principio di uguaglianza)²¹ e – quantomeno dal punto di vista della formulazione – la Rule 122(2), che, vietando all'esperto di rendere consulenza su temi estranei alle sue competenze, pur traducendo un principio assolutamente condivisibile, sembra farne rimetterne interamente la concretizzazione al consulente, imponendogli di astenersi. La previsione verosimilmente si spiega nell'ottica delle Rules, che, come visto, assumono che l'iniziativa del contatto dell'esperto sia di norma assunta dalle parti; e tuttavia, tenuto conto che anch'esse prevedono la nomina di un *Court-appointed expert*, sembra possibile affermare che più opportuno sarebbe stato anche in quel contesto (come certamente sarebbe nel nostro) porre

giuridicamente tutelabile (Cass. Sez. 6, 30/4/75-11/2/76 n.1963 Rv.132300; 18/6-27/6/08 n.26005 Rv.240566; 10/10-31/10/08 n.40975 Rv.241523) – è stato di recente ribadito da Cass. pen., sez. VI, 24 settembre-4 novembre 2019, n. 44697.

¹⁹ F. AULETTA *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, p. 392 ss.

²⁰ Per M. STÜRNER, (*Rules 111–124, 126–127*), cit., p. 323, «Rule 122 (1) [...] makes clear that the evidence provided by a court-appointed expert does not prevail over that given by a party-appointed expert». Il che appare particolarmente opportuno, a fronte di pronunce che – probabilmente esprimendo quel che resta altrimenti un sentimento latente, ma non per questo meno pericoloso – giungono ad affermare che le «conclusioni tratte dal consulente PM, [...] pur costituendo anch'esse il prodotto di un'indagine di parte, devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dal consulente tecnico della difesa»: così Cass. pen., 29 maggio 2020, n. 16458, in *Giur. it.*, 2020, p. 2776, con nota di G. SPANGHER, *La Cassazione giustifica la "disparità delle armi"*, e in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 351, con nota di F. BARTOLINI, *Il consulente tecnico del pubblico ministero: primus inter pares?*; ma v. già i commenti di R.E. KOSTORIS, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa*, in www.sistemapenale.it, 28 settembre 2020; G. BERGAMASCHI, *La parità delle parti e quel minus habens del consulente dell'imputato*, in www.ilpenalista.it, 1 ottobre 2020; F. GIUNTA, *I consulenti delle parti sono uguali davanti al giudice (ma quello del PM è più credibile)*, in *Discrimen*, 6 ottobre 2020; G.D. CAIAZZA, *Per la Cassazione valgono più i consulenti dell'accusa che della difesa?*, in *Il dubbio*, 11 ottobre 2020; B. ROMANO, *Il coming out della Cassazione. Il processo accusatorio a parti disuguali*, in www.dirittodidifesa.eu, 16 ottobre 2020; F. GALLUZZO, *Se la Cassazione certifica la superiorità del pubblico ministero rispetto alla difesa: il caso della consulenza "assistita da una sostanziale priorità"*, in www.penaldep.it, 21 ottobre 2020.

²¹ F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. Principi e modelli della tutela giurisdizionale dei diritti*, 4° ed., Bologna, 2026, p. 281.

innanzitutto in capo al giudice, onde limitare la sua discrezionalità, il dovere di operare la scelta tra soggetti che, almeno sulla carta, possano ritenersi qualificati.

3. Dal particolare al generale: disposizioni di principio e direttive di fondo

Se questi rilievi preliminari dimostrano come finanche il *cherry-picking* di singole previsioni dettate in relazione a specifici mezzi di prova sia suscettibile di offrire spunti di riflessione, più fruttuoso – sia dal punto di vista della speculazione teorica, sia sotto il profilo delle concrete possibilità di importazione – appare soffermarsi sulle disposizioni di principio e, più in generale, sulle direttive di fondo che animano la disciplina del *taking of evidence*: non tanto (e, comunque, non solo) nel merito, quanto, e prima, nel metodo.

4. Segue: a) l'effettività del *taking of evidence* come diritto della parte?

Il primo rilievo, sotto questo profilo, attiene alla vocazione delle Rules verso la massima garanzia dell'effettività dell'assunzione e istruzione probatoria; obiettivo che, come già sottolineava Dondi, oltre 40 anni fa, nel riportare l'esperienza statunitense, non può essere affidato esclusivamente ai meccanismi sanzionatori, ma impone di rivedere – ove del caso – l'«intera normativa riguardante questa materia»²². Ed è certamente questo l'approccio che emerge dall'osservazione della disciplina in materia probatoria dettata dalle Rules, non solo nel capo alla stessa appositamente dedicato, ma nell'intero articolato²³, a partire dai principi generali.

Già la Rule 25, espressamente dedicata alla prova, dopo aver dettato la regola generale in tema di relativo onere (ricadente sulla parte che allega il fatto, salvo in ogni caso il rinvio alla legge sostanziale), afferma il «diritto» di accedere ad ogni forma di «*non-privileged and reasonably identified evidence*»²⁴, anche se detenuta dalla controparte o da terzi (P.A. compresa: Rule 105)²⁵, che non possono opporre ad eventuali ordini di *disclosure* e/o produzione la circostanza che l'ottemperanza agli stessi favorirebbe la controparte, e il potere del giudice di domandare alle parti di allegare prove ulteriori ed – eccezionalmente – di raccogliergle d'ufficio.

Sembrerebbe tuttavia erroneo ricavare da tale disposizione un vero e proprio diritto alla prova: anzitutto, infatti, la Rule 103 prevede che l'accesso possa essere in vario modo ristretto a tutela della riservatezza (soprattutto quando la prova sia detenuta da un terzo); ciò che consente di riferire anche al sistema delineato dalle regole modello quanto si afferma per

²² A. DONDI, *L'effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, p. 236.

²³ Per il rilievo della capillarità della disciplina della prova nelle Model Rules, v. F. GASCÓN INCHAUSTI, *The approach of the Model Rules*, cit., p. 34.

²⁴ Affermazione ripresa dalla Rule 101(a).

²⁵ Si tratta di una delle poche previsioni rispetto alle quali il dettato domestico (art. 213 c.p.c.) è espressamente richiamato nei commenti: A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 296, nota 206.

quello domestico, *i.e.* che il c.d. «diritto “di difendersi provando” non prende mai consistenza assoluta», né risulta mai «costitutivo di obblighi [...] dell'altra parte o finanche di un terzo»²⁶. Ma v'è di più: il limite non è dato solo dall'altrui diritto – come tendenzialmente nel processo civile nostrano – ma anche da esigenze del sistema. La Rule 102(2)(c) demanda, infatti, al giudice il potere di decidere sull'*application* anche valutando se la «*nature and amount of evidence subject to the application is reasonable and proportionate. For this purpose the court will take into account the legitimate interests of all parties and all interested non-parties*»; il che implica, stando ai commenti, che «[a]pplications can be dismissed if the taking of evidence is too costly or would cause excessive delay of the proceedings»²⁷.

In secondo luogo, la possibilità di accedere ad ogni prova ammissibile e rilevante è – ovviamente – subordinata al rispetto delle scansioni di fase; ma, preme rilevare, quest'ultimo è assicurato non solo dal tradizionale meccanismo della preclusione [così, già la Rule 27(1), in relazione alle offerte di prova non tempestivamente dedotte], ma pure dal ruolo proattivo del giudice e dalla “minaccia” di una chiusura anticipata del processo. Così, scorrendo velocemente – e solo esemplificativamente – la disciplina di dettaglio delle diverse fasi processuali, si incontra anzitutto la previsione secondo cui, al fine di ottemperare al dovere di collaborare onde giungere ad una risoluzione consensuale della controversia, previsto alla Rule 51, le parti possono (*may*) «*identify relevant evidence so as to facilitate effective and early assessment of the merits of their positions*» [Rule 51(2)(c)]. Ma non si tratta all'evidenza di un potere e basta: in realtà, già lo *statement of claim*²⁸ dovrebbe non solo «*describe with sufficient specification the available means of evidence to be offered in support of factual allegations*» [Rule 53(2)(b)] – tant'è che anche la mancanza di tale elemento ingenera il dovere (*must*) della corte di invitare l'attore ad emendarlo [Rule 53(3)] – ma, ove possibile, allo stesso dovrebbero essere già allegati i mezzi di prova sui quali fonda la domanda [Rule 53(4)]²⁹, oltre alla richiesta di accesso alla prova detenuta dalla controparte o da un terzo [Rule 53(5)]. Analoghi oneri gravano sul convenuto [Rule 54(5)], che pure vede consolidare gli effetti della non contestazione già allo stadio dello *statement of defence* [Rule 54(3)]; e tanto la non contestazione quanto il difetto di produzione tempestiva della prova possono determinare l'emanazione di un *early final judgement* [Rule 65(2)(b)]. Resta comunque salva, per entrambe le parti, la possibilità di chiedere di essere autorizzare ad emendare domande e difese, tra l'altro, a seguito della scoperta successiva (purché incolpevole) di nuove prove³⁰, o quando

²⁶ F. AULETTA, *Onere della prova*, in F. AULETTA - S. RUSCIANO, *Prova giudiziale civile*, Torino, 2025, p. 30.

²⁷ A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 290; F. GASCÓN INCHAUSTI - M. STÜRNER, *Access to information and evidence in the ELI/UNIDROIT European rules on civil procedure: some fundamental aspects*, in *Uniform L.R.*, 2019, p. 18.

²⁸ Su quest'ultimo, e più in generale sugli atti difensivi nel sistema delle Rules, v. F. NOCETO, *Atti difensivi nelle Model European Rules of Civil Procedure. Struttura e funzione*, in *questa Rivista*, 2026, p. 198 ss.

²⁹ Lo stesso vale in caso di *joint application*: Rule 57(3).

³⁰ Analogamente prevede la Rule 59 per la *joint application*.

l'allegazione di prove (ancorché già disponibili) si renda necessaria a seguito della previa disclosure (rule 55, comma 1).

Anche nella *early case management hearing* è previsto il potere della corte di emanare una serie di provvedimenti volti alla *disclosure* [Rule 62(2)], una volta chiusa la quale «*no further submissions, arguments or evidence are allowed*», salva la previsione della Rule 63(2) – «*Only under very exceptional circumstances may the court, on its own motion (ex officio) or upon a party's well-founded application, permit further statements and submissions*» – e della Rule 64(4), che, nel disciplinare la *final hearing*, prevede che «*[a]ll relevant evidence not received by the court in the preparatory proceedings may be taken in the final hearing. New evidence not offered in the pleadings or upon amendment in the preparatory stage may be admitted only if a party shows strong and overwhelming reasons for not having produced it earlier*».

Immanente resta il potere del giudice, una volta accolta – in qualunque fase – l'istanza di emanazione di un *access to evidence order*, o ritenuto di provvedervi d'ufficio, di disporre ogni misura necessaria affinché l'ordinanza sia eseguita «*fairly and effectively*» (Rule 109), e di sanzionare il destinatario della stessa (parte o terzo che sia) che distrugga la prova o ne renda altrimenti impossibile l'acquisizione (Rule 110). Dalla lettura combinata delle due disposizioni emerge, infatti, la possibilità di avvalersi sostanzialmente di *tutti* gli strumenti ipotizzabili onde attingere il risultato³¹: dall'esecuzione diretta, anche avvalendosi della forza pubblica (Rule 109)³², alle sanzioni processuali [Rule 110(1)(a)(b)], fino all'*astreinte* [Rule 110(1)(c)]; ed è su questo punto che le Rules sembrano davvero poter costituire un "modello" cui ispirarsi, vista anche l'ennesima occasione persa con la riforma Cartabia.

Invero, nonostante l'ampia latitudine della formula dell'art. 1, comma 21, lett b), l. 26 novembre 2021, n. 206 – che demandava al Governo di «prevedere conseguenze processuali e sanzioni pecuniarie nei casi di rifiuto non giustificato di consentire l'ispezione prevista dall'articolo 118 del codice di procedura civile e nei casi di rifiuto o inadempimento non giustificati dell'ordine di esibizione previsto dall'articolo 210 del medesimo codice»³³ –

³¹ Sul punto, resta fondamentale lo studio di A. DONDI, *L'effettività*, cit., *passim*, sia nella ricostruzione dei singoli strumenti invalsi nei sistemi (francese, tedesco, anglosassone e statunitense) tuttora assunti come principali modelli, sia nella loro valutazione teorica, *in primis* sotto il profilo dell'effettività. Più di recente, sugli strumenti francese e anglosassone, v. C.V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, p. 147 ss. e p. 103 s., e B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, p. 102 ss. e p. 215 ss.; per la Germania, v. R. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Le prove nel processo civile. Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile Atti del XXV Convegno nazionale (Cagliari, 7-8 ottobre 2005)*, Milano, 2007, p. 294 ss.; G. DI FAZZIO, *La riforma dell'esibizione di documenti nel processo civile tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 143 ss.

³² *Consolidated draft*, p. 232.

³³ Più limitata la delega – e, quindi, si direbbe, il potere del delegato – con riferimento alla richiesta di informazioni alla P.A., l'art. 1, comma 21, lett. c), l. 26 novembre 2021, n. 206 limitandosi a richiedere la previsione «di un termine non superiore a sessanta giorni entro il quale la pubblica amministrazione, cui sono state richieste informazioni ai sensi dell'articolo 213 del codice di procedura civile, deve trasmetterle o deve comunicare le ragioni del diniego»; la novella ha, quindi, lasciato

consentisse, in astratto, anche³⁴ la comminatoria di un'*astreinte* endoprocedurale, la riforma è stata in ultimo limitata a minimi ritocchi agli artt. 118 e 210 c.p.c., con l'innalzamento della sanzione pecuniaria comminabile nei confronti del soggetto (parte o terzo) recalcitrante; così introducendosi un «istituto dalla struttura differente» da quello di cui all'art. 614-bis: non solo perché «l'importo – si deduce, pur in assenza di indicazioni – dovrà essere attribuito all'erario (alla Cassa delle ammende) e non alla parte avversa»³⁵, ma perché lo stesso sconta un'inefficienza di fondo, che sempre accompagna le sanzioni non graduate (*i.e.*, l'incapacità di porsi come effettivo deterrente rispetto alle condotte il cui utile sperato risulti superiore ad una certa soglia, evidentemente tanto più bassa quanto minore dovesse risultare la sanzione stessa)³⁶; né l'inefficienza è bilanciata, almeno con riferimento alla controparte, dalla minima sanzione processuale, costituita dalla possibilità, per il giudice, di trarre dall'inottemperanza all'ordine un argomento di prova: in sostanza, «[a] fronte di una sanzione pecuniaria in misura prefissata, nel massimo, in una somma relativamente esigua [...], la parte destinataria dell'ordine finirà, in sostanza, per effettuare una stima interamente basata sul rischio che l'inottemperanza possa condurla alla soccombenza: rischio nullo ogniquale volta l'argomento di prova non possa assumere valore dirimente»³⁷.

5. Segue: b) l'inammissibilità della prova illecita come corollario dell'effettività

L'effettività del *taking of evidence*, oltre che un fine, costituisce anche – nel corpo delle Rules – la ragione (se non unica, certo) determinante di opzioni ulteriori.

Si allude, in particolare, alla disciplina della prova illecita: tema che, in realtà, è stato vivacemente discusso in sede di redazione delle Rules³⁸, essendo lo stesso variamente affrontato nei Paesi europei³⁹, sia dal punto di vista definitorio che della concreta disciplina

irrisolto il principale problema posto dalla disposizione, *i.e.* quello della «mancanza di un meccanismo sanzionatorio posto a tutela dell'effettività della stessa» N. VICINO, *Le misure in tema di rafforzamento dei doveri di leale collaborazione delle parti e dei terzi*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile. Seconda edizione ampliata e aggiornata al d.leg. 31 ottobre 2024 n. 164*, Rimini, 2025, p. 254.

³⁴ Ma sulle proposte, sia interpretative che di riforma, avanzate nel tempo onde rimediare all'ineffettività – in particolare – dell'ordine di esibizione con strumenti diversi dall'*astreinte*, *v.*, anche per riferimenti, N. VICINO, *Le misure*, cit., p. 251 ss. Più ampiamente, per un inquadramento del tema nell'alveo del dovere di collaborazione delle parti, *v.* M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.)*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, p. 29 ss.

³⁵ C.V. GIABARDO, *Il maquillage dell'art. 614 bis c.p.c. e gli altri interventi in tema di poteri coercitivi del giudice civile*, in A. RONCO (dir.), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2023, p. 431 s.

³⁶ Per un rilievo analogo, *v.* M. GRADI, *Doveri*, cit., 42, nota 44

³⁷ F. AULETTA, *Diritto giudiziario*, cit., p. 285.

³⁸ F. GASCÓN INCHAUSTI - M. STÜRNER, *Access to information and evidence*, cit., p. 19;

³⁹ A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 262. *V.* anche V. RIJAVEC - T. KERESTES, *Restrictions on The Admissibility of Evidence*, in C.H. VAN RHEE - A. UZELAC (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Cambridge, 2015, p. 87 ss.; B. NUNNER-KRAUTGASSER - P. ANZENBERGER, *Inadmissible Evidence: Illegally Obtained Evidence and the*

(talora affidata alla legge, costituzionale od ordinaria, più spesso alla giurisprudenza); sicché, se la soluzione (anche qui) di compromesso⁴⁰, codificata nella Rule 90 – per cui, ferma la regola generale dell’inammissibilità della prova illecita, solo eccezionalmente la corte può ammetterla, ove essa costituisca l’unico mezzo per l’accertamento dei fatti, e solo previa valutazione del comportamento della controparte o dei terzi e della gravità della violazione – riprende, in ultimo, la giurisprudenza convenzionale⁴¹, i commentatori concordano nell’attribuire alla constatata, ampia possibilità riconosciuta alle parti di procurarsi la prova *attraverso* il processo un peso determinante nella scelta del rapporto tra regola ed eccezione⁴².

Ma la bontà della soluzione – sia dal punto di vista dell’*an* che del concreto contenuto della regola – pare apprezzabile anche dall’angolo visuale dello studioso italiano, pur in difetto di una pari effettività del *taking of evidence*.

Come noto, infatti, anche nel nostro sistema, difettando un’espressa previsione, è dubbia sia la definizione (che peraltro neppure le Rules forniscono, presupponendola)⁴³, sia – e anche conseguentemente – il trattamento della prova illecita. Così, come nella maggioranza dei sistemi europei, la materia è dominata dal diritto giurisprudenziale, ove tuttavia convivono 3 indirizzi (quelli, estremi, dell’ammissibilità o dell’inammissibilità *tout court* della prova illecita, e quello che ritiene necessario operare un bilanciamento degli interessi in gioco, evidentemente su base casistica)⁴⁴; sicché già solo l’incertezza che ne deriva rende di per sé opportuna una presa di posizione del legislatore, in un senso o nell’altro.

D’altro canto, se, in una prospettiva *de iure condito*, e partendo dal presupposto che illecita sia quella prova acquisita in violazione di un precetto di diritto sostanziale (poiché altre sono le conseguenze, in punto di nullità e/o inutilizzabilità, di quella assunta contravvenendo alle

Limits of the Judicial Establishment of the Truth, in V. RIJAVEC - T. KERESTEŠ - T. IVANC (eds.), *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 195 ss.

⁴⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, *The approach of the Model Rules*, cit., p. 37.

⁴¹ F. GASCÓN INCHAUSTI - M. STÜRNER, *Access to information and evidence*, cit., p. 20 s.

⁴² F. GASCÓN INCHAUSTI, *The approach of the Model Rules*, cit., p. 39; A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 262 s.; ma v. già il *Consolidated draft*, p. 206.

⁴³ Come sottolinea F. GASCÓN INCHAUSTI - M. STÜRNER, *Access to information and evidence*, cit., p. 20 «[t]he proposed rule does not determine [what is illegal], but for one point: illegality must refer to the way evidence was obtained, not to its contents or to the taking of it». Secondo gli aa., «only critical cases should be considered here—that is, only cases where evidence was obtained by infringing fundamental rights or other equivalent constitutional values. In other words, illegal is not an equivalent of ‘unlawful’, a term with ethical perspectives, rather than legal, but neither is it an equivalent of ‘wrongful’ because not any legal infringement should entail the severe consequences associated to illegality».

⁴⁴ Per una ricostruzione del dato giurisprudenziale, v. M. VELLETTI, *Disciplina della prova nei procedimenti di diritto di famiglia*, in A. CIRIELLO - G. GRASSO - D. LO MORO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario*, Roma, 2021, p. 153 ss., spec. p. 161 ss.

Quanto, invece, all’elaborazione dottrinale, v. anzitutto gli studi monografici *ex professo* dedicati al tema di L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, e N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Napoli, 2020, nonché P.C. RUGGIERI, *Privacy e processo civile*, Roma, 2022, p. 141 ss.

regole processuali), già in altra sede⁴⁵ si è espressa adesione alla tesi di Passanante – che è giunto a dimostrare, da un lato, l’assenza di un espresso limite all’utilizzabilità della stessa, e, dall’altro, la contraddittorietà di un’argomentazione per principi che volesse fondarlo sui canoni del giusto processo –, nella medesima occasione si è già auspicato un intervento legislativo in senso contrario, dovendosi ritenere che l’assenza attuale di un divieto ponga problemi non esclusivamente assiologici, quantomeno nella misura in cui il diverso regime valevole nel processo civile e penale viene di fatto aggirato mediante la circolazione dei giudicati. In sostanza, a prescindere da ogni giudizio di valore, sembra darsi già allo stato almeno una ragione per auspicare l’introduzione di un divieto analogo a quello previsto dalla Rule 90.

A questa potrà aggiungersene una ulteriore, in realtà in qualche misura suggerita dallo stesso commento alle Rules, là dove osserva che «*permitting the possibility of exceptions to the general rule should not be taken to promote illegality in evidence-gathering. The general rule in Rule 90(1) is, on the contrary, intended to deter illegality*»⁴⁶; ma su tale punto sembra opportuno tornare nelle conclusioni, introducendo esso un tema che, per quanto controintuitivamente, risulta comune a quello dello standard di prova, su cui subito *infra*.

6. Segue: c) la codificazione dello standard di prova tra esigenze di certezza e ricerca dell’optimum

Anche rispetto a questo tema, il primo apprezzamento va indirizzato all’*an*: la Rule 87, nel fissare lo standard di prova – sul presupposto che esso costituisca «*a matter of law*»⁴⁷ e che debba essere reso noto alle parti prima del processo⁴⁸, per ragioni non troppo diverse da quelle per cui, anche nella letteratura domestica, si predica la medesima necessità rispetto alle regole di riparto dell’onere della prova (che resta essenziale come *principio*, ancorché in astratto declinabile secondo *regole* differenti)⁴⁹ – colma quella che, invece, nel nostro sistema costituisce una lacuna, stante la mancanza di una disposizione *ad hoc*.

La concreta scelta della formula dello standard – il «ragionevol[e]» convin[cimento]», ancora una volta frutto di un compromesso⁵⁰ – non sembra invece opportunamente mutuabile: certo, in prima battuta, l’orientamento delle Rules, nel senso del superamento del criterio della *preponderance of evidence* – donde l’enfasi posta sul richiamo alla necessità che il giudice risulti «convinto», che appunto mira ad elevare lo standard *oltre* il «più probabile che non» – potrebbe in prima battuta apparire perfettamente in linea con l’evoluzione dottrinale

⁴⁵ V. CAPASSO, *La giurisprudenza francese in tema di preuve déloyale e « circolazione di giudicati » resi secondo regole processuali diverse: considerazioni a margine di un problema comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, p. 903 ss.

⁴⁶ *Consolidated draft*, p. 206; un cenno anche in A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 262 s.

⁴⁷ A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 256.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ F. AULETTA, *Onere della prova*, cit., p. 21 ss.

⁵⁰ A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 257.

domestica, che appunto critica lo standard in parola⁵¹. Ad una più attenta analisi, tuttavia, l'impressione si rivela errata.

Anzitutto, la specificazione che il convincimento debba essere (solo) «ragionevol[e]», dichiaratamente intesa a lasciare al giudice un certo margine di manovra⁵², da un lato non può non evocare la pessima prova che ha dato di sé la formula analoga della ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello, da stimarsi ai fini dell'opzione tra applicazione del filtro di cui all' art. 348-bis c.p.c. *ante*-Cartabia e trattazione ordinaria⁵³; dall'altro, reca intrinsecamente con sé un elemento di discrezionalità che finirebbe, ove calato *senz'altro* nel contesto nazionale, per vanificare l'intento (pur) ufficialmente perseguito. Infatti, da un lato, mentre la previsione si accompagna nelle Rules a quella del dovere del giudice di giustificare le ragioni del proprio ragionevole convincimento [Rules 12 and 131(f)] – e, in particolare, a quello di considerare «*all factual, evidential, and legal issues advanced by the parties*» e di «*specifically set out their reasoning concerning substantial issues*» [Rule 12(1)] –, un siffatto dovere, quand'anche codificato, risulterebbe prevedibilmente svuotato, nel panorama domestico, ove ricondotto al vizio di motivazione, come oggi interpretato⁵⁴; dall'altro, anche a voler ritenere – come sembrerebbe più corretto – il dovere in parola quale regola di condotta del giudice, e, quindi, ricondurne la violazione al novero degli *errores in procedendo*, è nota la relazione biunivoca che la Cassazione traccia tra potere discrezionale del giudice e sostanziale insindacabilità del suo esercizio.

Vi è di più: che il superamento del «più probabile che non» sia davvero auspicabile non è così scontato. Certo potrebbe apparire tale, nella misura in cui si volesse assumere che lo scopo

⁵¹ R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2524 ss.; *Id.*, *Logica del giudizio di fatto, standard di prova e controllo in Cassazione*, in Aa.Vv., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, Bologna, 2020, p. 373 ss.; *Id.*, *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 515 ss. *Id.*, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, in S. PATTI - R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino, 2022, p. 26 ss.; *Id.*, *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 460 ss.; *Id.*, *La valutazione delle prove: tra cognitivismo ed ermeneutica*, *ivi*, 2022, p. 881 ss.; *Id.*, *La ricostruzione dei fatti nel ragionamento giudiziale*, in *Judicium*, 2022, p. 525 ss.; *Id.*, *La valutazione delle prove e il suo controllo in Cassazione*, in *Jus Civile*, 2023, p. 34 ss.; *Id.*, *Gli standard di prova nella giurisprudenza della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 451 ss.

⁵² A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 257.

⁵³ Sul tema, anche per una ricognizione delle variegate opinioni dottrinali, sia consentito il rinvio a V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*, Roma, 2022, p. 349 s., testo e note 528-532.

⁵⁴ *I.e.*, secondo il tuttora formalmente incontrastato insegnamento di Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 (e n. 8054), in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1594, con nota di F. PORCELLI, *Sul vizio di «omesso esame circa un fatto decisivo»*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1241, con nota di C. GLENDI, *At ille murem peperit (nuovamente a proposito di un altro “non grande arresto” delle Sezioni Unite)*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, II, p. 460, con nota di S. DALLA BONTÀ, *Le Sezioni Unite enunciano l'applicabilità del riformulato art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c. e del meccanismo della c.d. doppia conforme al ricorso per cassazione in materia tributaria, con abbassamento della soglia di sindacato alla mera esistenza del minimo costituzionale* (v. L. PASSANANTE, *Le sezioni unite riducono al « minimo costituzionale » il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 179 ss.).

(se non unico, prevalente) del processo sia la ricerca della verità materiale; o si potesse affermare che solo operando sullo standard sarebbe conseguibile un controllo di legittimità sull'altrimenti sostanzialmente piena discrezionalità del giudice.

Ma, da un lato, rispetto al primo tema, mi pare che le stesse Rules – almeno stando all'interpretazione autentica che può ritenersi essere fornita dal commento alla versione inglese – assumano una prospettiva laica, come dimostrato dalla precisazione che «*“Truth” in this context must be read free from any philosophical connotation. It is merely intended to describe the level or degree of confidence sufficient for the court to pronounce a decision on the facts*»⁵⁵; il che appare del resto perfettamente coerente con un sistema che – oltre ad impostarsi sull'articolato sistema di preclusioni, cui si è già fatto cenno – ammette che la decisione possa basarsi su fatti ammessi o non contestati [Rule 88(1)].

Dall'altro, e con riferimento – stavolta – ad entrambi gli ipotetici obiettivi, l'innalzamento per via normativa dello standard non appare affatto necessario (né, verosimilmente, sufficiente). Anzitutto, infatti, le stesse critiche avanzate dalla dottrina domestica appaiono rivolte non allo *standard in sé*, ma al *modo in cui esso è inteso dalla giurisprudenza*. Invero, come pure sottolineato, in astratto potrebbe ritenersi «più probabile» il fatto «più provato», cioè quello che «ha un grado di conferma probatoria maggiore rispetto all'ipotesi contraria, vale a dire l'ipotesi della sua non verificaione, indipendentemente dalla solidità, dalla forza in assoluto del grado di conferma stesso»⁵⁶; oppure quello «che ha maggiori possibilità di verificaione rispetto all'ipotesi fattuale contraria», cioè quello il cui «grado di conferma probatoria consente di affermare la sua verificaione in base all'*id quod plerumque accidit*»⁵⁷; e il vero problema, avvertito dalla dottrina domestica, è che la Cassazione si allinea al primo modo di intenderlo, quando il secondo sarebbe non solo preferibile, ma in realtà quello più razionale, oltre che coerente con il dato positivo *a tutto tondo*. Se, infatti, Poli, nel rilevare l'insussistenza di qualsivoglia ragione per «prevedere per la parte onerata di poter provare di meno, o di dovere provare di più di quanto accade normalmente, di regola, nel mondo a giustificazione della propria domanda giudiziale»⁵⁸, può trarre conferma dagli artt. 2727 e 2729 c.c. e 192 c.p.p., già si deve a Taruffo l'osservazione per cui uno standard più elevato finirebbe per porsi in contrasto con l'art. 24 Cost., in quanto renderebbe «proporzionalmente troppo difficile, a chi si presenta come titolare di un diritto che rivendica in giudizio, di provare il fondamento fattuale del diritto che fa valere»⁵⁹.

⁵⁵ Consolidated draft, p. 202.

⁵⁶ R. POLI, *Gli standard di prova nella giurisprudenza*, cit., p. 463.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 464.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 470.

⁵⁹ M. TARUFFO, *La regola del più probabile che non come regola probatoria e di giudizio del processo civile*, in V. GAROFOLI (a cura di), *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Milano, 2005, p. 56.

D'altro canto, la dottrina sottolinea pure che, nonostante «torregg[i] il noto insegnamento della Suprema Corte, secondo cui la valutazione delle prove costituisce un'attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, e non è sindacabile in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione (ma non più per motivazione insufficiente, dopo la riforma del 2012) o per omesso esame circa un fatto decisivo, ex art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.», «quando si va a vedere nel dettaglio le pronunce della Corte, ci si avvede che le possibilità di sindacato delle «buone ragioni» del giudizio di fatto appaiono senz'altro soddisfacenti anche nel giudizio di cassazione», la giurisprudenza di fatto riconoscendo la sindacabilità di «tutti i momenti strutturali della valutazione delle prove»⁶⁰.

Escluse, per quanto detto, ragioni giuridiche cogenti nel senso della necessità della modifica, quest'ultima neppure sembra potersi giustificare per ragioni di efficienza del sistema: anzi. Studi di *law and economics* dimostrano che – quantomeno nei classici giudizi di responsabilità

⁶⁰ R. POLI, *Gli standard di prova nella giurisprudenza*, cit., p. 476, testo e nota 71. Anche se, di là di ogni ricostruzione, pare sempre valida l'osservazione – che giustifica l'anticipato giudizio di insufficienza di qualunque, ipotizzabile modifica – che l'unica «costante» nel controllo della motivazione da parte della Cassazione si risolve in ciò, che «la Corte fa quello che vuole»: F.P. LUIO, *Diritto processuale civile, II. Il processo di cognizione*, Milano, 2017, p. 412.

civile⁶¹ – quello della *preponderance of evidence* rappresenta lo standard⁶² che massimizza la propensione alla diligenza dei potenziali *tortfeasors*, anche in situazioni di asimmetria informativa⁶³. La ragione appare evidente: al ridursi dell'onere dimostrativo dell'attore aumenta proporzionalmente il rischio per il convenuto di restare soccombente (tant'è che è pacifico che il regime di *strict liability* sia quello che induce la massima diligenza; ma quest'ultimo, ovviamente, può assumersi solo in casi tipici, selezionati dal legislatore in base a considerazioni di regolarità statistica o di bilanciamento degli interessi).

⁶¹ La diversa soluzione adottata nel processo penale è non solo retta, a monte, da una diversa *ideologia*, ma è pure concretamente resa più semplice dalla possibilità di ritenere sempre e comunque prevalente la tutela dell'imputato (per necessità costituzionale, evidentemente, ma anche – secondo l'insegnamento tradizionale dell'analisi economica del diritto – sull'assunto che in tale ambito i falsi positivi siano socialmente più "costosi" dei falsi negativi): per riferimenti, v. N. GAROUPA, *Explaining the Standard of Proof in Criminal Law: A New Insight*, in *Supreme Ct. Econ. R.*, 2017, p. 111 ss., che peraltro evidenzia come lo standard BARD nel processo penale costituisca (anche) un correttivo alla propensione alla condanna degli operatori di giustizia.

In quest'ottica, riesce anche maggiormente comprensibile l'innalzamento dello standard in alcuni tipi di giudizi civili, che tuttavia ripetono in qualche misura lo schema processualpenalistico. Esempio in questo senso è la recente virata verso lo standard della *clear and convincing evidence* nel processo tributario (G. MELIS, *L'onere della prova nel diritto tributario dopo la legge n. 130 del 2022 e il d.lgs. n. 219 del 2023*, in *Dir. prat. trib.*, 2024, p. 1700 s., anche per ulteriori riferimenti), ove, come noto, l'art. 7 D.Lgs. n. 546/1992 – aggiunto dall'art. 6, comma 1, L. n. 130/2022, e poi rifluito dell'art. 52, comma 5, TUGT, approvato con il d.lgs. n. 175/2024, di cui è prevista l'applicazione dal primo gennaio 2026 – prevede che «L'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati».

La disposizione è parsa dettare, più che «una regola probatoria finale vera e propria», ma «una regola (pre)finale di giudizio, che opera oltre la fase istruttoria, incidendo direttamente in quella decisoria», nella misura in cui, nell'economia della stessa, «la deficienza della prova» assurge al rango di «vero e proprio autonomo vizio di legittimità dell'atto stesso, e dunque, per ciò solo, immediatamente produttivo dell'effetto caducatorio, suo proprio»: C. GLENDI, *La regola (pre)finale al non liquet nel novissimo processo tributario riformato*, in *Dir. prat. trib.*, 2025, p. 1226. Ad ogni modo, e di là delle difficoltà interpretative che la formulazione della disposizione ingenera – già per la sua fattura, essendosi immediatamente notato che «al lettore, non necessariamente "culto", ma, pur solo non proprio a digiuno della materia, [essa] appare una sorta di "guazzabuglio di parole" frutto palese d'incultura giuridica, in cui convergono, con stupefacente libertà, confusioni concettuali di primordiali nozioni oramai sedimentate a livello teorico, come sono quelle di "prova", "motivazione" e "giudizio", "decisione di merito" o di "annullamento di atti", di "oggetto della domanda" o di "motivi" o "ragioni", e, ancora, di "mancanza", "contraddittorietà" o "insufficienza" di motivazione e/o di prova»: C. GLENDI, *La novissima stagione della giustizia tributaria riformata*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2022, p. 760 –, almeno due dati sembrano indubbi: da un lato, l'impossibilità di secondarne letture riduttive, intese a privare la novella normativa di qualunque carattere innovativo (in questo senso C. GLENDI, *Onere della prova o regola finale del fatto incerto nel processo tributario riformato*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2023, p. 474 s.); dall'altro, la «chiara *intentio legislatoris*», nel senso di «elevare lo standard probatorio a carico dell'Amministrazione finanziaria, ponendo un argine alle prassi giurisprudenziali pro fisco» (M. PANE - L.R. CORRADO, *L'onere della prova, tra novella legislativa e resistenza ermeneutica pro fisco*, in *Il fisco*, 2026, p. 132, che tuttavia danno atto – ivi, p. 131 ss. – delle resistenze della giurisprudenza, soprattutto di legittimità).

⁶² Va comunque avvertito che «*the treatment of burden of proof in the economic literature is confusing. The distinction between burden and standard of proof is not always clear*»: N. GAROUPA, *Explaining*, cit., p. 112, nota 1

⁶³ D. DEMOUGIN - C. FLUET, *Preponderance of Evidence*, in *European Econ. R.*, 2006, p. 963 ss.

7. Un rilievo conclusivo: le regole processuali come (dis)incentivi delle condotte illecite fuori e prima del processo

Di tali considerazioni non è traccia né nel commento ufficiale, né nella dottrina che si è esercitata sulle Rules; il che – per tornare a quanto accennato poco fa – stona, invece, con la consapevolezza mostrata dai redattori delle regole modello in tema di prova illecita, rispetto alla quale invece – come visto⁶⁴ – ci si premura di sottolineare che l’eccezionale ammissibilità di quest’ultima, per i casi in cui essa costituisca l’unico strumento per la dimostrazione del fatto, non intende incentivare condotte illecite sul piano sostanziale, quali appunto quelle rivolte a procurarsi la prova *comunque*. Considerazione che, oltre a confortare il giudizio positivo già espresso sulla regola (dell’inammissibilità della prova illecita), appare apprezzabile anche nella misura in cui rivela la capacità di redattori delle Rules di adottare una visione d’insieme, non limitata alla disciplina del processo, ma estesa ai riflessi che essa può determinare sul comportamento extraprocessuale dei consociati.

Ora, la circostanza che pari sensibilità non emerga con riferimento allo standard di prova può verosimilmente spiegarsi considerando che rispetto alla prova illecita il collegamento risulta in effetti più immediato ed *intuitivo*; eppure, a valle, è facile constatare come i due temi rispondano ad esigenze di temperamento analoghe (potendo, allora, ad entrambi indirizzarsi il rilievo per cui «*seeking the truth is not the same as providing incentives*»)⁶⁵; così come sembra ragionevole sostenere che tale temperamento – qui, come in ogni altro ipotizzabile caso – non possa affidarsi all’*intuizione*, tantopiù ove uno strumento di analisi scientifica (nella specie, la *law and economics*) si dia.

Ovviamente, le superiori considerazioni muovono dal presupposto – del resto naturalmente derivante dall’oggetto di analisi, le Model Rules, che adottano l’ottica del regolatore, non del giurista positivo o del giudice – che ad occuparsi di tanto sia il *lawmaker*.

E, nel nostro sistema, il *lawmaker*, l’unico legittimato per Costituzione ad esserlo, quando si tratti del processo, è anche il primo – se non l’unico – astretto al *vincolo di scopo* di predisporre di funzionali, oltre che alla giustizia (procedurale)⁶⁶, alla ragionevole durata; la quale ultima, come la giurisprudenza ci ricorda sin troppo spesso, si consegue *anche* agendo sulla *quantità*. E allora proprio i due temi affrontati inducono a domandarsi, più generale, se, nel momento in cui si pensa alle regole, l’obiettivo primario debba restare sempre e comunque il mito della fedeltà dell’accertamento giudiziale alla c.d. verità materiale, o piuttosto (o, comunque, *anche*) quello di valorizzare la funzione generalpreventiva delle regole processuali, nella misura in cui esse si rivelano suscettibili di orientare il

⁶⁴ *Retro*, § 5.

⁶⁵ D. DEMOUGIN - C. FLUET, *Preponderance of Evidence*, cit., p. 4.

⁶⁶ Per le ragioni della specificazione, v. V. CAPASSO, *Nullità degli atti*, cit., p. 48 ss.

comportamento dei consociati *prima e fuori del processo*, sì da potenzialmente ridurre la necessità di ricorrervi.

Valentina Capasso
Ricercatrice dell'Università di Napoli Federico II



MARCELLO STELLA

Regole modello europee di procedura civile e arbitrato, dogmi e sinergie

Testo della relazione svolta al Seminario “ELI/UNIDROIT e processo civile italiano: quali prospettive?”, Università degli Studi di Napoli Federico II, 6 febbraio 2026. L’Autore riflette criticamente sul significato della esclusione dell’arbitrato dal campo di applicazione delle Regole Modello di procedura civile europee e sulle prospettive di avvicinamento futuro del diritto dell’arbitrato degli Stati membri alla luce della giurisprudenza uniformante della Corte di Giustizia UE in materia.

Speech delivered at the Seminar “ELI/UNIDROIT e processo civile italiano: quali prospettive?”, Università degli Studi di Napoli Federico II, on 6 February 2026. The Author critically enquires the meaning of the exclusion of arbitration from the scope of application of the Model Rules of European Civil Procedure in the light of the harmonization of arbitration amongst the Member States prompted by the case law of the EU Court of Justice.

Sommario: 1. L’eccentrica esclusione dell’arbitrato dal campo applicativo delle Regole modello europee di procedura civile...; 2. ...e l’apporto uniformante e sempre più preponderante sul processo privato, in tre arresti recenti della Corte di Giustizia in tema di: a) efficacia di giudicato del lodo contrario a norme di ordine pubblico europeo; 3. (*Segue*) b) opponibilità ai terzi delle clausole compromissorie, in particolare in materia di azione diretta del danneggiato contro l’assicuratore del danneggiante; 4. (*Segue*) c) potere-dovere di controllo di conformità del lodo estero all’ordine pubblico europeo e ripudio della c.d. teoria minimalista; 5. Riflessi sistemologici sull’arbitrato interno, in particolare sull’arbitrato da legge obbligatorio e semi-forzato societario.

1. L’eccentrica esclusione dell’arbitrato dal campo applicativo delle Regole modello europee di procedura civile...

Sotto lo sguardo vigile, all’inizio dubbioso forse ma infine non dispiaciuto di autorevoli esponenti della *arbitration community*¹, eminenti accademici e giudici di *common law*, a un lustro da Brexit, le regole modello di procedura civile europee hanno visto la luce. Questo *corpus* semi-organico di regole e principii, votati a massima *souplesse* (anche a rischio di svalutare però i vantaggi, va detto senza afflato garantista, del processo regolato dalla legge), che *pour cause* non ambisce a ergersi a codice di procedura civile europeo (nessun cenno, nelle *Rules*, si noti subito, a nullità degli atti processuali, loro sanatoria, etc.), sembrerebbe, quasi per gusto di paradosso, ritagliare una zona franca per i legislatori nazionali in materia di

¹ Nell’elenco degli *Observers* ai lavori della commissione ELI/UNIDROIT sono annoverate la Association for International Arbitration (AIA) e l’IBA Arbitration Committee.

arbitrato. Pur se la Rule 1(1), prevede che le regole modello si applicano nelle controversie civili e commerciali anche a carattere transnazionale “*qualunque sia la natura del giudice adito*”, il capoverso della norma dispone, con linguaggio massimamente preclusivo, che le nuove *Rules* non s’applicano all’arbitrato. Senonché l’eccezione così enucleata non individua, a differenza delle altre lettere dell’elenco (*status* personali e capacità delle persone; diritti dei coniugi; sicurezza sociale; obbligazioni alimentari; testamenti e successioni; fors’anche, per certi ed ovvi versi, procedure concorsuali), una materia sostanziale sottraibile all’ambito “civile e commerciale”, bensì una precisa forma alternativa di risoluzione delle controversie per la tutela dei diritti soggettivi. Potrebbe venir fatto di credere che le Regole modello accolgano implicitamente una concezione schiettamente negozialistica della natura dell’arbitrato. Il che farebbe compiere un balzo all’indietro di circa vent’anni, un *flashback* a Sez. Un. 527 del 2000 in sostanza, al dibattito nostrano su giurisdizionalità dell’arbitrato, assimilabilità degli effetti del lodo a quelli della sentenza, pari idoneità al giudicato sostanziale².

Questo fugace retropensiero non può tuttavia assurgere a fondato dubbio sulle intenzioni dei *drafters*, dopotutto intuibili e anche – si sarebbe detto ancora un lustro fa – comprensibili, benché non lumeggiate dalla Relazione illustrativa. La delimitazione *ratione materiae* dell’ambito applicativo delle Regole modello, vi si legge, ricalcherebbe i criteri tracciati dal sistema di Bruxelles su giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni dei giudici degli Stati membri in materia civile e commerciale³. L’altrimenti criptico, nel dato contesto, riferimento alla “natura del giudice”, nei Regolamenti, *olim* Conv. di Bruxelles, vale ad includere nel regime di circolazione agevolata le decisioni su diritti soggettivi pronunciate dal *Conseil d’Etat* francese nelle controversie soggette alla giurisdizione esclusiva, come pure i capi di condanna risarcitori e restitutori pronunciati dal giudice penale a favore della parte civile (con conseguente estensione, forse *praeter intentionem*, del campo applicativo delle *Rules* anche al processo amministrativo e penale *in parte qua*).

² Anche dopo la riforma del 2006, come è noto, da alcuni autori si dubita che l’equiparazione del *dictum* arbitrale alla sentenza del giudice togato implichi che il lodo spieghi efficacia di accertamento a partire dal momento della pronuncia e, in secondo luogo, che l’equiparazione *quoad effectum* alla sentenza postuli la idoneità del lodo al giudicato sostanziale: l’art. 824-bis c.p.c., al pari dell’art. 1713 c.p.c. belga, omette ogni riferimento alla cosa giudicata, a differenza del diritto francese (art. 1476 n.c.p.c.), tedesco (§ 1055 ZPO), austriaco (§ 607 ZPO), spagnolo (art. 43 *ley de Arbitraje*), espliciti a tale riguardo. V. su ciò E. D’ALESSANDRO, *Riflessioni sull’efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell’art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 529 ss.; *amplius* S. BOCCAGNA, *L’impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, p. 329 ss.

³ Sempre alla insegna della specialità della materia giustificano la esclusione dell’arbitrato dal campo applicativo delle regole modello F. G. INCHAUSTI, V. SMITH, A. STADLER, (*Rule 1*) *Introduction and Scope*, in *European Rules of Civil Procedure A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Cheltenham, 2023, p. 6: “Rule 1 (2) lists the same exceptions from the scope of application as Art. 1 (1) of the Brussels Ibis Regulation does. Therefore, for details one can refer to the case law of the ECJ in this respect. In sum, family and heritage proceedings, social security, insolvency proceedings and *arbitrations* have been excluded from the project due to their particularities”. Curioso ed ellittico uso del plurale. Si voleva forse alludere alla dicotomia rituale/irrituale o forse, più probabilmente, volontario/obbligatorio?

Se l'esclusione dell'arbitrato dal sistema di Bruxelles si spiega però tutto sommato agevolmente, in virtù della preminenza sul diritto europeo di un trattato internazionale previgente, ratificato da tutti gli Stati membri, quale la Conv. New York 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali⁴, trascesi i profili internazionale-processuali afferenti al raccordo tra arbitrato internazionale e processo civile *de eadem re* (cui il Reg. 1215/2012 dedica peraltro un corposo e tribolato considerando, il dodicesimo) non altrettanto agevole appare ricondurre a sistema l'esclusione dell'arbitrato da uno strumento di *soft law* con primaria vocazione sul *modus procedendi* nelle liti domestiche, sulla intima strutturazione del processo, dei poteri del giudice e delle parti. Né del tutto appagante, in definitiva, appare la giustificazione *ad abundantiam*, vale a dire che in vari ordinamenti l'arbitrato sarebbe materia di legge speciale. Costatazione formale di spessore assai modesto sul piano metodologico-comparatistico, e neppure inconfutabile, come attestano gli studi di René David, per la Società delle Nazioni, ancora all'inizio degli anni '30. Il rigore della esclusione dell'arbitrato, così univoca e netta, è a stento mitigato, sul finale del commento al primo articolo, dove è caldeggiata un'applicazione *ultra limes* delle Regole modello, anche da parte di legislatori e istituzioni arbitrali dunque (e allora anche con piena facoltà delle parti di richiamare le *Rules* per imporne l'applicazione agli arbitri, senza tema di minare l'univocità della *voluntas compromissi*), e si invita in sostanza a rifuggire da interpretazioni troppo aderenti alla lettera della Rule 1⁵. Materia, quella arbitrale, allora sì esclusa, ma non a compartimenti stagni. L'impressione che si ricava dall'esegesi dell'articolo primo, all'incrocio con la Relazione ...poco illustrativa e schiva, è che i *drafters* si siano deliberatamente astenuti dal volgersi capillarmente al processo privato più per ossequio all'idea tradizionale della sua refrattarietà ad ogni forma di irreggimentazione, che per vere divergenze inappianabili tra un ordinamento e l'altro (del resto, nel Titolo XI, le stesse Regole modello non disdegnano di occuparsi di procedimenti specialissimi quali le azioni collettive, e neppure esse davvero avulse dall'arbitrato, come vedremo *infra*). Per altro verso, è sufficiente scorrere le Regole modello, quelle tra esse che attengono alla fase preparatoria, alla fissazione del *thema decidendum*, alla modificazione consentita delle domande, all'istruttoria, alle spese, per toccare con mano quanto il vissuto pratico del processo arbitrale, riflesso nei regolamenti

⁴ Si noti che l'art. 81, lett. g, TFUE assorbe nelle competenze della UE anche "lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie". È stato invece abrogato l'art. 293 (ex 220) TCE, sulla cui base era stata adottata la Conv. Bruxelles del 1968, che spronava gli Stati membri a promuovere una ulteriore convenzione internazionale per il mutuo riconoscimento delle *sentenze arbitrali*. Su tali svolgimenti, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Milano, 2015, p. 74 ss.

⁵ ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure, *Comments, Preamble*, par. 25: "However, it should be generally noted that European or national legislation could adopt these Rules in part or with modifications to fields of civil justice which are not the core areas of their applicability. For model rules in general, and these Rules in particular, the definition of applicability describes only the core of their coverage. Legislatures or arbitral organisations are free, and are invited, to adopt parts or modified versions of these Rules not only in areas within their stated scope of application, but equally more broadly. It is, therefore, neither necessary nor helpful to place too great an emphasis on the exact definition of the Rule's scope of application in relation to specialised areas of civil procedure".

delle più repute istituzioni arbitrali, ripetutamente richiamati dalla Relazione illustrativa, abbia inciso sulle *Rules* (la decifrazione di molte delle quali non potrà prescindere dal confronto, ad es., col concetto dei *Terms of reference* nel Reg. ICC, con reminiscenze nella romanistica *litiscontestatio*; oppure con l'art. 38(5) Reg. ICC, che premia sul piano delle spese la parte che abbia favorito o, più realisticamente, meno intralciato la sollecita ed economica definizione del processo arbitrale). Preziosa fonte di ispirazione per infondere al processo civile – al modello, né del tutto isonomico né inquisitorio, che ne viene idealizzato – un tasso di flessibilità⁶ tanto inconsueto per la tradizione processuale europeo-continentale, quanto all'ordine del giorno nella *administration of justice degli* ordinamenti a base consuetudinaria, che si vorrebbe così unire al *know-how* arbitrale anglo-francese, al servizio dello smaltimento delle controversie domestiche comuni. Per la più parte delle quali il dispiego di cotanto arsenale processuale ...ad alto potenziale potrebbe forse apparire sovrabbondante. Soccorrerà

⁶ Per quest'ordine di riflessioni, T. PFEIFFER, *The contribution of arbitration to the harmonization of procedural laws in Europe*, in *Unif. L. Rev.*, 2014, p. 199 ss., che consegna al lettore un cospicuo elenco di istituti e regole processuali – dalla fase preparatoria alla assunzione della prova alla fase decisoria – in cui sarebbe tangibile l'influenza del processo arbitrale. Specie internazionale. E' bene però avvertire che proprio nel campo dell'arbitrato internazionale il confronto/scontro tra culture e diverse ideologie sulla giustizia – si v. su ciò le penetranti riflessioni di C. CONSOLO, nella premessa a *Problemi e soluzioni in tema di arbitrato riguardato da un giurista italiano teorico-pratico*, Milano, 2020, p. IX-XIX – in dipendenza di vari fattori quali formazione, provenienze giuridiche, bagaglio professionale degli arbitri retroterra sociologico in cui il processo arbitrale, specie se amministrato, si celebra e ha sede in senso tecnico-processuale, può condurre talora a esiti inappaganti o del tutto imprevedibili agli occhi degli stessi mandanti degli arbitri. Due esempi (di pura fantasia). La tanto celebrata *cross-examination* in arbitrato internazionale, spesso e volentieri, si traduce in litanie superflue ed estenuanti sulle modalità di formazione del documento incorporante le dichiarazioni extraprocessuali del teste, prodotto dalla parte che chiede l'assunzione della testimonianza (*counsel*: "Conferma che questa è la sua firma?"; teste: "Sì"; c.: "...e queste sono le sue dichiarazioni?"; t.: "Confermo"; c.: "...che ha redatto lei personalmente?"; t.: "Sì"; c.: "Vuol dire che le ha materialmente digitate sulla tastiera del suo personal computer?"; t.: "Credo ...sì"; c.: "Nella sua abitazione?"; t.: "Veramente no"; c.: "Dunque altrove. In presenza di terzi?"; t.: "Sì"; c.: "Può darsi che Lei abbia sottoscritto un documento redatto da altri?"; t.: "In effetti, sì"; c.: "Può darsi che il documento che Lei ha sottoscritto le sia stato consegnato dal mio istruito amico, avv. X, che assume la difesa dell'odierno *claimant*?"; t.: "Confermo, sì"; Pres.: "Chiariamo però una cosa, avvocati, sappiamo come si formano i *witness statements*, non è un fatto rilevante, veniamo ai fatti rilevanti"). Potrà anche, meno spesso, accadere che il controesame di un *forensic expert witness*, aduso a tali modalità di assunzione della prova, finisca poco a poco per essere "avvocato" dall'arbitro nominato dalla parte, specie se il *counsel in cross* si sia rivelato poco incisivo, e che si generi una frattura nella sicurezza adamantina del teste, sì esperto ma ...impreparato all'incontro con la sagacia di un arbitro capace e penetrante. Il rischio, in questi casi, è che la curiosità intellettuale dell'arbitro tracimi nell'inquisitorialità e che il principio dispositivo istruttorio ne rimanga aduggiato; per paradossale che possa sembrare, la ricerca della verità da parte dell'arbitro, se perseguita con vigore eccessivo, potrebbe rifluire finanche in un motivo di nullità del lodo. Dai memoriali di Lord Denning si apprende che il giudice (inglese) che parla troppo, vale a dire che ponga troppe domande ai testimoni, non è un "*well-tuned cymbal*". Ora, l'Art. 115(4) delle Regole modello di procedura civile europee prevede – con uno strano *mix* tra modello isonomico e inquisitorio, che apre a notevoli questioni anche di ordine schiettamente procedurale – che il testimone "può in primo luogo essere interrogato dal giudice o dalla parte che ha richiesto la prova testimoniale. Se il testimone è interrogato dal giudice o dalla parte avversa, la parte che ha richiesto la prova testimoniale può rivolgere al testimone domande supplementari"; spiccata è la divergenza rispetto al modello offerto dalla Rule 8(4)(b) delle *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2020*, in base a cui: "following direct testimony, any other Party may question such witness, in an order to be determined by the Arbitral Tribunal. The Party who initially presented the witness shall subsequently have the opportunity to ask additional questions on the matters raised in the other Parties' questioning".

all'uopo il principio enunciato dalla Rule 5(1) Regole modello, che eleva il giudice a garante della proporzionalità del "processo di risoluzione della controversia" rispetto alla natura della "causa trattata". Che è da sempre uno dei crismi del processo davanti al giudice privato-mandatario delle parti, ed il tratto forse più qualificante e realistico, assieme a celerità e riservatezza, della celebrata triade.

2. ...e l'apporto uniformante e sempre più preponderante sul processo privato, in tre arresti recenti della Corte di Giustizia, in tema di: a) efficacia di giudicato del lodo contrario a norme di ordine pubblico europeo

Pur se la Relazione illustrativa non fa mostra di accedere alla obsolescente concezione dell'arbitrato come metodo di composizione delle liti avulso dalla giurisdizione e rivaleggiante con essa ("*l'emule, sinon le rival, de la justice publique*": di nuovo, con disincanto, R. David, già all'epoca scettico verso tale concettualizzazione spiccia e in ultima analisi fuorviante⁷), rimane nel complesso arduo distillare la cifra politica del disinteresse delle Regole modello per la giustizia arbitrale. Non si può rimanere indifferenti alla crescente incentivazione dell'arbitrato, almeno nei voti, da parte dei legislatori nazionali. Fenomeno specialmente tangibile (seppur rivelatosi fallimentare) nel nostro ordinamento, che con d.l. 132 del 2014 ha conosciuto persino l'istituto della *translatio* giudice di appello-arbitro, a richiesta⁸: la *ratio* di alleggerire il ruolo dei giudici di gravame sarebbe anche meritevole, se non fosse che il ginepraio di questioni interpretative, la più grave attenendo all'esatto oggetto del mandato funzionale degli arbitri e dei limiti della cognizione arbitrale (i motivi di appello o le domande originariamente proposte, ferme le preclusioni e decadenze maturate in primo grado?) rischia di rendere soltanto precario e illusorio l'effetto dello sfoltimento dei ruoli. Proprio con

⁷ R. DAVID, *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé. Etude de droit comparé*, Roma, 1932, p. 7: "Le moyen véritable de combattre l'arbitrage est de s'attaquer aux causes mêmes qui assurent son développement, et d'améliorer l'organisation de la justice et son fonctionnement"; e ancora, in nota 1, "l'arbitrage qui dénonce les insuffisances et les défauts de la justice publique peut ainsi inspirer certaines réformes heureuses de la procédure judiciaire (tel, en France, l'établissement de la procédure du référé en matière commerciale, par une loi du 11 mars 1924)".

⁸ Da C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1173 ss., spec. 1175, definito "bizzarra bella e buona, destinata a rimanere sulla carta". Secondo E. DALMOTTO, *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1264 ss., 1275, gli arbitri dovrebbero "operare come giudici d'appello, nei limiti dei motivi di appello nonché dalle domande ed eccezioni che le parti abbiano loro espressamente riproposto ai sensi dell'art. 346 c.p.c., con poteri di annullamento e di sostituzione della sentenza di primo grado": tale conclusione è desunta dall'A. sulla base della previsione di un termine dimezzato rispetto a quello ordinario di duecentoquaranta giorni per il deposito del lodo. Cfr. A. ROMANO, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1 d.l. 12 settembre 2014 n. 132*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 474 ss., 488: "gli arbitri sono cioè giudici dell'appello, e dunque debbono giudicare *in limine litis* della sua originaria ammissibilità e procedibilità (...) esaminare quei presupposti processuali, la cui rilevanza processuale non muta dinanzi agli arbitri: ciò, però, nel rispetto di quanto devoluto alla cognizione del giudice d'appello (se ad esempio un'eccezione di precedente giudicato, o di difetto d'interesse ad agire, sia stata respinta dal giudice di primo grado, e la parte sul punto soccombente non abbia impugnato la correlata statuizione, gli arbitri non ne potranno evidentemente conoscere)".

riguardo alla giustizia privata, poi, specialmente nell'ultimo lustro, la Corte di Giustizia ha imbracciato il vomere della interpretazione uniforme per dissodare il terreno dell'arbitrato, domestico e internazionale, così cruciale per tante tipologie di liti e operatori economici. Il recinto dell'autonomia procedurale degli Stati membri, o quel che ne resta, va da sé, viene ancora di più riducendosi. *Recte*: è conformato ai corollari desumibili dall'immanente principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 47 Carta dei diritti fondamentali), che non scalza ma integra gli obblighi pattiziamente assunti dagli Stati membri, ad es. con la già richiamata Conv. di New York 1958.

Netto è il cambio di passo direi metodologico nell'incedere di questa giurisprudenza rispetto al celeberrimo precedente *Eco Swiss* (1999)⁹. In quel caso, come si ricorderà, la Corte aveva statuito che l'autorità di cosa giudicata di un lodo arbitrale parziale non impugnato non può essere rimessa in discussione – non essendovi dunque alcun obbligo per il giudice della impugnazione del lodo definitivo di disapplicare le norme processuali nazionali che attribuiscono stabilità al lodo non impugnato – neppure se la decisione arbitrale appaia contraria a norme di ordine pubblico comunitario, come il divieto di intese restrittive della concorrenza. La Corte di Giustizia si appagò, per così dire, di rilevare che il termine di impugnazione, di tre mesi decorrenti dal deposito del lodo, “non sembra troppo breve in rapporto a quelli fissati negli ordinamenti giuridici degli altri Stati membri” e “non è tale da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario” (punto 45). Reperto di un'epoca in cui l'effettività era ancora sostenuta e alimentata dall'argomento comparatistico¹⁰, da una Corte ossequiente verso l'autonomia procedurale, incline a valorizzare i tratti comuni ai diritti processuali nazionali, al servizio delle sue concretizzazioni operazionali dei principi dell'ordinamento europeo. Quello di conversione degli *errores in iudicando* in motivi di impugnazione, che fa da *pendant* al giudicato e deve ritenersi, allora, parimenti capace di innervare l'ordinamento europeo, parrebbe invece, secondo alcuni, vacillare oggi sotto la scure del *dictum* della Corte di Giustizia nel caso *Soledil* (2025)¹¹. In questo precedente, sortito dall'annullamento di un lodo di risoluzione di un preliminare inadempito e di condanna al pagamento della penale da risoluzione, senza che né arbitri né giudici togati abbiano rilevato la vessatorietà della penale, oggetto soltanto di riduzione nella fase rescissoria, la Corte di Giustizia ha statuito che il giudice del rinvio dopo la cassazione conserva intatto il potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità di

⁹ CGUE, 1 giugno 1999, in causa C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, in *Riv. arb.*, 1999, p. 307 ss., con nota di A. GIARDINA, *Rispetto del diritto comunitario della concorrenza e regole nazionali concernenti il principio dispositivo e l'effetto di cosa giudicata dei lodi parziali non impugnati*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 32 ss., con nota di C. ONNIBONI, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme procedurali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale parziale*.

¹⁰ Verrebbe da chiedersi, a tale stregua, se la Corte di Giustizia sarebbe stata altrettanto indulgente nel caso in cui fosse venuto in rilievo il termine di soli 28 giorni, previsto dalla S. 70 *Arbitration Act 1996* inglese.

¹¹ CGUE, 18 dicembre 2025, in causa C-320/24, ECLI:EU:C:2025:993.

protezione delle clausole del contratto di consumo, pur se mai rilevate in alcuno dei precedenti gradi del processo. Sin qui nulla di davvero nuovo. La Corte si limita dopotutto a professare la contrarietà al diritto europeo di preclusioni endoprocessuali che impediscano l'esercizio del potere di rilievo officioso di nullità di protezione in ogni stato e grado del processo (e sappiamo che sulla questione pregiudiziale di nullità di protezione il giudicato implicito non si forma mai, a meno che non vi sia una apposita domanda di parte¹²) come altre volte fatto in passato ad es. riguardo alla portata vincolante del principio di diritto contrario al diritto europeo per il giudice del rinvio: *Interedil*¹³.

Nel caso *Soledil* la Corte di Giustizia ha però soggiunto che il controllo giudiziale sulla vessatorietà delle clausole potrà dirsi effettivo, solo quando la motivazione dia almeno sommariamente atto del compimento di tale vaglio e delle ragioni per cui la vessatorietà sia

¹² L'assunto di Cass., Sez. II, 26 aprile 2024, n. 11174 (est. Trapuzzano) è che l'esercizio del potere di riduzione della penale, ex art. 1384 c.c., presuppone la validità della clausola. Il che è esatto ma non implica che si formi un giudicato implicito di non nullità della penale che abbia formato oggetto di riduzione *ope iudicis*. Queste le ragioni. Anzitutto, come dicono Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, e Cass., sez. un., 22 marzo 2017, n. 7294 "in appello e in cassazione, in caso di mancata rilevazione officiosa della nullità in primo grado, il giudice ha sempre facoltà di rilevare d'ufficio la nullità"; in secondo luogo, quando la cassazione avviene per vizi di motivazione in ordine a punti decisivi della controversia, la sentenza rescindente conserva al giudice del rinvio "tutte le facoltà che gli competevano originariamente quale giudice di merito nell'ambito dello specifico capo di annullamento, anche se, nel rinnovare il giudizio, egli è tenuto a fondare il proprio convincimento secondo lo schema esplicitamente o implicitamente enunciato dalla sentenza di cassazione, potendo dunque anche indagare su altri fatti ai fini di un apprezzamento complessivo in ordine alla pronuncia sostitutiva da emettere. Per tutti, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., Padova, 2012, p. 426-427; B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 224 ss. Venendo ora alla fattispecie concreta, era accaduto che: gli arbitri avevano risolto il preliminare e condannato il promissario acquirente al pagamento della penale; il lodo era stato annullato per violazione del termine ex art. 820 c.p.c. e in sede rescissoria la corte d'appello pronunciava la risoluzione del preliminare per inadempimento e condannava il promissario acquirente al pagamento della penale, previa riduzione officiosa del suo ammontare; il promittente venditore impugnava per cassazione il capo di riduzione della penale; la Cassazione cassava con rinvio per omessa motivazione in ordine ai criteri della riduzione; il giudice del rinvio condannava il promissario acquirente al pagamento della penale nuovamente rideterminata; il promissario acquirente impugnava per cassazione il capo di condanna al pagamento della penale per violazione della disciplina della nullità di protezione. In definitiva, a seguito della condanna al pagamento della penale disposta dal giudice del rinvio, la Cassazione, se anche non fosse stata investita da un apposito motivo di ricorso deducibile la violazione delle norme a tutela del consumatore, avrebbe potuto ancora rilevare d'ufficio la nullità di protezione della clausola negoziale oggetto di riduzione officiosa. Ci sembra insomma che la Cassazione abbia qui esibito una propensione al rinvio pregiudiziale facile, quasi volendo provocare la enunciazione di un principio a rime obbligate da parte dei Giudici del Kirchberg, tenuti a prendere per buona la prospettazione del fatto processuale compiuta dal giudice nazionale remittente. Non su ciò mette conto soffermarsi in questa sede. Peraltro, la pronuncia *Soledil* comporta il superamento del principio di diritto enunciato da Cass., sez. un. 26242/2014, in base a cui il giudice "pur avendo rilevato la nullità di protezione in corso di giudizio, non la dichiara in motivazione, limitandosi a rigettare la domanda, ove ne ricorrano i presupposti, per altro motivo, ovvero ad accoglierla, se fondata".

¹³ CGUE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671, in *Int'l Lis*, 2012, p. 32 ss., con nota di L. PANZANI, *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interedil e Rastelli*, al punto 1 del dispositivo: "il diritto dell'Unione osta a che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura nazionale ai sensi della quale egli deve attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte".

stata esclusa ed informi il consumatore sulle conseguenze della decadenza dall'esercizio del potere di impugnare la decisione.

Ecco allora che, secondo una valente Autrice, questa pronuncia interpretativa, rivelatrice di requisiti di forma-contenuto che da sempre (cioè sin dalla entrata in vigore della Direttiva 93/13 sulla tutela dei consumatori) i giudici nazionali avrebbero dovuto osservare nel redigere le motivazioni delle loro pronunce, se letta in combinato disposto col precedente *Banco Primus* (2017)¹⁴, porterebbe al sistematico superamento del giudicato, togato o arbitrale, calato sulla esistenza del diritto di credito del professionista, ogni qual volta la motivazione della sentenza o del lodo non dia appunto dato atto col prescritto esaustivo rigore informativo a prova di inerzia del consumatore, ancorché costituito e tecnicamente rappresentato, dell'avvenuto svolgimento di tutti i controlli desumibili dal principio di effettività del diritto europeo. Scrive D'Alessandro: "tutti i giudicati nazionali emessi all'esito di un giudizio a cognizione piena tra consumatore e professionista e a contraddittorio integro nei quali i giudici dell'unico o dei vari gradi del processo abbiano omesso la verifica officiosa del carattere abusivo delle clausole contrattuali del contratto da cui il credito deriva – o nei quali tale verifica, pur effettuata, non risulti dalla motivazione del provvedimento, la quale non contenga neppure le informazioni richieste dalla Corte di giustizia – non possono ritenersi inclusivi del riferimento alle clausole non esaminate e, invece, rilevanti in riferimento all'oggetto della decisione. In relazione a tali clausole, infatti, il giudicato non si è formato, in base a quanto stabilito nella sentenza *Banco Primus*"¹⁵. La violazione della nuova (si fa per dire, poiché desunta *iuxta principia* e dunque operante *ex tunc*) *practice direction* operativa enucleata dalla Corte di Giustizia, fiduciosa che le sue interpretazioni vincolanti *erga omnes* saranno fedelmente applicate dai giudici nazionali, e non si tradurranno nella apposizione di clausole di stile nelle motivazioni delle sentenze nelle controversie tra professionisti e consumatori, si tradurrebbe dunque, secondo questa dottrina, in un vizio insanabile della sentenza o del lodo, sottratto all'operare della regola dell'art. 161, comma 1, c.p.c.

Ci sembra però che il rigore di tale conclusione debba subire un temperamento proprio alla luce della concreta fattispecie processuale da cui è sortita la pronuncia *Banco Primus* (2017). Cioè l'altro elemento del binomio potenzialmente annichilente, assai più di *Lucchini* e affini, della autorità di ogni giudicato nazionale non tanto rimasto cieco a fronte di nullità di protezione sussistenti ma non rilevate, quanto rimasto ingenuamente "silente" riguardo a verifiche compiute per escluderne la sussistenza. In quel precedente, la Corte di Giustizia afferma che la autorità di giudicato della sentenza di rigetto di una opposizione di merito all'esecuzione, proposta dal debitore esecutato sulla base di un titolo esecutivo stragiudiziale

¹⁴ CGUE, 26 gennaio 2017, in causa C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2017, 299, con nota di A. PIEKENBROCK, *Rechtsschutz in der Hypothekarvollstreckung und unionsrechtliche Klauselkontrolle*.

¹⁵ E. D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia estende il principio della preclusione del "controllato ma non del controllabile" ai giudizi a cognizione piena. Osservazioni sulla sentenza Soledil*, in *Giustizia Insieme*, 2026, par. 4.

(mutuo ipotecario), non osta all'esame della vessatorietà di altre clausole del mutuo da parte del giudice nazionale che sia investito da una nuova domanda di opposizione all'esecuzione proposta dal medesimo consumatore. L'omologazione di questo *dictum* nel nostro ordinamento non dovrebbe risultare particolarmente problematica per quanti reputino che la domanda di opposizione alla esecuzione ex art. 615 c.p.c. abbia natura eterodeterminata, sia cioè individuata dallo specifico motivo di volta in volta dedotto a fondamento della opposizione, ed in questo senso è orientata la giurisprudenza consolidata¹⁶, e natura prettamente costitutiva. Tale impostazione dovrebbe avere per logico corollario che il giudicato di rigetto dell'opposizione all'esecuzione non preclude la riproposizione, *recte* la proposizione di una domanda di opposizione nuova e diversa da quella in precedenza respinta perché fondata su motivi di opposizione in precedenza non dedotti (quantunque già cumulativamente deducibili) nel primo giudizio oppositorio. Una siffatta concezione ristretta dei limiti oggettivi del giudicato di rigetto della opposizione all'esecuzione, come detto, troverebbe conforto nella ricostruzione dottrinale, che individua l'oggetto del processo di opposizione all'esecuzione, a dispetto del tenore dell'art. 615, comma 1, c.p.c., in un potere di azione costitutiva, attribuito al debitore esecutato o nei confronti del quale sia minacciata l'esecuzione, per suscitare una pronuncia a coefficiente puramente ablativo del potere di azione esecutiva ex lege attribuito al titolare del titolo esecutivo¹⁷.

¹⁶ Da ult., e però transitando verso una opinabile concezione intermedia di eterodeterminatezza, che pur in difetto di qualsivoglia addentellato normativo estende la preclusione del deducibile a tutti i fatti riconducibili ad una medesima categoria omogenea sul piano degli effetti (e così: fatti impeditivi, estintivi, modificativi), Cass., Sez. III, 19 dicembre 2025, n. 33233 (Pres. De Stefano, Rel. Tatangelo), il cui principio di diritto recita: "il principio della natura eterodeterminata dell'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c. comporta che il suo oggetto sia circoscritto alle ragioni di contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata svolte con l'atto introduttivo (e, per le opposizioni di cui al capoverso di quella norma, con il ricorso introduttivo della fase sommaria) e ciò determina, altresì, i confini del *thema decidendum* del relativo giudizio, nonché i limiti oggettivi e soggettivi del conseguente giudicato; peraltro, con riferimento alle specifiche condizioni dell'azione esecutiva contestate dall'opponente, ovvero alle specifiche vicende, di natura sostanziale o processuale, dedotte dall'opponente come idonee a produrre un effetto estintivo, impeditivo o modificativo sul credito portato dal titolo esecutivo, il giudicato si estende a tutte le questioni (di fatto e di diritto) che, in relazione a quelle condizioni dell'azione o a quelle vicende del credito, sarebbero state deducibili, nel rispetto delle preclusioni assertive e istruttorie; ne consegue che - con riguardo ad esse - è inammissibile, in un successivo giudizio, la deduzione di circostanze di fatto non allegate, o non ritualmente allegate o provate, così come di questioni giuridiche non prese in esame, per qualsiasi ragione, nel precedente giudizio"; in precedenza, fedele alla accezione "puntilistica" tradizionale di eterodeterminatezza, Cass., Sez. III, 10 novembre 2023, n. 31363: "l'opposizione all'esecuzione si connota come diretta ad ottenere l'accertamento dell'inesistenza del diritto di procedere all'esecuzione per quella ragione, sulla base di tutti i fatti giuridici esistenti al momento della sua proposizione, che potrebbero giustificare detta inesistenza. Essi assumono il carattere di fatti individuatori del diritto fatto valere con l'opposizione, che, proprio perché individuato dalle ragioni dedotte - in quanto, naturalmente, deducibili - dall'opponente, ha natura eterodeterminata".

¹⁷ La questione relativa all'oggetto della opposizione all'esecuzione ed alla latitudine degli effetti preclusivi del giudicato, specie di rigetto, come si vede, appare oggi tutt'altro che "priva di effetti pratici", come aveva chiosato, certo non potendo anteverne le pieghe che avrebbe di lì a sessant'anni assunto la giurisprudenza della neonata Corte di Giustizia delle Comunità Europee, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, p. 337-339, per concludere che "oggetto dell'opposizione all'esecuzione è la *impugnazione dell'azione esecutiva*" (ns. enfasi). Dubbio che F. CARNELUTTI, *Ist. proc. civ.*

Maggiori sforzi di adattamento del *dictum Banco Primus* al nostro ordinamento richiederebbe invece l'adesione alla tesi dichiarativa secondo cui il giudicato sulla opposizione di merito all'esecuzione si estende *ex lege* anche al credito, con conseguente amplificazione della preclusione del deducibile scaturente dal giudicato di rigetto (nel merito) della opposizione (di merito). Vi è anche però chi, pur aderendo alla concezione dichiarativa della domanda *ex art. 615 c.p.c.*, nega che l'opposizione di merito comporti un accertamento incidentale *ex lege* del credito (Vaccarella), ed afferma che il rigetto della opposizione di merito all'esecuzione "non soltanto non implica definitivo accertamento del credito né (conseguentemente) preclusione di altre opposizioni fondate su motivi che potevano essere dedotti con la prima opposizione, ma nemmeno implica l'impossibilità di dedurre la medesima opposizione *olim* rigettata in occasione di una nuova esecuzione"¹⁸. Negando così che l'opposizione di merito alla

it., III, Roma, 1956, p. 99, possa arruolarsi tra i sostenitori della tesi dichiarativista: egli afferma che l'azione di opposizione all'esecuzione ha carattere di accertamento mero, quando il giudice accerta l'esistenza del potere di azione esecutiva in capo al creditore opposto e rigetta la opposizione; nell'ipotesi di accertamento della inesistenza del potere di azione esecutiva, che fonda l'accoglimento della opposizione, di contro, l'accertamento negativo (del potere di azione esecutiva) "può avere carattere costitutivo". Pur aderendo alla tesi dichiarativista sull'oggetto della opposizione all'esecuzione, e ritenendo anche che l'opposizione di merito, se fondata, dia luogo ad un accertamento incidentale *ex lege*, idoneo al giudicato sostanziale sulla (in-)esistenza del diritto di credito, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2025, 374, rileva tuttavia che è discusso, quanto alla sentenza di rigetto della opposizione di merito, "se quella pronuncia accerti anche con valenza di regiodicata, l'esistenza del credito sottostante, con conseguente preclusione di tutte le contestazioni relative (tranne quelle attinenti a fatti successivi alla sentenza), oppure contenga solo l'accertamento che quel diritto di credito non si sia estinto per il solo motivo dedotto specificatamente con l'opposizione. Se così fosse sarebbero possibili ulteriori contestazioni fondate su differenti motivi". Lo specifico profilo dell'ambito oggettuale e degli effetti negativo-preclusivi del giudicato di rigetto della opposizione di merito viene preso in esame da B. CAPPONI, *Manuale dell'esecuzione civile*, Torino, 2017, né da A. TEDOLDI, *Esecuzione forzata*, Pisa, 2020, p. 352; e neppure da M. COMASTRI, *L'opposizione all'esecuzione forzata. Spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1246 ss., spec. 1260, che pur oscillando tra la tesi costitutivista ("l'azione esercitata dall'esecutato attraverso l'opposizione di merito è rivolta, anzitutto, ad ottenere un effetto di modificazione giuridica, consistente nella rimozione dell'efficacia esecutiva del titolo") e la tesi dichiarativista, ravvisa l'oggetto della opposizione di merito all'esecuzione "nel credito (*rectius* nell'inesistenza del credito) rappresentato nel titolo esecutivo la situazione giuridica che la domanda giudiziale sottopone a giudizio". Nel dibattito tra dichiarativisti e costitutivisti sulla natura della opposizione all'esecuzione, preferibile appare a noi la tesi dichiarativa, la sola, a ben vedere, capace di raccordarsi a tutti i motivi di opposizione, specialmente poi se deducenti la originaria o sopravvenuta inesistenza del titolo esecutivo: per giunta rilevabile d'ufficio dal giudice dell'esecuzione. In consimili ipotesi sarebbe arduo identificare l'oggetto del processo di opposizione con un diritto potestativo ad attuazione giudiziale ad effetti costitutivo-demolitori della azione esecutiva esercitata dal creditore opposto.

¹⁸ R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1993, p. 81-82, il quale argomenta che la limitazione della efficacia preclusiva del giudicato di rigetto della opposizione allo specifico motivo dedotto a fondamento della opposizione sarebbe desumibile, in primo luogo, dalla assenza, nel c.p.c. italiano, di una disposizione analoga a quella del § 767, comma terzo, ZPO tedesca, che espressamente onera il debitore opponente di sollevare tutte le eccezioni deducibili al momento della opposizione; e, in secondo luogo, dal fatto che il diritto di credito non formerebbe oggetto della opposizione di merito all'esecuzione, ma verrebbe dal giudice della opposizione accertato solo *incidenter tantum*, in difetto di apposita domanda riconvenzionale del creditore opposto. Così pure M. VILLANI, *In tema di rapporti tra opposizione all'esecuzione e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 132 ss., spec. 141 e 145, il quale afferma – e fin qui giustamente – che "il credito pertanto non è l'oggetto della domanda dell'opponente", ma che svaluta l'argomento, già fatto proprio da Liebman nel vigore del c.p.c. previgente, per cui la volontà di legge di accertamento incidentale del credito sarebbe desumibile dalle regole sulla

esecuzione introduca un giudizio di accertamento negativo del credito (e aprendosi alla idea di un giudicato su questioni).

Quel che, tuttavia, non sembra ancora potersi *de plano* far discendere, almeno allo stato attuale di quella giurisprudenza, dalle pronunce della Corte di Giustizia – da miscelare con grandissima cautela – è il sistematico superamento della preclusione del dedotto e del deducibile conseguente al passaggio in giudicato di una sentenza o lodo che abbia accertato l'esistenza del diritto di credito e condannato il debitore ad adempiere, sia essa preceduta o meno dal rilievo officioso di nullità di protezione. Ci pare insomma che il giudicato sostanziale, purché formatosi all'esito di un processo a cognizione piena e debitamente preceduto dalla instaurazione del contraddittorio col convenuto, se anche la motivazione della sentenza o del lodo non dia per avventura minimamente atto dell'avvenuta verifica da parte del giudice circa la (non) vessatorietà delle clausole contrattuali costituenti il titolo della domanda, non sia permeabile *sine die* a motivi di opposizione di merito ex art. 615 c.p.c., deducenti la nullità di protezione e la conseguente inesistenza del credito consacrato dall'accertamento giudiziale.

3. (segue) b) opponibilità ai terzi delle clausole compromissorie, in particolare in materia di azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore del danneggiante

Nel caso *London SteamShip Owners' Mutual Insurance Association Limited c. Regno di Spagna* (2022)¹⁹, ancora alla insegna del principio di effettività del diritto eurounitario, la Corte di Giustizia ha poi esteso alle clausole arbitrali la sua giurisprudenza su limiti soggettivi delle clausole di proroga della giurisdizione nei riguardi di terzi diversi dalle parti stipulanti. La Corte ha perciò ribadito che la clausola arbitrale contenuta in una polizza assicurativa è inopponibile al danneggiato che, in quanto il diritto nazionale glielo consenta, intenda esperire una azione diretta contro l'assicuratore del danneggiante, davanti al giudice del luogo in cui si è verificato

competenza per valore del giudice della opposizione, che danno appunto rilievo al valore del credito indicato nel precetto. Secondo Villani la disciplina della competenza non avrebbe valore pienprobante, posto che il criterio di fissazione della competenza in base al valore del credito sarebbe destinato a operare anche quando l'opposizione non sia fondata su motivi di merito e il credito "non sia investito da contestazione alcuna". Si potrebbe obiettare che i criteri di competenza hanno da essere prefissati in via generale e astratta, e parrebbe davvero inesigibile pretendere la fissazione di minuti e diversificati criteri di competenza *secundum eventum litis*, in dipendenza del singolo motivo di opposizione di volta in volta speso dal debitore opponente. Né parrebbe indice di ridotta consistenza oggettuale del processo di opposizione, la circostanza che, come dalla giurisprudenza sempre ammesso, al creditore opposto sia consentito proporre una domanda riconvenzionale avente ad oggetto anche e proprio lo stesso diritto di credito indicato nel titolo esecutivo opposto. La (subordinata) domanda riconvenzionale del creditore, infatti, anche per chi ritenga che l'opposizione di merito comporti *ex lege* un accertamento incidentale del diritto di credito, non potrebbe in alcun modo ritenersi superflua, duplicativa e perciò inammissibile, e ciò in quanto la esigenza per il creditore opposto, che veda contestato il suo potere di azione esecutiva, di munirsi alla occorrenza di un nuovo titolo esecutivo giudiziale, potrebbe essere veicolata solo attraverso un qualificato *petitum* volto a sollecitare, in via condizionata all'accoglimento della opposizione, la pronuncia di un capo di condanna ad adempiere.

¹⁹ CGUE, 20 giugno 2022, in causa C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 234 ss., con nota di M. STELLA, Judgment on the award and conflict between decisions in the Reg. CE Bruxelles I; in *Giur. it.*, 2024, p. 1845 ss., con nota di R. AQUILINI, La sentenza *London Steam-Ship*: ombre e criticità a valle della pronuncia della Corte di Giustizia.

l'evento dannoso o dinanzi al giudice del luogo in cui l'attore è domiciliato ed ha subito il danno (punto 60). Era in quel caso in gioco - ed è stato appieno salvaguardato - l'effetto utile della regola di giurisdizione internazionale uniforme, dettata dal Regolamento Bruxelles I-bis, istitutiva del foro speciale dell'illecito aquiliano a beneficio del creditore che sia tale in base a un titolo extracontrattuale. Si ragiona in chiave di *entitlement*, secondo una logica simil-proprietaria sottesa ai criteri di giurisdizione uniformi, quasi fossero già essi stessi attributivi di un "bene della vita", il diritto a non vedersi privati della facoltà di agire davanti a quella certa giurisdizione togata. Speculare e contrario al diritto a veder risolte le future liti da giudici privati di propria elezione, che forma oggetto dell'obbligazione assunta dai compromittenti. Con la stessa pronuncia, la Corte di Giustizia ha poi chiarito che una sentenza togata che si limiti ad "incorporare" il contenuto decisorio di un lodo arbitrale non costituisce affatto una "decisione" passibile di automatico riconoscimento in altri Stati membri, ancorché proveniente dal giudice di uno Stato membro, se sia stata pronunciata nell'ambito di un procedimento idoneo a garantire l'applicazione effettiva delle regole eurounitarie sul riparto di giurisdizione e sulla litispendenza in materia civile e commerciale²⁰.

La Corte di Giustizia non consta abbia ancora avuto occasione di pronunciarsi sulla opponibilità a sottoscrittori ed investitori finali di clausole compromissorie contenute nel prospetto informativo che si accompagna alla emissione di strumenti finanziari²¹. La questione pare

²⁰ Il dubbio che decisioni giudiziarie togate in cui fossero incorporati lodi arbitrali di condanna - tecnica di riconoscimento abituale nel diritto del Regno Unito - avrebbero potuto beneficiare del regime di circolazione convenzionale era stato già ventilato dalla Relazione *Schlosser*, par. 65. Si discute anche se una volta che il lodo arbitrale sia stato annullato ed il giudice togato abbia pronunciato nel merito in sede rescissoria, tale sentenza possa usufruire del regime di circolazione uniforme: a favore, L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999, p. 108; contrario, A. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale* (l. 5 gennaio 1994, n. 25), in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 108.

²¹ Con riguardo alle clausole di proroga della giurisdizione inserite nel prospetto dalla società emittente titoli obbligazionari, CGUE, 20 aprile 2016, in causa C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282, *Profit Investment SIM SpA*, spec. punto 2 del dispositivo: "una clausola attributiva di competenza contenuta in un prospetto di emissione di titoli obbligazionari, redatta dall'emittente di detti titoli, può essere opposta al terzo che ha acquistato tali titoli presso un intermediario finanziario laddove sia dimostrato (...) che tale clausola è valida nel rapporto tra l'emittente e tale intermediario finanziario, poi, che il suddetto terzo, sottoscrivendo sul mercato secondario i titoli in questione, è subentrato a detto intermediario nei diritti e negli obblighi discendenti da questi stessi titoli ai sensi del diritto nazionale applicabile e, infine, che il terzo in questione ha avuto la possibilità di conoscere il prospetto contenente detta clausola". Il tema della efficacia delle "issuer-investor mandatory arbitration provisions" è invece al centro del dibattito statunitense, ove si evidenziano segnatamente due problematiche: quello relativo alla applicazione di norme di ordine pubblico economico che disciplinano i mercati finanziari da parte di giudici privati; e quello relativo alla effettività della tutela giurisdizionale degli investitori ("such provisions could unduly impede the ability of investors to bring private actions to vindicate their rights under the Federal securities laws by foreclosing class action litigation in courts"). Con circolare del 17 settembre 2015 (*"Acceleration of Effectiveness of Registration Statements of Issuers with Certain Mandatory Arbitration Provisions"*), la Securities and Exchange Commission, organo di vigilanza del mercato finanziario statunitense, ha dichiarato che "the presence of an issuer-investor mandatory arbitration provision will not impact decisions regarding whether to accelerate the effectiveness of a registration statement". La Circolare richiama il precedente della Corte suprema federale *Italian Colors*, 570 U.S. 228 (2013), in base a cui "the Arbitration Act requires the enforcement of a mandatory arbitration agreement for bilateral arbitration even though the plaintiff's cost of individually arbitrating the antitrust claims would exceed the potential recovery".

destinata ad assumere rilevanza – l’art. 838-*bis* c.p.c. limitandosi a vietare l’inserimento di clausole compromissorie statutarie alle società con azioni quotate o ad azionariato diffuso (art. 2325-*ter* c.c.) e in attesa della abrogazione di quel divieto in attuazione della delega di cui alla l. 28/2025 – anche alla luce della normativa europea sulle azioni rappresentative, con cui anche le Regole modello si sono misurate, che presenta però quest’angolo cieco: gli effetti della convenzione arbitrale, specie poi se qualificati in chiave sostanziale di rinuncia alla giurisdizione statale, precluderanno o no l’esperimento di azioni rappresentative o di classe davanti al giudice togato?

4. (Segue) c) potere-dovere di controllo della conformità del lodo estero

Ancora più di recente, nel caso *Royal Football Club Seraing SA c. FIFA* (2025)²², la Corte di Giustizia ha riscritto la disciplina del controllo di conformità all’ordine pubblico europeo di lodi esteri. Nel caso di specie, una società calcistica belga aveva impugnato per nullità davanti ad arbitri con sede in Svizzera (e così innanzi al tribunale arbitrale dello sport di Losanna) la penale contrattuale irrogata dagli organi della associazione di appartenenza, la FIFA, per supposta violazione del divieto, gravante sui *club* calcistici associati, di ricevere finanziamenti in cambio della cessione dei diritti economici sui propri giocatori. In parallelo all’arbitrato svizzero la società aveva proposto davanti al giudice ordinario belga una domanda di risarcimento del danno contro la FIFA, per tutti i pregiudizi patrimoniali derivanti dalla applicazione della clausola dello statuto della FIFA, che pone quel divieto in capo alle società affiliate. In entrambi i processi, arbitrale e togato, la società attrice sosteneva che lo statuto della FIFA sarebbe contrario alle libertà fondamentali di libera circolazione dei lavoratori e di libera prestazione di servizi nonché al divieto di pratiche restrittive della concorrenza sanciti dal Trattato UE. Sia gli

²² CGUE, 1 agosto 2025, in causa C-600/23, ECLI:EU:C:2025:617, in *Journ. Eur. Competition Law & Practice*, 2025, p. 67 ss., con nota di T. LIVOLSI, *No Res Judicata for arbitral award if no check against EU competition law by a court in the EU: case C-600/23 Royal Football Club Seraing*. V. pure le considerazioni *ante litteram* di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Preliminary Remarks on the Seraing Case, Pending Judgment*, in *Diritto dello Sport*, 2025, p. 80 ss.

arbitri²³ che il giudice svizzero della impugnazione del lodo²⁴ rigettavano le domande e i motivi di impugnazione del lodo formulati dalla società attrice, ritenendo che lo statuto della FIFA non può ritenersi contrario ad alcuna disposizione di ordine pubblico né europeo né svizzero. E ciò in quanto, a detta degli arbitri, i divieti gravanti su ciascun associato sarebbero sorretti da obiettivi legittimi, nella specie non specificamente contestati dalla attrice in arbitrato, la quale neppure aveva dimostrato che la concreta idoneità delle clausole statutarie in questione a restringere la concorrenza. La FIFA vittoriosa invocava dunque la efficacia positivo-conformativa del giudicato arbitrale nel processo risarcitorio pendente davanti al giudice belga.

Adita dalla Cassazione belga, che chiedeva lumi circa l'eventuale dovere di disapplicazione delle norme interne che conferiscono efficacia di giudicato al lodo estero, la Corte di Giustizia ha statuito:

- (a) che il principio di tutela giurisdizionale effettiva riconosciuto dall'art. 19 TUE, in combinato disposto con gli artt. 47 Carta dei diritti fondamentali e 267 TFUE, dev'essere assicurato a più forte ragione in presenza di *meccanismi di arbitrato de facto*

²³ Arbitrage TAS 2016/A/4490 RFC Seraing c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), sentence du 9 mars 2017 (M. Bernard Foucher, Président; Me Bernard Hanotiau; Me Ruggero Stincardini), punti 102 e 103: "La Formation arbitrale relève que RFC Seraing ne conteste pas la légitimité de ces objectifs et reconnaît expressément la légitimité des objectifs tenant à la préservation de l'intégrité des compétitions et de l'intégrité commerciale, à la lutte contre le manque de transparence des investissements dans les clubs ainsi qu'à la protection de la liberté professionnelle des joueurs. Sans qu'il soit nécessaire d'analyser en détail la légitimité de ces objectifs dès lors qu'elle n'est pas contestée, la Formation arbitrale constate, sans que cela soit exhaustif, que l'objectif de préservation de la régularité des compétitions sportives (CJCE 13 avril 2000, aff. C-176/96 "*Lehtonen*", §§ 53 et s.), de l'équilibre entre les clubs et l'incertitude des résultats (CJCE 15 décembre 1995, aff. C-415/93 "*Bosman*", § 106), de l'intégrité sportive des compétitions, de la prévention des conflits d'intérêts et la confiance du public dans le caractère honnête de la compétition (Commission européenne, 25 juin 2002, aff. COMP/37 806 "*ENIC*", §§ 28 et 37), de l'intégrité et l'objectivité de la compétition (CJCE 18 juillet 2006, aff. C-519/04 "*Meca-Medina*", § 43), de la protection de l'image et de l'éthique du football (Cour d'Appel de Paris 13 avril 2016, n° 13/20972 "*P. c/ Fédération internationale de football*"), ont été jugés légitimes par la CJUE, la Commission européenne ou des juridictions d'États membres de l'UE".

²⁴ Con sentenza del 20 febbraio 2018, 4A_260/20171 il Tribunale federale svizzero ha rigettato il motivo di impugnazione del lodo deducendo la contrarietà all'ordine pubblico, siccome inammissibilmente generico: "the Appellant seriously disregards the federal case law on the grounds of appeal of an arbitral award, which require the Appellant to discuss the reasons in the contested award and to indicate precisely how the Appellant considers that the award has disregarded the law". *Ad abundantiam* il Tribunale federale soggiunge che il motivo era infondato nel merito e ciò in quanto l'impugnante non aveva fornito la dimostrazione che la restrizione sulla libertà negoziale imposta dai vincoli statuari della FIFA fosse tale da compromettere la libertà di iniziativa economica della impresa impugnante: "By prohibiting TPOs, FIFA is restricting the economic freedom of the clubs, but is not suppressing it. Clubs remain free to pursue investments, as long as they do not secure them by assigning the economic rights of the players to third-party investors. The Appellant acknowledges that the suppressed freedom concerns only 'certain types of investment'. Moreover, if this violation of Art. 27(2) CC was so detrimental to the economic freedom of clubs, one must ask how professional clubs established in countries that have already prohibited the establishment of TPOs – such as France and England – still find the funds necessary for their operation, which they are widely known to have".

obbligatorio, che sottraggono alla competenza dei giudici degli Stati membri controversie vertenti sulla interpretazione del diritto dell'Unione;

- (b) che pur in presenza di meccanismi di *arbitrato forzato*, perché *"in pratica imposto unilateralmente"* a una determinata cerchia di soggetti, il diritto europeo non impone agli Stati membri di istituire rimedi impugnatori che prevedano il riesame di ogni singola questione di fatto e di diritto su cui gli arbitri si siano pronunciati;
- (c) che i giudici statali investiti del controllo, anche in via incidentale, sul lodo estero che abbia fatto applicazione del diritto europeo, devono poter sindacare l'interpretazione delle norme di ordine pubblico europeo, le conseguenze giuridiche che sono state ricollegate a tale interpretazione e la qualificazione giuridica che è stata data *"ai fatti quali accertati e valutati dall'organo arbitrale"* (punto 101);
- (d) che il giudice statale ha il dovere di disapplicare eventuali norme nazionali preclusive dell'esercizio del sindacato di conformità del lodo all'ordine pubblico europeo (in specie, delle norme del c.p.c. belga che conferiscono al lodo inoppugnabile autorità di giudicato tra le parti e valore di prova nei confronti dei terzi);
- (e) che il controllo di conformità del lodo all'ordine pubblico desumibile dall'art. 19 TUE dev'essere esercitato *anche d'ufficio*²⁵, e che tale controllo va *"di pari passo"* – vale a dire, concorre – con le previsioni di analoghi poteri eventualmente attribuiti ai giudici degli Stati membri da strumenti convenzionali internazionali di cui la UE non è parte (Conv. New York 1958);
- (f) che qualsiasi giudice nazionale investito del vaglio di conformità del lodo all'ordine pubblico, deve poter adottare misure cautelari a tutela del singolo;

²⁵ Dall'angolatura del diritto processuale interno, avuto riguardo alla disciplina della impugnazione per nullità del lodo ex art. 829 c.p.c., la soluzione divisata dalla Corte di Giustizia non presenta un carattere assolutamente innovativo. Con la precisazione, che mi pare necessaria, che il potere officioso di rilievo della contrarietà all'ordine pubblico potrà essere esercitato dal giudice della impugnazione del lodo soltanto dopo che tale giudice si sia sincerato della ammissibilità della impugnazione del lodo e possa così accedere al giudizio sulla validità ed erroneità del prodotto decisorio degli arbitri. Nel senso, infatti, che "il lodo potrà essere annullato per contrasto con l'ordine pubblico anche su rilievo d'ufficio da parte della corte d'appello e attuazione del contraddittorio sul punto, benché l'impugnazione sia proposta per altro motivo", E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, p. 286, sulla scia di Menchini (che però impernia la soluzione sul parallelismo col rilievo officioso della nullità sostanziale del contratto); M. BOVE, *La giustizia privata*, 2a ed., Milano, 2021, p. 235, che reputa possibile "a prescindere da ogni previsione di parte e direi anche da ogni rilievo di parte" il controllo d'ufficio sulla conformità del lodo all'ordine pubblico da parte del giudice della impugnazione; più sfaccettata è la posizione di A. A. ROMANO, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2023, p. 313, per il quale sarebbe "incerto se, al lodo contrario all'ordine pubblico, si applichi regolarmente il principio di conversione della nullità in motivo di gravame, o se esso debba reputarsi invece affetto da inesistenza (...): non pare in verità esservi ragione normativa per disapplicare in via generale l'art. 161, c. 1, c.p.c., pur senza escludere che, in qualche caso eccezionalissimo, il radicale contrasto con l'ordinamento giuridico nel suo complesso possa comportare l'insanabilità del vizio nonostante il giudicato (...). In tali casi, e soltanto in essi, la contrarietà all'ordine pubblico dovrebbe reputarsi *a fortiori* rilevabile d'ufficio da parte del giudice investito del gravame per altri motivi".

La uniformazione dello statuto dei giudici degli Stati membri con riguardo alla verifica anche officiosa della compatibilità di un lodo estero – i.e. pronunciato all’esito di un arbitrato con sede in uno Stato terzo – con l’ordine pubblico europeo è attinta in via pretoria, in assenza di qualsivoglia intervento legislativo europeo, con prevalenza su ogni disposizione nazionale divergente, anche, se del caso, di “diritto vivente” nell’ambito dei vari ordinamenti. Manifesto è il rifiuto della c.d. teoria minimalista, dai critici ritenuta sfuggente e di difficile applicazione, affiorata specialmente in seno alla giurisprudenza d’Oltralpe (caso *Thalés*, con significativa eco pure nella giurisprudenza statunitense, caso *Mitsubishi*), più di recente soggetta a qualche ripensamento da parte della stessa Cassazione francese²⁶. Secondo tale sdruciolevole impostazione – riferita però al controllo di conformità del lodo all’ordine pubblico da parte del giudice della impugnazione del lodo – il sindacato del giudice statale, che non è (o non è ancora nella fase rescindente) “*juge de l’affaire*”, sarebbe consentito solo nei casi di silenzio della motivazione del lodo su questioni di diritto involgenti la applicazione di norme di ordine pubblico oppure nei casi di violazione macroscopica e flagrante (...*qui creve les yeux*) di tali disposizioni²⁷. Di contro, in base alle indicazioni vincolanti odiernamente impartite dalla Corte di Giustizia, il giudice statale dovrà esercitare sul lodo estero (i.e. pronunciato da arbitri con sede *extra* UE) oggetto di opposizione al riconoscimento un sindacato pressoché analogo a quello svolto dalla Corte di cassazione nel decidere su motivi di ricorso deducanti la violazione di norme di diritto ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

Si badi però che il sindacato di legittimità dischiuso dall’odierna pronuncia della Corte di Giustizia non si estenderà mai al *giudizio di fatto* compiuto dagli arbitri, impregiudicato ovviamente il potere-dovere del giudice statale di riquilibrare in diritto i fatti così come fissati dai giudici privati nella motivazione del lodo, così come pure, riteniamo, di riesaminare le valutazioni giuridiche, irriducibili ad accertamenti di meri fatti storici, conseguenti alla applicazione di norme elastiche o di clausole generali o standard di ragionevolezza, non eccessività degli effetti di restrizioni del mercato, etc. Il riesame degli accertamenti di fatto, purché di nudi fatti storici si tratti, dunque, non è dal diritto europeo imposto al giudice statale della opposizione al riconoscimento del lodo extra-UE, indipendentemente dall’esistenza o meno di analoghe preclusioni alla rivalutazione dei fatti e delle prove previste dalla disciplina dei rimedi impugnatori approntata dal diritto processuale dello stato estero della sede dell’arbitrato. Codesta limitazione del sindacato dei giudici degli Stati membri potrà apparire penalizzante e a rischio di vulnerare l’effettività della tutela giurisdizionale, proprio nei casi in cui, nel corso del processo privato, venga in gioco l’interpretazione e la applicazione delle norme di ordine pubblico europeo sulla concorrenza, le quali sovente implicheranno

²⁶ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon*, in F. ANCEL, T. CLAY, *Groupe de travail sur la réforme du droit français de l’arbitrage. Rapport et propositions de réforme*, Paris, 2025, p. 11, nota 19.

²⁷ Sui postulati della tesi minimalista, C. RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 238 ss.; S. TURATTO, *L’impugnazione del lodo rituale per contrarietà all’ordine pubblico*, Padova, 2020, p. 234 ss.

accertamenti di fatto molto complessi. È da ritenere però che anche un eventuale *error in iudicando*, che si concreti nella violazione della regola dell'onere della prova, per avere gli arbitri addossato il rischio della mancata prova di determinati fatti giuridici sulla parte che non ne sarebbe stata onerata, sia egualmente idoneo a rifluire nella contrarietà del lodo all'ordine pubblico, nella misura in cui l'errore sulla allocazione dell'onere dimostrativo abbia condotto alla disapplicazione della norma sostanziale di ordine pubblico rilevante. Per tornare, così, al caso *Seraing c. FIFA*, la decisione degli arbitri svizzeri, secondo cui la non contestazione delle circostanze esimenti sarebbe stata sufficiente a fondare il rigetto della domanda di accertamento negativo del credito alla penale contrattuale per nullità della clausola statutaria che la prevede, ben potrebbe ritenersi affetta da violazione della regola dell'onere della prova rifluente nella violazione o falsa applicazione dell'art. 101 TFUE, tenuto conto che grava sulla impresa autrice della clausola restrittiva dimostrare che tale pratica persegue un obiettivo legittimo o produce un beneficio economico per il mercato²⁸. Né le circostanze esimenti parrebbero qualificarsi come meri fatti, e per giunta come fatti propri della società affiliata o rientranti nella sua sfera di conoscenza, sì da potere innescare per essa l'onere processuale di contestazione a pena di ammissione del fatto.

5. Riflessi sistemologici sull'arbitrato interno, in particolare sull'arbitrato da legge obbligatorio e semi-forzato societario.

Il confine tra *finality* del giudizio di fatto, intangibile dal giudice togato, e giudizio di diritto, soggetto a sindacato incidentale di conformità all'ordine pubblico, è stato enunciato in relazione a un tipo di arbitrato, quello sportivo, dalla Corte di Giustizia definito "*non solo generale e obbligatorio, ma anche esclusivo per tutte le categorie di persone considerate in tali disposizioni*" (punto 97).

Particolare rilevanza acquista così il richiamo da parte della Corte di Giustizia alla glossa della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 6 CEDU, alla quale lo stesso art. 47 Carta di Nizza si abbevera, e alla distinzione tra arbitrato forzato e arbitrato volontario. Qui ha inizio la seconda parte della nostra relazione, che attiene agli effetti riflessi del *dictum* della Corte di Giustizia o meno impegnativamente ad alcuni corollari traibili da quella pronuncia, in contesti solo sul piano formale riconducibili al fenomeno dell'arbitrato volontario. Tra le garanzie che in base al diritto europeo devono essere assicurate ai compromittenti *non* rientra, come si è visto, il riesame della *quaestio facti*. Il pensiero corre dunque alla risalente, ma ancora attuale

²⁸ Per quanto concerne il riparto dell'onere probatorio nei giudizi di impugnazione delle decisioni della Commissione in tema di aiuti di stato davanti ai giudici comunitari, V. DE CAROLIS, *L'onere della prova del vantaggio selettivo ex art. 107 TFUE in materia di ruling fiscale*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 94 ss., spec. 105, rileva che graverà sulla Commissione dimostrare "la riconducibilità *lato sensu* della misura allo Stato (nella duplice accezione dell'impiego di risorse statali e della imputabilità soggettiva della misura allo Stato o ad una sua articolazione), il vantaggio economico cagionato dalla misura contestata all'impresa beneficiaria, la sua selettività, gli effetti (anche solo potenzialmente) distorsivi della concorrenza".

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sovente chiamata a valutare la conformità con il diritto all'equo processo di leggi nazionali istitutive di arbitrati obbligatori quale rimedio esclusivo per la risoluzione di controversie aventi ad oggetto l'entità dell'indennizzo dovuto ai singoli azionisti in conseguenza di espropriazioni o nazionalizzazioni di società di interesse economico nazionale. La pronuncia capostipite è *Lithgow e altri c. Regno Unito* (1986)²⁹, relativa alla compatibilità con l'art. 6 CEDU dell'Arbitration Tribunal del 1977 sulle cause di equo indennizzo a favore degli azionisti di società per azioni nazionalizzate dal governo inglese. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'obiettivo di evitare un contenzioso su larga scala e così una pluralità di ricorsi individuali davanti ai giudici ordinari giustifichi la privazione del diritto di accesso al giudice statale e la devoluzione obbligata di tutte le controversie al giudizio di un collegio arbitrale, finanche allorquando la nomina dei componenti del collegio sia rimessa in via esclusiva alla p.a., previa consultazione con un rappresentante comune degli azionisti, purché la nomina avvenga nel rispetto di criteri di selezione predeterminati di comune intesa. La Corte di Strasburgo ha anche ritenuto conforme all'art. 6 CEDU la privazione del diritto di azione individuale, a favore di sistemi di legittimazione straordinaria che affidino l'esercizio dei diritti ad un rappresentante di nomina pubblica (*"this limitation on a direct right of access for every individual shareholder to the Arbitration Tribunal pursued a legitimate aim, namely the desire to avoid, in the context of a large-scale nationalisation measure, a multiplicity of claims and proceedings brought by individual shareholders"*).

Secondo autorevole dottrina, la Corte EDU avrebbe in quella occasione convalidato l'ablazione del diritto di azione individuale "con soverchia facilità"³⁰. Si può senz'altro convenire che la motivazione della Corte sia fin troppo recisa, nel sancire il principio per cui il diritto individuale di azione possa essere inibito ogni qual volta se ne paventi l'esercizio diffuso da parte di una pletera di danneggiati. Il che non significa che considerazioni di ben altro spessore possano addursi a sostegno di una compressione, pur così marcata, del diritto di accesso alla giurisdizione togata. Proprio dal più recente arresto della Corte di Giustizia nel caso *Seraing* (retro esaminato), si ricava che uno Stato membro potrebbe istituire forme di arbitrato

²⁹ Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 1986, ric. n. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81.

³⁰ C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 453 ss., ripubblicato in *Id.*, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, p. 432. Cfr. A. BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 81 ss., 92, secondo cui "nella prospettiva del diritto al *procès équitable*, l'arbitrato è per la Corte europea né più né meno che un'altra giurisdizione, poco importa dunque se alternativa, sulla base di una scelta volontaria, rispetto a quella statuale, ovvero di essa necessariamente sostitutiva". Secondo questo A., pertanto, la giurisprudenza *Lithgow* non potrebbe essere addotta quale argomento, per sottolineare la divergenza di rotta rispetto alla posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana nei riguardi della incompatibilità dell'arbitrato obbligatorio con il dettato costituzionale.

obbligatorio, senza però dovere necessariamente far seguire ad esso un *novum iudicium* davanti al giudice ordinario³¹.

In tutti i casi in cui si profilino contenziosi socio-economici seriali, su larga scala, o controversie in seno a gruppi organizzati caratterizzati da comunione di scopo, caratterizzati da comunanza di questioni di fatto o di diritto, l'art. 6 CEDU – ed allora anche l'art. 19 TUE, che ad esso si abbevera – non sarebbe dunque d'ostacolo alla istituzione di forme di arbitrato obbligatorio, finanche attivabili a iniziativa di un legittimato straordinario, al fine di evitare contrasti tra giudicati individuali che, seppur sempre e soltanto logici, finirebbero a lungo andare per attentare alla parità di trattamento sostanziale. Lo strumentario della riunione discrezionale dei procedimenti connessi (artt. 40 e 274 c.p.c.) rivelandosi del tutto insufficiente e comunque inefficiente.

Esigenze di parità di trattamento del tutto analoghe, dopotutto, e non per caso, si riflettono nella strutturazione della tutela giurisdizionale nell'ambito delle procedure concorsuali. Allorché furono sospettate di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost. le norme istitutive sulla liquidazione coatta amministrativa³², la Corte Costituzionale imperniò agilmente il rigetto della questione sulla struttura bifasica del procedimento³³: si rilevò che la prima fase ha natura amministrativa, poiché diretta da organi nominati dalla p.a., e destinata a sfociare nello stato passivo formato dall'ufficio commissariale, senza preventivo esercizio della giurisdizione; e che solo la seconda fase, peraltro eventuale, ha natura giurisdizionale. La temporanea (benché sovente di vari anni!) inibizione dell'accesso alla tutela giurisdizionale, differito per il tempo necessario a redigere l'elenco dei creditori ammessi, sarebbe una compressione del diritto di azione tollerabile, non tale da arrecare una violazione sostanziale all'art. 24 Cost.

³¹ Là dove, invece, nel nostro ordinamento la impugnazione davanti all'autorità giudiziaria dei provvedimenti di determinazione dell'indennità e della stima fatta dal collegio di tecnici a mente dell'art. 54, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 si caratterizza quale *novum iudicium* con libero riesame di ogni questione di fatto e di diritto. Si noti comunque che il legislatore ha optato qui per un unico grado di merito, dovendosi il processo celebrare davanti alla Corte d'appello nel cui distretto si trova il bene espropriato, con le forme del rito semplificato ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 150/2011.

³² V. soprattutto G. SCALFI, *La liquidazione coatta amministrativa alla luce della Costituzione*, in *Dir. fall.*, 1965, I, p. 154 ss., secondo cui la disciplina della l.c.a. dettata dalla l.f. sarebbe anticostituzionale sotto plurimi profili. *In primis* per violazione dell'art. 24 Cost., nella misura in cui attribuirebbe ai commissari liquidatori funzioni giurisdizionali nell'accertamento del passivo, con ciò violando il divieto di istituzione di giudici speciali. E poi perché la stessa apertura della procedura liquidativa sarebbe rimessa ad un atto della p.a. Lesivo del diritto di difesa, secondo E. T. Liebman, *Illegittime restrizioni all'azione dei creditori nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 1 ss., sarebbe stato invece esclusivamente il termine di decadenza di soli quindici giorni (decorrente dal ricevimento della raccomandata spedita dai commissari) per l'opposizione allo stato passivo, definito impareggiabilmente giugulatorio "per proporre una domanda in una materia spesso difficile e complessa, specie se si considera che nel nostro ordinamento non v'è (che io sappia) altro esempio di un termine di decadenza così breve". La disciplina del rito cautelare uniforme, che contempla analogo termine quindicinale per la proposizione del reclamo, era ancora da venire.

³³ C. Cost., 2 aprile 1969 n. 87 (Pres. Sandulli, Rel. Reale), in *Dir. fall.*, 1969 II, p. 361.

La relativa morigeratezza del legislatore ordinario di fronte alla tentazione di istituire forme di arbitrato obbligatorio, più o meno larvate, potrebbe spiegarsi oggi soltanto alla luce del divieto di istituzione di giudici speciali sancito dall'art. 102 Cost. e di una cementata giurisprudenza costituzionale. A quest'ultimo riguardo, però, meriterebbe davvero un rinnovato studio sul rapporto tra arbitrato obbligatorio e Costituzione, *ad instar* della storiografia giuspolitica che Giovanni Tarello svolse in relazione alla giurisprudenza della Corte in materia di leggi limitative del diritto di proprietà³⁴. Il confine tra arbitrato obbligatorio e giudice speciale è del resto assai labile, tutt'altro che scolpito nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. È un fatto che le voci *Arbitrato obbligatorio o necessario* "che un tempo furono esaminate sotto un'unica insegna insieme con l'arbitrato rituale", come lo stesso Carnacini, che ne fu coautore, ricorda³⁵, finirono per confluire poi, a Costituzione in vigore, e dunque nel *Novissimo Digesto italiano*, sotto la voce *Giurisdizioni speciali*. Scelta editoriale per quanto savia non bastevole a esaurire sì grave questione. Consideriamo, per un attimo, la pronuncia capostipite tralatizamente richiamata da tutte le successive pronunce espressione di questo orientamento, ch'ebbe a ravvisare una violazione dell'art. 102 Cost. nella legge istitutiva di un arbitrato obbligatorio (in specie trattavasi dell'art. 25, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 istitutivo di un collegio arbitrale per la determinazione della entità del premio dovuto all'inventore artefice di una invenzione industriale brevettata dal datore di lavoro).

La motivazione di C. Cost. 14 luglio 1977, n. 127 (Pres. Rossi, rel. Elia)³⁶ è imperniata sui seguenti argomenti (di alcuni dei quali spicca l'anacronismo, per non dire il superamento *de iure condito*):

- a) l'attività degli arbitri non è fungibile con quella del giudice togato, difettando in capo agli arbitri poteri cautelari e coercitivi (si vedano oggi gli artt. 818, 824-*bis*, 838-*ter*, comma quarto, e 614-*bis* c.p.c.);
- b) la volontà dei costituenti di espungere ogni forma di giurisdizione speciale, comprese quelle di tipo arbitrale, a eccezione dei giudici speciali mantenuti in Costituzione godrebbe di "*chiarissimo riscontro nei lavori preparatori*";

³⁴ G. TARELLO, *Storiografia giuspolitica e interventi della Corte costituzionale in materia di proprietà*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988; senza nulla togliere, con ciò, alle accurate rassegne sulla giurisprudenza costituzionale in materia di P. GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio*, in G. ALPA, V. VIGORITI, *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, 2013, p. 37 ss. e di E. T. FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. arbitrale*, 2019, p. 197 ss.

³⁵ T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. D.I.*, Torino, 1964, I, 2, p. 876; in precedenza, T. CARNACINI, M. VASETTI, *Arbitrato rituale*, in *Nuovo D.I.*, Torino, 1937, I, p. 648; indi, M. VASETTI, voce *Giurisdizione speciale*, in *Noviss. D.I.*, Torino, 1965, I, p. 1079 ss., spec. 1087 ss.

³⁶ In *Giur. it.*, 1978, I, 1, cc. 1809 ss., 1810, con nota critica di O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema della legittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio*, a parere del quale "l'arbitrato, sia esso imposto dalla legge, sia esso previsto in via contrattuale, non concreta mai una fattispecie affetta da illegittimità costituzionale, per il semplice motivo che le rammentate disposizioni del nostro codice di rito (artt. 806 e segg.) apprestano gli strumenti per ricondurre l'arbitrato nell'ambito della giurisdizione ordinaria".

- c) la conclusione “*suggerita dai lavori preparatori*”, troverebbe “*saldo fondamento*” nel testo della Costituzione e sarebbe “*avvalorata dall'art. 6 CEDU*” (si v. però la sentenza *Lithgow*, del 1986);
- d) vi sarebbe una disparità di trattamento rispetto alla situazione dell'inventore che sia anche dipendente pubblico, in quanto, in questa ipotesi, il compenso per l'invenzione sarebbe determinato dalla p.a., con atto impugnabile davanti al giudice amministrativo (si v. le norme sulla privatizzazione del pubblico impiego);
- e) l'insopprimibile fondamento volontaristico dell'arbitrato, desumibile dall'art. 806 c.p.c., assumerebbe il carattere di “principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento” (che dire delle norme – art. 7, l. 218/1995 – che impediscono l'esercizio del diritto di azione davanti a giudici italiani, dando rilievo alla litispendenza davanti a giudici di stati terzi che, per definizione, possono anche non incarnare i valori comuni su cui si basa la *full faith and credit* riconosciuta alle decisioni dei giudici degli Stati membri nel sistema di Bruxelles?);

Argomenti, quelli addotti dalla Consulta, nessuno dei quali irresistibile dopotutto. Il fugace richiamo alla, a sua volta sbrigativa illazione del presidente della commissione nella seduta del 21 novembre 1947 (“*Vi sono commissioni e collegi arbitrali, che costituiscono vere e proprie giurisdizioni speciali; ne seguiranno le sorti...*”), pretermette che altrove si collocò il fulcro del dibattito nei riguardi delle giurisdizioni speciali in seno alla Sottocommissione II, animato dal confronto tra le personalità scientifiche di Giovanni Leone e Piero Calamandrei. Ambedue votati a “impedire al legislatore di creare organi speciali”, il primo però più preoccupato di garantire “una certa flessibilità della organizzazione della giustizia”³⁷, il secondo dei “rischi che correrebbe l'indipendenza della Magistratura, ove si lasciasse al legislatore la possibilità di creare giurisdizioni speciali, *sul tipo del Tribunale speciale della difesa dello Stato*”³⁸. Con Di Giovanni favorevole a conservare “quei Collegi arbitrali che sorgono in relazione alla costante evoluzione del diritto del lavoro e che hanno dato ottime prove per la risoluzione delle controversie”³⁹. Con l'accorato appello di E. Vanoni, intervenuto ai lavori preoccupatissimo delle prefigurabili deviazioni del contenzioso tributario, già ben evidenti allora, dalla cornice del disegno costituzionale *in fieri*; ma incapace di destare se non modesto interesse in Calamandrei, che suggeriva il disbrigo della questione alternativamente accorpando la tributaria nella giurisdizione ordinaria oppure mantenendola in vita come autonoma, ed ennesima, giurisdizione speciale. Di arbitrato, e arbitrato obbligatorio in particolare, se si parlò,

³⁷ Seconda Sottocommissione (Seconda Sezione), Seduta del 17 dicembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Roma, 1976, 1930-1931.

³⁸ Seconda Sottocommissione (Seconda Sezione), Seduta del 18 dicembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Roma, 1976, 1938.

³⁹ *Ibid.*, 1939.

si parlò pochissimo, e soltanto incidentalmente. Con soluzione nel complesso “intrinsecamente ambigua” come stigmatizza G. Verde⁴⁰.

D'altra parte, già il Calamandrei accademico, prima ancora del Calamandrei costituente, avrebbe esitato a qualificare come giurisdizioni speciali le forme di arbitrato da legge obbligatorio, seppur preclusive dell'accesso alla giurisdizione ordinaria, in cui la scelta degli arbitri sia rimessa alle parti in lite. “Il nucleo del concetto di arbitrato, volontario o necessario” dovendosi ravvisare proprio nel potere delle parti “di scegliersi liberamente, secondo preferenze personali, i giudici di loro fiducia”. Soltanto dove tale potere venga a mancare “svanisce del tutto la figura dell'arbitrato e subentra necessariamente quella di organo giurisdizionale speciale”⁴¹.

Sul problema della conformità a Costituzione delle leggi istitutive di arbitrati obbligatori, anche la dottrina processualistica più recente è apparsa meno categorica⁴². La stessa giurisprudenza costituzionale ha mostrato via via minore intransigenza nei riguardi dell'arbitrato da legge. Secondo un'efficace rilettura in chiave penalistica⁴³, vi sarebbe stato un transito dall'imputazione al legislatore ordinario di una colpa commissiva (da previsione dell'arbitrato obbligatorio come unica via di tutela) a quella di una colpa solo omissiva, da mancata previsione della facoltatività dell'arbitrato da legge. E tanto allo scopo di evitare declaratorie di incostituzionalità a rime obbligate delle tante disposizioni di legge ordinaria che ancor'oggi

⁴⁰ G. VERDE, *Diritto processuale civile*, III, Bologna, 2025, p. 293.

⁴¹ P. CALAMANDREI, *Contributo alla teoria dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, cc. 759 ss., ripubblicato in *Id.*, *Opere giuridiche*, p. 285 ss., spec. 293. Cfr., all'esito di ampia rassegna sulle “altre giurisdizioni” istituite da leggi speciali, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1945, p. 302 così conclude: “il richiamo all'arbitrato, contenuto in queste denominazioni, si deve ritenere completamente improprio, in quanto, mentre gli arbitrati e i collegi arbitrali sono persone private investite di una controversia tra le parti, che in tal modo derogano alla giurisdizione ufficiale, le commissioni arbitrali di cui parliamo sono organi dello Stato, vere autorità giurisdizionali, la cui posizione non differisce sostanzialmente da quella delle altre giurisdizioni speciali”.

⁴² L. P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 318 ss., 354, rileva infatti che “rappresenta invece una costante – non del tutto chiarita – del panorama normativo il delicato problema, concernente la legittimità dei c.d. arbitrati obbligatori, che sono «imposti» da leggi o da norme regolamentari derivate (ad es. da capitoli generali o speciali d'appalto, nel settore delle opere pubbliche), senza alcun riguardo alla volontà delle parti in lite (ed anzi, ove occorra, contro la volontà di una di esse)”, e chiosa che a dispetto dell'atteggiamento tutt'altro che univoco del legislatore al riguardo, “è invece molto chiara, in proposito, la posizione negativa, assunta in questi anni dalla Corte costituzionale”. Cfr. E. FAZZALARI, *Contro l'arbitrato obbligatorio*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 215 ss., nota 1, per il quale, a difesa dell'arbitrato obbligatorio non potrebbe addursi “la pretesa che l'arbitrato abbia «natura» giurisdizionale (pretesa infondata, vertendosi in attività squisitamente privata), né l'assoggettabilità del lodo omologato all'azione di nullità innanzi al giudice ordinario (ciò che non incide minimamente sulla natura privata del processo arbitrale)”. È da chiedersi tuttavia se la teoria c.d. del convogliamento non possa riacquistare almeno in parte il suo *appeal* nel mutato quadro dell'ordinamento e alla luce dell'espresso riconoscimento della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale da parte della giurisprudenza anche costituzionale.

⁴³ Di F. AULETTA, *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato “obbligatorio”?*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 277 ss., 282, nota a C. Cost. 13 aprile 2000, n. 115.

prevedono la *imposizione* dell'arbitrato e lo contemplan quale unico strumento di risoluzione delle controversie e la tutela giurisdizionale dei diritti⁴⁴.

Gli è che dietro al “filtro” dell’interpretazione costituzionalmente orientata, in apparenza innocuamente eretto dalla Consulta a scopo deflattivo, potrebbe anche nascondersi una sapiente mossa politica: un preventivo *non liquet* da parte della Consulta, per impedire il ritorno su posizioni delicatissime, assunte però alla fine degli anni '70, nell'esasperato clima sociale di allora, quando sarebbe stato invero inconcepibile omologare il rifiuto dello Stato di dare tutela giurisdizionale a cittadini e lavoratori, imponendo ad essi forme di arbitrato obbligatorio. Con ciò, beninteso, non vogliamo assolutamente farci assertori della tesi secondo cui la Costituzione sarebbe un *living document*⁴⁵, aperto ai più effimeri *overruling* – in luogo del debito processo di revisione costituzionale – anche a fronte di divieti espressi. È però questione di intendersi sulla effettiva portata di quei divieti. Nel commentare un'altra pronuncia di incostituzionalità (C. Cost. 8 giugno 2005 n. 221, Pres. Capotosti, rel. Vaccarella), sulla scia di C. Cost. 127/77, Giovanni Verde ne ha disvelato il cortocircuito argomentativo. “La Corte, è vero”, scrive Verde, “fonda la legittimità dell'arbitrato sulla libera scelta delle parti, ma pone tale scelta in rapporto col divieto di introdurre giudici speciali. In altri termini, un arbitrato imposto da una fonte eteronoma è incostituzionale non perché sia illegittimo porre vincoli alla privata autonomia o alla discrezionalità dell'amministrazione, ma perché un vincolo di questa specie si risolve nella creazione di un giudice speciale”⁴⁶.

Ma siamo sicuri che l'art. 24 Cost., una volta eliminato l'eccentrico combinato disposto con l'art. 102 Cost. (il cui obiettivo, garantire la indipendenza dei giudici, nulla ha da temere se la nomina di arbitri è rimessa alle parti), e riletto oggi magari alla luce degli artt. 41 (libertà di iniziativa economica e, di riflesso, tutela della autonomia negoziale), 111 Cost., 47 Carta dei diritti fondamentali e 6 CEDU, vieti la istituzione di arbitrati obbligatori, che rimettano alle parti la nomina degli arbitri, per sopperire agli iniqui ritardi della giustizia ordinaria, e ferma però, in tal caso, l'insopprimibile esigenza di convogliamento, attraverso la previsione di un rimedio

⁴⁴ La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, afferma la piena validità di clausole compromissorie asimmetriche, previste da convenzioni-tipo approvate con decreto ministeriale, in virtù delle quali la pubblica amministrazione si assoggetta preventivamente al giudizio arbitrale, purché al privato sia rimessa la facoltà di adire il giudice ordinario: Cass., Sez. I, 25 marzo 2025, n. 7894 (in relazione all'art. 15, comma 2, della convenzione tipo per l'affidamento dei servizi relativi alla raccolta della scommessa approvata dal Ministero delle Finanze con d.m. 20 aprile 1999, che recita: “Tutte le controversie tra i Ministeri delle finanze e per le politiche agricole ed il concessionario, nascenti dalla esecuzione, interpretazione e risoluzione della presente Convenzione possono essere decise da un collegio arbitrale di 4 membri dei quali uno designato dal Ministero delle finanze, uno dal Ministero per le politiche agricole, uno dal concessionario ed il quarto, con funzioni di presidente, dai primi tre arbitri di comune accordo, ovvero, in mancanza di tale accordo, dal presidente del tribunale di Roma, il quale nominerà anche l'arbitro della parte che non vi abbia provveduto nel termine indicato nell'atto introduttivo del giudizio arbitrale. Resta salva la facoltà della declinatoria della competenza arbitrale, da parte del concessionario”).

⁴⁵ Apertamente critico rispetto a tale concezione è N. ZANON, *La condizione “storico-spirituale” del giudice, oggi*, Napoli, 2025, p. 57-57.

⁴⁶ G. VERDE, *La Corte costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 519 ss., 521.

impugnatorio per violazione di legge, davanti alla giurisdizione del giudice ordinario, munito in via esclusiva del potere di rinvio pregiudiziale interpretativo ai sensi dell'art. 267 TFUE? Si può ancora sostenere questo di fronte alla sottrazione delle liti brevettuali al giudice ordinario e alla devoluzione di tali liti alla giurisdizione di nuovi giudici speciali quale il Tribunale Unificato dei Brevetti? O al fatto che il legislatore ammette che il diritto di agire davanti al giudice ordinario possa essere sottratto al socio di società di capitali per effetto del volere della maggioranza, salvo recesso dal contratto di società, l'adesione al quale comporta l'accettazione del principio maggioritario e una sorta di rinuncia preventiva, *in eventum*, al diritto di azione davanti all'a.g.o.? Se queste, insomma, possono apparire tematiche ai margini del tema del nostro convegno, vertente sulle Regole modello e sulla esigenza di maggiore flessibilità procedurale che esse mirano ad infondere nel processo statuale, ci pare dopotutto non edificante, allo stato della moderna giustizia civile, nel sistema multilivello dell'ordinamento europeo, relegare l'arbitrato nell'angolo obliante delle "materie escluse"⁴⁷. Non si dispera che, nelle future edizioni delle *Rules*, l'arbitrato e le gravi questioni sistemologiche si accompagnano entrino nell'agenda degli esperti della giustizia civile. Soluzioni che si crederebbero invalse potrebbero dal confronto in quelle sedi privilegiate uscire corroborate. O magari venire abbandonate.

Marcello Stella

Associato dell'Università di Napoli Federico II

⁴⁷ Rimarchevolmente, le Regole modello si preoccupano della nota dolente di ogni processo, togato come arbitrale. Vale a dire i costi del processo. La questione della incidenza della insolvenza patrimoniale di un compromittente sulla efficacia della clausola compromissoria, alla luce del diritto di accesso e del diritto alla tutela effettiva garantito dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali, è stata dalla Cassazione francese, 27 settembre 2023, n° 22-19.859 risolta nel senso che "l'invocation par les demandeurs de leur impécuniosité n'était pas, en soi, de nature à écarter la mise en oeuvre des clauses compromissoires".



GUIDOMARIA DE CESARE

Appunti sulla tutela cautelare nel sistema delle *Model European Rules of Civil Procedure**

Le *Model European Rules of Civil Procedure* dedicano un complesso reticolato normativo al tema della tutela cautelare. Viene però da chiedersi se il diritto processuale cautelare si presti all'armonizzazione, trattandosi di settore in cui i particolarismi nazionali emergono con maggiore evidenza. Nonostante qualche perplessità sulle scelte dei fondo dei *Drafters*, le *Rules* potrebbero aiutare i giudici nazionali nel risolvere gli *hard cases*, così evitando che il particolarismo giurisprudenziale possa essere foriero di discriminazioni e incentivare il fenomeno del *forum shopping* in un settore del contenzioso in cui non sono notoriamente ammessi interventi nomofilattici, in ragione delle istituzionali limitazioni nell'accesso al giudizio di legittimità. Sicché, rispetto alla tutela cautelare, le scelte di principio dei *Drafters* potrebbero guidare i giudici nazionali, come se la *soft law* fosse una sorta di "nomofilachia dal basso".

The Model European Rules of Civil Procedure put in a complex and articulated normative framework to the subject of interim relief. It is, however, worth to question whether is possible the harmonisation of interim reliefs, because this is an area in which national exceptionalism tends to emerge most clearly. Despite certain reservations concerning the Drafters' underlying policy choices, the Rules may nonetheless assist national courts in addressing hard cases. In this way, they may help to prevent judicial particularism from giving rise to discrimination and from encouraging forum shopping in a field of litigation where nomophylactic intervention is notoriously limited, due to the institutional constraints on access to the Italian Supreme Court. Accordingly, with regard to interim relief, the Drafters' principled choices may guide national judges, as if soft law were to operate as a form of "bottom-up nomophylaxis".

Sommario: INTRODUZIONE: dai Principles alle Model Rules of Civil Procedure. – 1. Introduzione: la tutela cautelare nelle *Model European Rules of Civil Procedure*. – 2. Uno sguardo al passato: i primi tentativi di costruire un diritto processuale cautelare uniforme. SEZIONE I: Parte generale (*Rules* 184-191). – 1. La norma fondamentale: la *Rule* 184 e l'esigenza di un approccio funzionale ai provvedimenti cautelari. La vocazione sistemica e interpretativa della *Rule* 184 (malgrado la sua imprecisione). – 1.1. Il problema della cancellazione, in via cautelare, della trascrizione della domanda manifestamente infondata. – Segue: la natura cautelare dei provvedimenti che sospendono, negano o concedono la provvisoria esecutorietà dei provvedimenti con prevalente funzione esecutiva. Spunti dalle *Rules*. – 2. Il principio di proporzionalità come "gradualità" e "minor afflittività" della misura cautelare. – 3. Il procedimento *without-notice* e le misure di istruzione preventiva. – 4. La cauzione: analogie e differenze con l'ordinamento italiano. – 5. Strumentalità piena e strumentalità attenuata: la (non troppo condivisibile) scelta dei redattori delle *Rules* – 6. L'impugnabilità del

provvedimento cautelare secondo le *Rules*. – 7. La responsabilità del ricorrente vittorioso per l’attuazione (o per la mera concessione) della misura cautelare poi caducata. – SEZIONE II: Parte speciale (*Rules* 192-201). – 1. *Fumus o fumi? Periculum o pericula?* La scelta “tipizzante” dei redattori delle *Rules*. – 2. Il sistema di *Asset Preservation*. – 3. Le misure regolatorie. – 4. Le misure di istruzione preventiva. – 5. L’*interim payment*: una soluzione di compromesso. – 6. – SEZIONE III: La tutela cautelare *cross-border* (*Rules* 201-203). – 1. La timidezza dei *Drafters*: il colpevole appiattimento delle *Rules* sui Regolamenti europei (non senza qualche chiosa su ipotetiche aperture all’*antisuit injunction*).

INTRODUZIONE – DAI *PRINCIPLES* ALLE *MODEL EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE*

1. Introduzione: la tutela cautelare nelle *Model European Rules of Civil Procedure*

L’idea di un diritto cautelare uniforme pone problemi tutt’altro che trascurabili: alcuni ordinamenti accordano al giudice un potere cautelare generale¹, mentre altri negano che tale potere sia consustanziale alla funzione giurisdizionale e optano per una dettagliata regolamentazione dei provvedimenti cautelari. Sul piano, invece, delle tassonomie, non tutti i sistemi giuridici europei conoscono i concetti di anticipatorietà e di strumentalità attenuata, onerando, in ogni caso, la parte vittoriosa in sede cautelare di instaurare il giudizio di merito a pena di inefficacia della misura²; allo stesso modo, non sempre i provvedimenti di istruzione preventiva sono assimilati a quelli cautelari *tout court*³; né vi è concordia circa il concetto di “provvisorietà” nello spazio giuridico europeo, il quale, benché sia stato occasionalmente sagomato dalla Corte di giustizia⁴, ad oggi resta un rompicapo irrisolto⁵.

A fronte di tali difficoltà di armonizzazione, le *Model European Rules of Civil Procedure* (*breviter*: le *Rules*) rappresentano un ibrido in cui però l’ambizione semplificatrice è coltivata con un’incertezza tale da pregiudicarne la funzionalità e finanche l’individuazione di un *common minimum standard* esigibile dagli Stati membri; talché, l’interpretazione più piana

* Il presente contributo sviluppa la relazione tenuta al convegno *ELI/UNIDROIT Model Rules e processo civile italiano: quali prospettive?*, organizzato dal Dipartimento di giurisprudenza dell’Università degli studi di Napoli Federico II, in data 06.02.2026.

¹ A tal proposito, è d’uopo ricordare le pionieristiche riflessioni del P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, ora in ID., *Opere giuridiche*, IX, *Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, Roma, 2019, p. 191 ss.

² Sul tema, v. R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359 ss., spec. 1380 ss.

³ Il punto sarà ripreso *infra*, sezione II, § 4.

⁴ Si allude all’ambigua regola dettata da Corte giust. 17 novembre 1998, *Van Uden*, in causa C-391/95 (v. *infra*, sezione II, § 5).

⁵ In argomento, v. anche M. DE BENITO, *Las medidas cautelares en las Reglas europeas de proceso civil*, in *Medidas cautelares y diligencias preliminares*, Aranzadi, 2021, p. 691 ss., spec. 695.

del complesso reticolato normativo di nuovo conio induce a ravvisarvi una primazia della funzione meramente conservativa, trascurandone però altre ben più sofisticate che avrebbero forse meritato maggior considerazione, come, ad esempio, l'idoneità dei provvedimenti funzionalmente anticipatori a ridurre il divario di aspettative delle parti circa l'esito del giudizio di merito, incentivando una composizione transattiva non lontana dalla prognosi del giudice della fase sommaria, con conseguente risparmio di risorse del sistema di amministrazione della giustizia, in ossequio al principio di proporzionalità (il quale, *ça va sans dire*, nei progetti di *soft law* viene spesso declamato, senza però un concreto riscontro delle sue potenzialità, salvo forse il caso della *Rule 185*⁶). Può anticiparsi sin d'ora che alla maggior parte delle *Rules* sembra potersi attribuire una funzione meramente ornamentale: come cercheremo di mettere in evidenza nel prosieguo, la maggior parte di esse risulta poco utili per i giudici di merito⁷ che le volessero richiamare al fine per sciogliere i numerosi problemi applicativi posti dalla tutela cautelare⁸. Tuttavia, altre, e in particolare quelle di

⁶ Su cui v. *infra*, sezione I, § 2.

⁷ La giurisprudenza di legittimità suole richiamare a suffragio delle proprie interpretazioni gli strumenti di *soft law*, mentre le pronunce di merito in cui ciò avviene sono scarse (v., per es., Tribunale Brindisi 29 luglio 2025, n. 211, ord., la quale ha rimesso al Giudice delle Leggi la questione della possibile illegittimità costituzionale, per contrarietà ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, dell'art. 614-bis c.p.c., nella formulazione antecedente all'entrata in vigore del d.lgs 149 del 2022, applicabile *ratione temporis*, nella parte in cui non prevede la possibilità, da parte del Giudice dell'esecuzione, di determinare *ex post* un tetto quantitativo massimo (o anche solo temporale) all'operare delle misure di coercizione indiretta, su istanza di parte o, come nel caso di specie, anche d'ufficio, richiamando i Principi Unidroit nella parte in cui ammettono un sindacato del giudice sull'equilibrio complessivo del rapporto. Sicché, in ragione della ben nota inammissibilità del ricorso per cassazione avverso provvedimenti di natura cautelare, siccome inidonei al giudicato, ritraibile, per l'appunto, dall'art. 111, comma 7, Cost. (in argomento sia sufficiente un rinvio a R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, p. 42 ss. e 101 ss.; v. anche, per un'esauritiva perimetrazione del problema, F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*⁴, Bologna, 2026, p. 463 ss.), è ragionevole auspicare una maggior diffusione delle linee di indirizzo ritraibili dagli strumenti di *soft law* in materia cautelare, al fine di individuare un *common minimum standard* con funzione "vicaria" rispetto alla (inammissibile) nomofilachia dall'alto. Infatti, nel nostro ordinamento non vi sono spazi per l'affermazione di una "nomofilachia cautelare": per precisa scelta del legislatore l'accesso al giudizio di legittimità deve ritenersi precluso al destinatario di un provvedimento cautelare o di altri inidonei alla cosa giudicata, dovendosi peraltro escludere che la S.C. possa pronunciarsi, nonostante l'inammissibilità del ricorso, «nell'interesse della legge», configurandosi altrimenti un'anomala fattispecie di "giurisdizione consultiva" (in argomento, v. E. ODORISIO, *Il principio di diritto nell'interesse della legge*, Torino, 2018, p. 170 ss., spec. 258 ss.).

⁸ Forse è questa la ragione che si annida dietro lo scarso *appeal* degli strumenti di *soft law* presso la nostra giurisprudenza. Invero, non sembra potersi negare che i *conditores* strizzino maggiormente l'occhio ai giudizi arbitrali (anche se le *Rules* si dichiarano non applicabili all'arbitrato), ove la possibilità di *professio legis* ben può rendere *hard law* ciò che invece nasce come *soft law*; tuttavia, non va trascurato che quest'ultimi esprimono una certa visione del diritto dei loro redattori e, più in generale, della comunità epistemica degli studiosi, la quale non è del tutto estranea alla «comunità epistemica istituzionalizzata» dell'ordine giudiziario (riprendendo l'evocativa coniata da F. AULETTA, *I «materiali della legge» nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 17 ss.). Non sembra infatti che osti al richiamo degli strumenti di *soft law*, al fine di sostenere argomenti *a fortiori* o *ad abundantiam*, il disposto dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c., siccome un conto è il divieto di citazione diretta degli autori giuridici, altro è estenderlo al frutto del loro lavoro trasfuso in un testo di indirizzo di natura notoriamente compromissoria. Sicché sorge il dubbio che il mancato richiamo da parte della giurisprudenza alla *soft law*, specialmente quando allegata dalle parti, tenda a rafforzarne la chiusura epistemica attraverso l'autoproduzione delle fonti "para-normative" che possono essere – *rectius*: vengono – direttamente utilizzate o invocate dal giudice (in argomento, v. ancora di F. AULETTA, *I «materiali della legge» nel giudizio di cassazione*, cit., p. 22 ss.; nonché B. CAVALLONE, *Sulla citazione*

principio, possono offrire spunti di ricostruzione del sistema della tutela cautelare, a più forte ragione in un settore che, per ovvie ragioni istituzionali, non conosce nomofilachia. Pertanto, la sezione dedicata ai principi informativi del diritto cautelare rappresenta un buon esercizio di *ars combinatoria*, in cui convivono opposte tensioni e tradizioni giuridiche geograficamente separate dal Reno, dalla Manica e dell'Atlantico⁹.

2. Uno sguardo al passato: i primi tentativi di costruire un diritto processuale cautelare uniforme

Il punto di partenza dei *Drafters* può rinvenirsi nelle fonti di *soft law*¹⁰. Si allude, in particolare, al *Principle 8* degli ALI/ Unidroit Principles a proposito delle *provisional and protective measures*, il quale compendia tre fondamentali corollari della tutela cautelare¹¹: a) evitare che l'impossibilità pratica di emanare *in die* il provvedimento di merito pregiudichi irreversibilmente il diritto della parte che ha ragione riconoscendole una tutela interinale che anticipi provvisoriamente gli effetti del provvedimento definitivo o che ne garantisca comunque la fruttuosità¹²; b) tenuto conto della possibilità di un danno irreversibile, deve essere garantito all'istante il potere di domandare la concessione di un provvedimento cautelare *inaudita altera parte*, con conseguente differimento della fase di instaurazione del contraddittorio; c) al giudice deve essere riconosciuto un potere di contro-cautela, sia come

dei «precedenti» negli scritti forensi, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 150 ss.). Il tema sarà ripreso *infra*, sezione I, § 4, a proposito dell'istituto della cauzione.

⁹ M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, in *Colloquies on European Civil Procedure. Exploring the ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure* (by MARCO DE BENITO), Leiden-Boston, 2025, p. 113 ss., spec. 115: «[I] was surprised by the diversity of approaches. Provisional measures that are common in one country are considered unacceptable in another. European jurisdictions even differ on what provisional measures are, on how to define and conceptualise them. And we were all aware that our answers to these questions would determine the outcome. In this context, we held a meeting at the Max Planck Institute in Luxembourg, where Gilles Cuniberti led the discussion, explaining and ultimately convincing us that the only viable approach, the only one that would allow us to move forward in a neutral or aseptic way, was a strictly functional one. The consensus we reached on this approach, and our sincere desire to maintain it in subsequent discussions, helped us to avoid many problems.».

¹⁰ Per una panoramica si rinvia a R. STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure: An Introduction to Their Basic Conceptions*, in 69 *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2005, p. 201 ss.; ID., *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, ivi, 2022, p. 423 ss.

¹¹ Per comodità del lettore se ne trascrive il testo: «8. *Provisional and Protective Measures* 8.1 The court may grant provisional relief when necessary to preserve the ability to grant effective relief by final judgment or to maintain or otherwise regulate the status quo. Provisional measures are governed by the principle of proportionality. 8.2 A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. A person against whom ex parte relief is directed must have the opportunity at the earliest practicable time to respond concerning the appropriateness of the relief. 8.3 An applicant for provisional relief should ordinarily be liable for compensation of a person against whom the relief is issued if the court thereafter determines that the relief should not have been granted. In appropriate circumstances, the court must require the applicant for provisional relief to post a bond or formally to assume a duty of compensation.».

¹² Per la chiara individuazione di codesta funzione, v. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 174.

possibilità di imporre all'istante il pagamento di una cauzione, che come potere di condannarlo al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno qualora venisse accertata l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare.

Parimenti, le *Rules* riecheggiano il tenore letterale dell'art. 17 UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration¹³. Un'influenza minore hanno invece esercitato gli Helsinki Principles¹⁴, mentre l'art. 10 dello Storme Report del 1994 sembra essere stato interamente recepito¹⁵.

Dal punto di vista topografico, la parte delle *Rules* dedicata alla tutela cautelare si compone di tre sezioni: nella prima vengono individuati i principi fondamentali della materia, applicabili a tutti i procedimenti cautelari, salvo che non sia previsto diversamente dalla disciplina delle singole misure; nella seconda è esposta la disciplina delle misure cautelari tipiche; mentre nella terza sono dettate regole a proposito del contenzioso transfrontaliero, perlopiù appiattite sul contenuto dei Regolamenti europei.

Le disposizioni che seguitiamo ad analizzare rappresentano l'ambiziosa sintesi dei precedenti progetti di armonizzazione: come anticipato, tale risultato non può ritenersi pienamente conseguito, benché non manchino interessanti spunti ricostruttivi che meritano di essere analizzati.

SEZIONE I – PARTE GENERALE (RULES 184-191)

1. La norma fondamentale: la *Rule* 184 e l'esigenza di un approccio funzionale ai provvedimenti cautelari. La vocazione sistemica e interpretativa della *Rule* 184 (malgrado la sua imprecisione).

Come osservato nella relazione di accompagnamento al testo, l'approccio funzionale al problema dell'individuazione dei provvedimenti definibili come cautelari è imposto «*to bridge the differences between differing European traditions*». La *Rule* 184 pone l'accento sia sulla dimensione temporale («*a provisional or protective measures is any temporary order*») che su quella strettamente funzionale («*that has one or more of the following functions*»)¹⁶.

¹³ V. *infra* i continui richiami all'art. 17 UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration.

¹⁴ Si allude agli *Helsinki Principles on Provisional and Protective Measures in International Litigation*, varati dalla International Law Association nel 1996, pubblicati per esteso nel *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1998, p. 128 ss.

¹⁵ Cfr. M. STORME, *Study on the Approximation of the Laws and Rules of the Member States Concerning Certain Aspects of the Procedure for Civil Litigation (final report)*, Dordrecht, 1994, Art. 10. Per un'analisi dello Storme Report, v. le considerazioni di X.E. KRAMER, *Harmonisation of Provisional and Protective Measures in Europe*, in M. Storme (ed.), *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn, 2003, p. 305 ss.

¹⁶ Le funzioni individuate dalla *Rule* 184 sono le seguenti: «(a) *to ensure or promote effective enforcement of final decisions concerning the substance of the proceedings, whether or not the underlying claim is pecuniary, including securing assets and obtaining or preserving information concerning a debtor and his assets; or (b) to preserve the opportunity for a complete and satisfactory determination of the proceedings, including securing evidence relevant to the merits or preventing its destruction*

Sembrerebbe, dunque, che un provvedimento possa considerarsi cautelare a condizione che sia temporaneo e assolva ad una o più delle funzioni tipizzate dalla *Rule 184*, trattandosi di requisiti cumulativi e non disgiuntivi¹⁷. Con l'implicazione per cui un provvedimento che dovesse assolvere ad una o più delle funzioni individuate dalla *Rule 184*, in difetto del crisma della temporaneità, non potrebbe a rigore essere qualificato come cautelare¹⁸. Pertanto, non possono considerarsi cautelari i provvedimenti emessi all'esito di cognizione sommaria con prevalente funzione esecutiva¹⁹ o quelli con funzione decisoria, astrattamente idonei a risolvere la lite, ancorché inidonei al giudicato²⁰. Di talché, non sembra del tutto coerente la

or concealment; or (c) to preserve the existence and value of goods or other assets which form or will form the subject-matter of proceedings (pending or otherwise); or (d) to prevent harm from being suffered, to prevent further harm, or to regulate disputed issues, pending final judgment.».

¹⁷ In tal senso, v. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 117.

¹⁸ Sul concetto di provvisorietà v. *funditus* nel testo.

¹⁹ Com'è noto la paternità dell'espressione si deve al G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, rist., Napoli, 1965, p. 196 ss.

²⁰ Si allude in particolare alle ordinanze definitive, di cui agli artt. 183-ter, 183-quater, 186-bis e 186-ter c.p.c. Sul tema, v. A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 262 ss.; per la perimetrazione della categoria dei provvedimenti sommari inidonei al giudicato, v. S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2006, p. 869 ss.; ID., *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2009, p. 367 ss.; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, cit., p. 315 ss., il quale mette molto chiaramente in evidenza che «il giudicato è un'utilità che spetta in primo luogo agli utenti del servizio richiedere o meno, in relazione ai loro bisogni e alle loro necessità. Non è un orpello che deve necessariamente accompagnare la tutela giurisdizionale dei diritti, in considerazione di un preteso onnipotente interesse del gestore del servizio, se gli utenti non hanno bisogno e non lo chiedono»; v. anche P. BIAVATI, *Le categorie del diritto processuale civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2018, p. 1333 ss., secondo cui «il bilanciamento tra velocità e giustizia, fra rapidità e garanzie» è «un autentico problema culturale [...]». Certo, occorre contrastare l'idea che la velocità stia al primo posto. Se, però, posta la questione agli estremi, la giustizia deve sempre prevalere, resta vero che per il veloce mondo di oggi una giustizia troppo lenta è inutile o perfino incomprensibile». Più di recente, l'idea che la rinuncia al giudicato, al fine di conseguire un provvedimento con prevalente funzione esecutiva, assicuri la ragionevole durata del processo e, al contempo, soddisfi l'interesse dell'attore, il quale ben potrebbe preferire di rinunciare all'irretrattabilità della cosa giudicata, in favore del più sollecito ottenimento di un titolo esecutivo, si ritrova nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 149 del 2022 (c.d. Riforma Cartabia), p. 25, ove si legge, con riferimento al nuovo art. 183-ter c.p.c., che «[L]a norma è strutturata in modo tale da escludere che, dopo la pronuncia dell'ordinanza, il giudizio abbia a proseguire, essendo deputata a soddisfare l'eventuale interesse della parte istante di munirsi celermente di un titolo immediatamente spendibile in via esecutiva, nella consapevolezza che la pronuncia non sia idonea ad acquisire autorità di cosa giudicata [...]». Tale disposizione, infatti, consente al creditore, quando siano provati i fatti costitutivi della domanda ovvero le difese del convenuto siano manifestamente infondate, di ottenere un provvedimento con funzione prevalentemente esecutiva, rinunciando all'irretrattabilità della cosa giudicata. I primi commentatori hanno evidenziato che la disposizione in esame completa un percorso di relativizzazione della cosa giudicata, la quale, da baluardo della tutela di cognizione, diventa una delle utilità ottenibili, restando sacrificabile in favore di esigenze di carattere pratico (cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *Le nuove ordinanze definitive (art. 183 ter e 183 quater c.p.c.)*, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, Città di Castello, 2023, p. 105 ss.; A. R. MINGOLLA, *I provvedimenti provvisori*, in *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. Cecchella, Bologna, 2023, p. 130; B. CAPPONI, *Note brevi sulla ordinanza di accoglimento (art. 183-ter c.p.c.)*, in *Il processo*, 1, 2024, p. 273 ss., spec. 276; ID., *Sulla nuova ordinanza di accoglimento (art. 183-ter c.p.c.)*, in *Judicium*, 19 gennaio 2024; S. CIRILLO, «Efficacia» e «autorità» della sentenza nel prisma della riforma del processo, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2024, p. 557 ss., spec. 564 ss.; F. GIGLIOTTI, *Le cosiddette ordinanze definitive. Prime riflessioni*, in *Questione giustizia*, 1, 2023, p. 119 ss., spec. 126;

scelta di noverare l'*interim payment* tra le misure cautelari²¹: può dubitarsi del fatto che l'imposizione del requisito dell'urgenza, da parte della Rule 201 (1) lett. b), giustifichi la natura cautelare di un ibrido tra le nostre ordinanze anticipatorie e il *référé provision* francese²², che notoriamente non condividono tale natura.

Pertanto, il riferimento da parte dei *Conditores* all'esigenza di prevenire «*further harm within the meaning of Rule 184(1)(d)*», quale giustificazione della funzione cautelare assolta dall'*interim payment*, prova troppo, dal momento che la formulazione oltremodo generica della lett. d) sembra riferirsi a quei provvedimenti che assolvono ad una più spiccata funzione di tutela preventiva o di sicurezza, come le azioni di nunciazione o i provvedimenti inibitori²³. Questo genere di considerazioni concorre a mettere in evidenza il *punctum pruriens* della Rule 184: se si considera che la funzione unitaria di tutti i provvedimenti cautelari coincide con la neutralizzazione del pericolo che potrebbe rendere infruttuoso l'esperimento di altri mezzi di tutela²⁴, allora dovranno considerarsi cautelari anche tutti quei provvedimenti provvisori – non solo perché «inidonei a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso²⁵», ma anche perché le conseguenze giuridiche e materiali del comando sono sempre reversibili o quantomeno passibili di risarcimento per equivalente²⁶ – che anticipino, per l'appunto

S. MENCHINI-E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2023, p. 578 ss., spec. 614 ss.; M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in *DPCleC*, 1, 2023, p. 242 ss., spec. 248; D. TURRONI, *La definizione anticipata del giudizio – Artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2, 2023, p. 454 ss., spec. 458; B. ZUFFI, *Le ordinanze di accoglimento e di rigetto ai sensi degli artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2, 2024, p. 677 ss.; è stato osservato da C. CAVALLINI, *Anglo-Saxon Res Judicata Culture for Civil Law Systems Anglo-Saxon Res Judicata Culture for Civil Law Systems*, in 45 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1, 2024, p. 17 ss., che le nuove ordinanze decisorie consentono, in ossequio all'imperativo costituzionale della ragionevole durata, di anticipare la pronuncia sul merito in maniera non dissimile da quanto avviene nell'ordinamento americano attraverso la *motion for summary judgment*, trascurando però che la decisione resa in questo modo è idonea al giudicato sulle questioni giuridiche affrontate (*issue preclusion*), mentre quella resa ai sensi degli artt. 183-ter e 183-quater c.p.c. è inidonea a produrre tale effetto per espressa volontà del legislatore).

²¹ Su cui v. *funditus*, *infra*, sezione II, § 5.

²² Sulle origini dell'istituto, v. C. SILVESTRI, *Il sistema francese dei «référés»*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9 ss.; A. JOMMI, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino 2005, p. 204 ss.

²³ Su cui v. di recente il documentato saggio di M. CIRULLI, *Appunti sulle inibitorie*, in *Judicium online*, 27 gennaio 2025.

²⁴ È questa l'idea di G. MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309 ss.; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 10, spec. 42 ss. Se quanto detto è vero, allora il sistema delle *Rules* dovrebbe escludere il potere da parte giudice di comminare le cc.dd. *Nationwide Injunctions*, caratterizzate dal fatto di vincolare la condotta del convenuto non solo nei confronti dell'attore ma anche *ultra partes* e potenzialmente addirittura *erga omnes*, che nel sistema Nordamericano vengono tipicamente emanate contro il governo o sue articolazioni al fine di inibire l'applicazione di leggi o atti amministrativi di cui è contestata la costituzionalità o, in genere, la legittimità (in argomento, v. l'ottimo studio di M. MOROTTI, *Su alcune recenti tendenze della tutela cautelare negli Stati Uniti: il fenomeno delle cc.dd. nationwide injunctions*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2024, p. 573 ss.).

²⁵ A. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 5.

²⁶ Questa caratteristica concorre, unitamente all'esigenza di prevenire il *periculum in mora* (i.e.: la funzione strettamente preventiva della tutela cautelare), a giustificare la cognizione sommaria: può ritenersi sufficiente la mera apparenza dei presupposti legali per la concessione della protezione perché gli effetti del provvedimento saranno comunque reversibili;

provvisoriamente, gli effetti del provvedimento definitivo²⁷, riducendo conseguentemente il divario di aspettative delle parti circa l'esito dell'eventuale giudizio di merito, in ragione di una prima deliberazione intorno all'apparenza di fondatezza della pretesa²⁸. In disparte la nota distinzione tra provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori (e le sue implicazioni sul piano dell'inefficacia della misura per mancata istaurazione del giudizio di merito)²⁹, merita

talché, per dirla alla Calamandrei, l'esigenza «di fare presto» fa parzialmente aggio su quella «di fare bene», mentre la capacità del provvedimento cautelare di regolare provvisoriamente il rapporto giuridico oggetto di cognizione sommaria può forse ricondursi all'efficacia imperativa che va riconosciuta ad ogni comando giudiziale (cfr. A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, p. 233 ss.).

²⁷ Quest'idea si trova già embrionalmente espressa in P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 174.

²⁸ Questa funzione è stata ben messa in evidenza da G. MAHER-B.J. RODGER, *Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention*, in 48 *The International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 302 ss.

²⁹ Com'è noto la distinzione tra provvedimenti cautelari anticipatori e conservativi si deve al P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 179 ss., spec. 185 ss., il quale utilizzava l'espressione «provvedimenti cautelari conservativi» per indicare quelli funzionali «a mantenere quello stato di fatto, in attesa ed allo scopo che su di esso possa il provvedimento principale esercitare i suoi effetti», mentre con l'espressione «provvedimenti innovativi» designava quelle cautele funzionali «non già a conservare lo stato di fatto esistente, ma ad operare, in via provvisoria e anticipata, quegli effetti costitutivi e innovativi, che potrebbero diventare, se differiti, inefficaci o inattuabili». Tale dicotomia aveva fino alla riforma del procedimento cautelare uniforme del 2005-2006 valenza tendenziale e per lo più dogmatica, dal momento che, salve le eccezioni previste dalla legge, il ricorrente vittorioso in sede cautelare era tenuto ad instaurare il giudizio di merito entro un termine perentorio, a pena di inefficacia della misura ai sensi dell'art. 669 *octies* c.p.c. Raccogliendo diffusi auspici della dottrina, la legge n. 80/2005, sulla base dell'esperienza del c.d. rito societario, ha però modificato l'art. 669 *octies* c.p.c., escludendone l'applicazione rispetto ai «provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700», agli «altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile e dalle leggi speciali» e a quelli di rinuncia. È stato osservato da C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*¹², I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 207 che la riforma dell'art. 669 *octies* c.p.c. induce a rimeditare i limiti funzionali, non già quelli strutturali, della cautela, sfumando i contorni «tra tutela (sommaria) cautelare e tutela sommaria (non cautelare)», a tal punto che venuto meno il nesso di strumentalità tra provvedimento cautelare e giudizio in merito, il rapporto tra tutela cautelare e merito è analogo a quello proprio dei provvedimenti sommari semplificati esecutivi (così P. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1). Pertanto, oggi non sembra più adeguata la classica definizione della provvisorietà del provvedimento cautelare data negli anni '30 dal CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 176, secondo cui la misura cautelare sarebbe provvisoria siccome «nasce in previsione, ed anzi in attesa, di un successivo provvedimento definitivo, in difetto del quale non solo non aspira a trasformarsi in definitivo, ma è addirittura destinato a venire meno per mancanza di scopo». Questa osservazione non appare più attuale alla luce della tendenziale atipicità della categoria dei provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata e a contenuto anticipatorio che non perdono efficacia se la causa di merito non è iniziata entro un termine perentorio, come osservato da D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata*, in *Incontro sulla riforma del processo civile*, 16 maggio 2006, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 68; ma v., in senso contrario, L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria tra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, p. 6 ss.; EAD., *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di provvedimento anticipatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 786 ss., la quale al termine «attenuazione» preferisce quello di «alterazione», per il rilievo che la provvisorietà, in uno con la strumentalità, è requisito strutturale della tutela cautelare, secondo, appunto, il classico insegnamento del Calamandrei. Nel senso che, anche a fronte della dissoluzione del nesso di strumentalità, il provvedimento cautelare resta naturalmente preordinato ad assicurare l'utilità della tutela ordinaria dichiarativa o esecutiva, anche nel caso in cui abbia carattere immediatamente satisfattivo dell'interesse pratico dell'istante, v. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 55 ss. Assai suggestivo risulta l'accostamento proposto da A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare* (a cura di G.

osservare che tutti i provvedimenti cautelari hanno una vocazione anticipatoria. Guardando al nostro ordinamento, tanto si trae dall'art. 624 c.p.c.: benché la sospensione del processo esecutivo produca per il creditore l'effetto proprio delle misure conservative, dalla prospettiva dell'esecutato tale effetto sembra piuttosto riconducibile a quelle altresì anticipatorie, consentendogli di ottenere il medesimo effetto che ritrarrebbe dall'accoglimento dell'opposizione³⁰. Non a caso se non viene proposto reclamo o se in quella sede l'ordinanza è confermata, e il giudizio di merito non è introdotto dal creditore nel termine perentorio di cui all'art. 616 c.p.c., il processo esecutivo si estingue, atteso che l'esecutato può ritenersi pienamente soddisfatto dopo la concessione della sospensiva, mentre il creditore, attraverso l'inerzia, ha dimostrato di non aver interesse nel proseguire nell'esecuzione (ma ciò non pregiudicherà il diritto dell'opposto di esercitare nuovamente l'azione esecutiva: è questa la conseguenza della scelta dell'opponente di rinunciare all'accertamento giurisdizionale idoneo al giudicato della fondatezza delle proprie doglianze)³¹.

Parimenti, anche i provvedimenti di istruzione preventiva possono produrre un effetto anticipatorio, attesa la loro natura *lato sensu* cautelare: se per esempio si guarda alla descrizione industrialistica, la caducazione della misura da mancata instaurazione del giudizio di merito, non impedisce l'acquisizione al giudizio di merito del verbale di descrizione, dato che in via generale anche le risultanze probatorie di un processo estinto si possono utilizzare,

TARZIA-A. SALETTI⁴, Padova, 2011, p. 313, della situazione in cui viene a trovarsi l'istante che abbia ottenuto una misura cautelare a strumentalità attenuata a quella attribuita al possessore: una situazione di fatto destinata a protrarsi finché non vi sia un intervento dell'autorità giudiziaria, negando così in radice l'idoneità di tali provvedimenti a produrre effetti di accertamento o costitutivi, modificativi o estintivi di rapporti giuridici. Con l'implicazione che il tradizionale requisito della provvisorietà lascerebbe spazio a quella della precarietà. In ogni caso, è innegabile che il sistema converga verso una progressiva attenuazione del nesso di strumentalità tra tutela sommaria cautelare e provvedimento di merito, come osservato da P. BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 565 ss.; R. CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1359 ss., spec. 1380 ss.; A. PROTO PISANI, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economica processuale*, in *Foro it.*, 1998, V, 8 ss.; E.F. RICCI, *I procedimenti anticipatori, cautelari e possessori*, in *Il progetto di riforma organica del processo civile* (a cura di G. TARZIA), Milano, 1998, p. 65 ss.; ID., *Verso un nuovo processo civile?* in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211 ss.; B. SASSANI, *Sulla riforma del processo societario*, in *La riforma delle società. Il processo* (a cura di B. SASSANI), Torino, 2003, p. 10 ss. Secondo una parte della dottrina tutte le misure assoggettate alla regola della strumentalità attenuata dovrebbero considerarsi, in quanto tali, anticipatorie, secondo una più ampia accezione di tale termine: in proposito, cfr. R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2, 2006, p. 69 ss., spec. 71; A. PROTO PISANI, *Verso la residualità dei processi a cognizione piena*, *ivi*, 2006, V, c. 58 ss. Più di recente, nel senso che la sistematizzazione dei provvedimenti con finalità anticipatorie a strumentalità attenuata implicherebbe una diverso *standard* di prova del *fumus* rispetto a quelli meramente conservativi, v. E. BRIGUGLIO, *Fumus, periculum ed altro ai tempi della strumentalità attenuata*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2019, p. 793 ss., spec. 797.

³⁰ In tal senso, B. CAPONI, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 399; v. anche A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, Milano, 2024, p. 3032 ss.; nonché S. RECCHIONI, *I nuovi artt. 616 e 624 c.p.c. fra strumentalità cautelare «attenuata» ed estinzione del «pignoramento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 644 ss. In giurisprudenza, v., per es., Cass. 24 ottobre 2011, n. 22033.

³¹ Tant'è che la concessione della sospensione ex art. 624 c.p.c. comporta anche che il giudice debba statuire intorno alle spese (in argomento si rinvia ad A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, cit., p. 3020 ss.).

ex art. 310, comma 3, c.p.c., in un diverso giudizio³², assicurando al titolare della privativa la soddisfazione del proprio interesse alla conservazione della prova della contraffazione, attraverso la qualificazione di una misura apparentemente conservativa e a strumentalità piena, in una anticipatoria e a strumentalità attenuata. Sicché la scelta dei *Drafters* di contrassegnare come “cautelari” tutte quelle misure provvisorie e temporanee che si rispecchiano nel *numerus clausus* di funzioni finisce, da un lato, per risultare eccessiva, siccome attribuisce natura cautelare a provvedimenti che in concreto non assolvono ad alcuna esigenza preventiva o di sicurezza, dall’altro, invece, pecca per difetto, perché non tiene conto della più evidente finalità anticipatoria di tutti i provvedimenti cautelari, a prescindere dalla loro strumentalità rispetto al giudizio di merito. Sarebbe allora stato meglio individuare un’unica funzione comune a tutti provvedimenti cautelari, evitando lo “spacchettamento” di cui alla *Rule* 184. A nostro modo di vedere, un approccio realmente funzionale al problema della tutela cautelare avrebbe dovuto indurre i *Conditores* delle *Rules* a ragionare nei seguenti termini: si possono considerare cautelari tutti quei provvedimenti, emessi all’esito di un procedimento a cognizione sommaria, che anticipano il risultato pratico o taluni effetti del necessario o eventuale giudizio di merito, scongiurando il pericolo che il ritardo nel provvedere possa frustrare l’aspettativa di soddisfazione della parte che ha ragione.

Pertanto, la generalissima formulazione della lett. d), coerentemente con la formula di impegno di questo scritto, ossia valutare l’utilità delle *Rules* quale strumento ermeneutico per risolvere gli *hard cases*, porta ad interrogarsi su un problema di ordine pratico che da decenni affanna la giurisprudenza: la possibilità di ottenere, attraverso un provvedimento cautelare atipico («*any temporary order*»³³), la cancellazione della domanda giudiziale manifestamente infondata.

1.1. Segue: il problema della cancellazione, in via cautelare, della trascrizione della domanda manifestamente infondata.

La trascrizione della domanda giudiziale assolve ad un’evidente funzione di “autotutela cautelare”, non potendo il giudice revocarla anche quando si avveda della sua illegittimità o ingiustizia. La giurisprudenza e la dottrina municipali tendono a negare la possibilità di addivenire alla cancellazione della trascrizione ingiusta, praticata al solo scopo di assicurare

³² Secondo l’impostazione condivisibilmente sostenuta da A. GIUSSANI, *La disciplina comunitaria della tutela giurisdizionale della proprietà intellettuale*, in *Id.*, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, 2017, p. 127; e anche, *si vis*, da chi scrive in G. DE CESARE, *L’incerto statuto normativo dell’esecuzione della descrizione industrialistica*, in *Giur. it.*, 12, 2022, p. 2421 ss., spec. 2422; *Id.*, *Il nodo irrisolto della descrizione: tra istruzione preventiva e procedimento cautelare uniforme (con qualche piccola chiosa de iure condendo)*, in *DPCleC*, 1, 2023, p. 35 ss.

³³ Nel senso che l’uso dell’aggettivo indefinito «*any*» da parte della *Rule* 184 aprirebbe al riconoscimento di un potere cautelare atipico in capo al giudice, v. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 128.

l'effetto prenotativo dell'eventuale accoglimento della domanda manifestamente infondata³⁴. Tale risultato è imposto da argomenti di carattere letterale e logico-sistematico, oltre che da un approccio consequenzialista al problema³⁵: a) l'art. 2668, comma 1, c.c. stabilisce che «la cancellazione della trascrizione delle domande enunciate dagli articoli 2652 e 2653 e delle relative annotazioni si esegue quando è debitamente consentita dalle parti interessate ovvero è ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato», dovendosi intendere il disposto normativo nel senso che la cancellazione possa essere ordinata *soltanto* «con sentenza passata in giudicato»; b) la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale, ordinata con un provvedimento cautelare anticipatorio, potrebbe implicare la perdita del diritto, anche ove la pretesa di merito dovesse risultare fondata: è sufficiente osservare in proposito che cancellata la trascrizione, i terzi subacquirenti della *res litigiosa* potrebbero trascrivere il proprio acquisto, con conseguente inopponibilità degli effetti dell'eventuale accoglimento della domanda giudiziale; c) il provvedimento d'urgenza può essere concesso a condizione che il suo effetto sia provvisorio e reversibile³⁶, mentre la cancellazione della domanda giudiziale è idonea a produrre effetti non passibili di *restitutio in integrum*, che conferiscono *de facto* stabilità al provvedimento cautelare; d) proprio l'irreversibilità degli effetti della cancellazione della trascrizione farebbe venire automaticamente meno l'interesse ad impugnare la sentenza di merito che neghi il diritto della parte che ha subito gli effetti del provvedimento d'urgenza, quando terzi subacquirenti della controparte abbiano trascritto il proprio acquisto, dal

³⁴ Sul tema si segnalano le osservazioni V. ANDRIOLI, *Commentario al cod. proc. civ.*, vol. IV, 1964, p. 264; A. BARALE, *La cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale non può essere disposta con provvedimento d'urgenza*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1483 ss.; R. CONTE, *Provvedimento d'urgenza, ordine di cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale ictu oculi infondata e incostituzionalità dell'art. 2668 c.c.*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 930; M.P. FUAINO, *Sul provvedimento d'urgenza per la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale e dell'iscrizione ipotecaria*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 187 ss.; S. PETITTO, *Trascrizione di domanda giudiziale: per la cancellazione è proprio necessaria una sentenza passata in giudicato?*, in *Dir. e giur.*, 1996, p. 464 ss.; E. PICOZZA, *Sull'ammissibilità di un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. che disponga la cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale di cui agli artt. 2652 e 2653 cod. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1243 ss. Più di recente, il tema è stato indagato da C. ASPRELLA, *Provvedimento d'urgenza e ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale*, in *Il Processo*, 3, 2023, p. 807 ss. In giurisprudenza, v. il risalente precedente contrario di Cass., 16 gennaio 1986, n. 251; nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Torino, 10 dicembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, p. 671; Trib. Modena 11 giugno 1999 in *Giur. it.*, 2000, p. 1645, con nota critica di E. CANAVESE, *Brevi note sulla concedibilità di un provvedimento d'urgenza che disponga la cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale*; Trib. Milano, 13 gennaio 2011, in *Giur. merito*, 2011, p. 1017; Trib. La Spezia 26 agosto 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 1482; ma v. in senso contrario Trib. Milano 30 settembre 2002, in *Giur. milanese*, 2002, p. 435 che ha ammesso la cancellazione della trascrizione della domanda manifestamente infondata attraverso il provvedimento d'urgenza.

³⁵ Per una sottile analisi del "consequenzialismo giudiziario" e delle sue implicazioni, si rinvia all'ottimo lavoro di V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti*, Napoli, 2020, p. 19 ss.

³⁶ Così, per esempio, S. LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in AA.V.V., *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, p. 159 ss.; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza: come è e come si vorrebbe che fosse*, ivi, p. 436; ma v. in senso contrario F. SANTANGELI, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 61 ss. In argomento, v. anche i cenni contenuti nell'ormai classico studio del F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, p. 155 ss.

momento che l'eventuale accoglimento non produrrebbe alcuna concreta utilità, non potendosi peraltro neppure ipotizzare un'azione risarcitoria nei confronti del dante causa e dei suoi subacquirenti che hanno legittimamente esercitato un diritto riconosciuto da un provvedimento giurisdizionale³⁷; e) non sembra infine che il provvedimento d'urgenza possa anticipare anche gli effetti secondari della sentenza (ossia quegli effetti che si verificano indipendentemente dalla domanda di parte e che vengono collegati alla sentenza in quanto fatto giuridico implicato dalla stessa³⁸).

Anche nel sistema diviso dalle *Rules* sembra doversi escludere la possibilità di ottenere la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale manifestamente infondata. Appare dirimente in tal senso il richiamo al principio di proporzionalità nei termini precisati dalla *Rule* 185³⁹: «[A] *provisional and protective measure should impose the least burden on the respondent. The Court must ensure that the measure's effect are not disproportionate to the interest it is asked to protect*». La concessione dell'ordine di cancellazione soddisferebbe la parte interessata a vendere la *res litigiosa*, o coloro ai quali è già stata trasferita con atto non opponibile alla controparte che ha trascritto la domanda giudiziale in data antecedente alla cessione, esponendo però quest'ultima al rischio di perdere irreversibilmente il proprio diritto, quandanche dovesse essergli riconosciuto dalla sentenza di merito o addirittura facendo venire meno l'interesse all'impugnazione della sentenza sfavorevole. Con l'implicazione per cui gli effetti del provvedimento cautelare diverrebbero irreversibili e impermeabili, nonostante la sopravvenienza della statuizione di merito incompatibile. Trattasi all'evidenza di risultato escluso del requisito della temporaneità, oltretutto distonico con il principio del «*least burden*» a carico del resistente, trattandosi di provvedimento foriero di cagionare la perdita del diritto.

³⁷ Ben diverso è il discorso rispetto alla trascrizione illegittima della domanda giudiziale, ossia effettuata al di fuori delle ipotesi previste dagli artt. 2652 e 2653 c.c., la cui cancellazione ben può essere imposta con un provvedimento d'urgenza (così C. ASPRELLA, *Provvedimento d'urgenza e ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale*, cit., p. 815; in giurisprudenza, cfr. Cass., 28 maggio 2010, n. 13127 secondo cui la cancellazione di una trascrizione immobiliare ritenuta illegittima, perché effettuata al di fuori delle ipotesi consentite, può essere domandata in un autonomo giudizio, sussistendo in capo al proprietario dell'immobile l'interesse concreto e attuale ad ottenerne la cancellazione al fine di eliminare lo stato di incertezza giuridica pregiudizievole alla commerciabilità dell'immobile medesimo; nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Busto Arsizio, 9 febbraio 2010; Trib. Napoli, 26 gennaio 2006, in *Giur. merito*, 2006, 10, p. 2170).

³⁸ Per questa considerazione, v. ancora F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, cit., p. 244 ss. Più in generale, sulla distinzione fra effetti principali e secondari della sentenza, si rinvia ai classici lavori di Per la teoria degli effetti principali e secondari si veda E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, p. 50 ss.; S. SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, 1, p. 251 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, p. 278 ss.

³⁹ Per un'analisi del principio di proporzionalità per come sagomato dalle *Rules* 5-10, v. *infra*, § 2. A proposito della particolare declinazione del concetto di proporzionalità fatta dalla *Rule* 185 (2), v. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 119.

Pertanto, le *Rules* 184 e 185 possono fungere da *interpretative tools* per sostenere l'inammissibilità nel nostro sistema di un provvedimento d'urgenza che ordini la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale manifestamente infondata.

1.2. Segue: la natura cautelare dei provvedimenti che sospendono, negano o concedono la provvisoria esecutorietà dei provvedimenti con prevalente funzione esecutiva. Spunti dalle *Rules*.

Altro problema, che qui può essere solo accennato, rispetto al quale le *Rules* offrono notevoli spunti interpretativi, è quello della natura cautelare delle misure che concedono o sospendono la provvisoria esecutorietà di provvedimenti, con prevalente funzione esecutiva, emessi all'esito di cognizione sommaria⁴⁰, il quale, dal punto di vista pratico, si riallaccia alla diversa questione della loro reclamabilità. Guardando al nostro ordinamento, si allude alle ordinanze di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. Entrambe le disposizioni definiscono le ordinanze di accoglimento di tali istanze come «non impugnabili». Viene però spontaneo chiedersi se davvero solo le ordinanze di accoglimento siano inimpugnabili o anche quelle di rigetto⁴¹. La previsione dell'assoluta inimpugnabilità che pare doversi stillare dal combinato disposto degli artt. 648, 649 e 177, comma 2, c.p.c., è parsa a molti Autori insoddisfacente⁴², dal momento che un errore di valutazione del giudice istruttore può provocare un pregiudizio assai difficilmente rimediabile. Basti pensare alle conseguenze derivanti dalla concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, cui segue, per il debitore, il rischio del

⁴⁰ Nel senso della natura *lato sensu* cautelare, v. già P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 188.

⁴¹ Nel senso della reclamabilità delle ordinanze di rigetto, v. Trib. Roma, 29 dicembre 2023, in *Giur. it.*, 2024, p. 2616 ss., con nota adesiva di M. GARAVAGLIA, *Reclamabilità delle ordinanze previste degli artt. 648 e 649 c.p.c.*; in *Judicium* con nota di P. LICCI, *Brevi note sulla reclamabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza ex art. 649 c.p.c.* (T. Roma 29 dicembre 2023); in *Questione Giustizia*, 22 marzo 2025, con nota di R. CONTE, *Sulla reclamabilità ex art. 669-terdecies c.p.c. dell'ordinanza di diniego della sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto ex art. 649 c.p.c.*; ma v. in senso contrario Trib. Macerata, 19 febbraio 2025, in *Giur. it.*, 10, 2025, con nota di R. CONTE, *Ancora sull'impugnabilità delle ordinanze ex artt. 648 e 649 c.p.c.*; nello stesso senso, v. già Trib. Reggio Emilia, 23 ottobre 2012, in *Giur. it.*, 2013, p. 2329 ss.; Trib. Parma, 23 giugno 2006, ivi, 2007 ss. Peraltro, Trib. Roma, 27 agosto 2024, in *Foro it.*, 2024, I, 2807 con nota di B. CAPPONI, *La reclamabilità dei provvedimenti negativi ex art. 648 e 649 c.p.c.: norme che mancano, o norme da interpretare?* ha rimesso la questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di cassazione; tuttavia, il rinvio pregiudiziale è stato dichiarato inammissibile dal Presidente della suprema Corte con decreto 7 ottobre 2024.

⁴² E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 2012, p. 236-241; A. RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali* (a cura di S. CHIARLONI e C. CONSOLO), I, *I procedimenti sommari (633 e 669 c.p.c.)*, Torino, 2005, p. 467; R. CAPONI-E. MERLIN, *Sulla reclamabilità delle ordinanze sulla provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo ex art. 648 c.p.c.*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 705 ss.; R. CONTE, *Procedimento d'ingiunzione*, in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di Chiarloni), Bologna, 2012, p. 319; ma v. *contra* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il procedimento per ingiunzione*, in *Diritto processuale civile* (diretto da L. DITTRICH), IV, Torino, 2019, p. 4221, che ritiene inimpugnabili sia i provvedimenti di rigetto che di accoglimento dell'istanza di sospensione.

pignoramento o dell'iscrizione di ipoteca giudiziale ex art. 655 c.p.c.⁴³; mentre il creditore che vede negarsela, senza poter impugnare la decisione del giudice, dovrà attendere l'esito del giudizio di opposizione, esponendosi, per esempio, ad un grave pregiudizio nell'esercizio della propria attività economica quando l'incasso delle somme attese sia strumentale al risanamento di una posizione debitoria. Allo stesso modo, la mancata concessione della sospensione della provvisoria esecutività, quando l'opposizione esprime un ragionevole grado di *fumus*, espone il debitore al rischio di pagare un indebito, cui ragionevolmente seguirà un giudizio di ripetizione, con conseguente effetto inflativo del contezioso e spreco della risorsa giustizia.

A dispetto del *non possumus* imposto dal legislatore, a nostro modo di vedere entrambe le ordinanze esprimono una funzione cautelare⁴⁴. Se infatti si valorizzasse esclusivamente l'argomento letterale, potrebbe forse giungersi ad ammettere la reclamabilità delle sole ordinanze di rigetto, dal momento che sia l'art. 648 c.p.c. che il successivo art. 649 c.p.c., sembrano alludere alle ordinanze di accoglimento, con l'implicazione per cui, in base ad un ragionamento *a contrario*, quelle di rigetto dovrebbero essere reclamabili. Senonché, questo modo di ragionare circoscrive la natura cautelare alle sole ordinanze di rigetto, benché non possa negarsi che anche quelle di accoglimento (e forse più) vogliano evitare che l'istante subisca un pregiudizio *pendente iudicio*, nei termini peraltro precisati dalla *Rule 184* lett. a) e d).⁴⁵ Se si guarda infatti all'art. 648 c.p.c., il fondamento della concessione della provvisoria esecutorietà è il medesimo delle condanne con riserva delle eccezioni⁴⁶: quando le eccezioni

⁴³ A proposito dell'incostituzionalità dell'art. 655 c.p.c., nella parte in cui richiama anche i decreti ingiuntivi divenuti provvisoriamente esecutivi in conseguenza dell'accoglimento dell'istanza ex art. 648 c.p.c., v. C. CONSOLO, *L'ipoteca giudiziale ex art. 655 cod. proc. civ.: un istituto davvero manifestamente in regola con gli artt. 3 e 24 Cost.?*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 560 ss.; *Id.*, *Del vaglio alla stregua dell'art. 111 Cost. "potenziato" dei non troppo "equi" artt. 649 e 655 cod. proc. civ. ed in genere del procedimento monitorio*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 815 ss.

⁴⁴ V. *supra*, Sezione I, § 1.

⁴⁵ Vale la pena osservare che circoscrivere il problema all'ammissibilità del reclamo contro la sola ordinanza di rigetto dell'istanza, ex artt. 648 o 649 c.p.c., comporta comunque una violazione del principio della parità delle armi nel processo. È noto che in forza di tale principio la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 669-terdecies, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui limitava la possibilità di reclamo ai soli provvedimenti concessivi di tutela cautelare e non anche ai provvedimenti di rigetto della domanda volta ad ottenere tale tutela, precisando che «le due parti si trovano, nei confronti dell'ordinamento processuale, in posizione simmetricamente equivalente. Infatti, il provvedimento, positivo o negativo che sia, incide comunque sulla sfera personale o patrimoniale di entrambe le parti, arrecando pregiudizio agli interessi dell'una o dell'altra in misura non valutabile astrattamente; né vi è possibilità logica di ritenere a priori più probabile il fondamento giuridico dei provvedimenti di rigetto rispetto a quelli di accoglimento» (così Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. it.*, 1994, I, 409, nota di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la "parità delle armi" ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*).

⁴⁶ Per la riconduzione dell'art. 648 c.p.c. alla condanna con riserva delle eccezioni, v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali*, p. 309 ss.; G. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 344 ss.; *Id.*, *In difesa dell'art. 648 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2343 ss.; G. VIGNERA, *La provvisoria esecutività ex art. 648 cod. proc. civ. quale condanna con riserva*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 69 ss.; A. VALITUTTI-F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2013, p. 424 ss.

sollevate dal convenuto non presentano un sufficiente grado di *fumus* (presuntivamente individuato nella sussistenza di una prova scritta posta a suffragio dell'opposizione o nella loro "liquidità"), appare iniquo ritardare la possibilità per il creditore che ha già ottenuto un provvedimento giurisdizionale, ancorché emesso all'esito di cognizione sommaria, di aggredire i beni del debitore opponente, mentre il *periculum* sembra potersi individuare nel grave pregiudizio derivante dall'incasso delle somme attese, con conseguente aggravio della posizione debitoria dell'opposto nei confronti di terzi creditori. Attesa dunque la natura cautelare dell'ordinanza di concessione della provvisoria esecutorietà, sembra doversi interpretare il riferimento all'inimpugnabilità contenuto nell'art. 648 c.p.c. in senso restrittivo: la norma *plus dixit quam voluit*, mentre andrebbe più ragionevolmente intesa nel senso per cui l'ordinanza di accoglimento non è passibile di revoca o di modifica «da parte del giudice che le ha pronunciate», ai sensi dell'art. 177 c.p.c., ma non anche da parte del collegio investito del reclamo⁴⁷. E ciò perché l'ordinanza di concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo assolve ad una funzione sovrapponibile a quella dell'*interim payment* che, almeno negli ordinamenti di *Common law* e nel sistema delle *Rules*, è equiparato ad un provvedimento cautelare⁴⁸. D'altro canto, se si guarda alla posizione del debitore, l'istanza di sospensione assolve ad un'indubbia funzione cautelare, ossia evitare gli effetti di un'esecuzione forzata ingiusta, in termini non dissimili da quanto previsto dall'art. 624 c.p.c., norma che, come visto, accorda al giudice dell'esecuzione il potere di sospendere il processo esecutivo con ordinanza, per l'appunto, reclamabile.

Inoltre, entrambe le ordinanze sono provvisorie, nel senso di cui alla *Rule* 184: la sentenza che deciderà sull'opposizione sarà destinata a sostituirla, salvo il caso dell'estinzione del giudizio dopo la concessione della provvisoria esecutività, ma tale ipotesi è del tutto sovrapponibile a quella della estinzione del giudizio di merito dopo la concessione di un provvedimento anticipatorio, il quale, in ragione del carattere dell'ultrattività, sancito dall'art. 669, *octies*, comma 8, c.p.c., continuerà a regolare il rapporto tra le parti nonostante la *mors litis*⁴⁹.

Ancora una volta il «*functional approach*» suggerito dai redattori delle *Rules* si rivela essere il più appropriato per sciogliere il nodo circa l'applicabilità delle norme del procedimento cautelare uniforme a provvedimenti non espressamente rubricati quali cautelari.

2. Il principio di proporzionalità come "gradualità" e "minor afflittività" della misura cautelare

Particolare attenzione merita la *Rule* 185 (1), nella parte in cui prevede che «[A] *provisional and protective measure should impose the least burden on the respondent.*». Benché manchi

⁴⁷ Il tema è stato trattato in questi termini da P. LICCI, *Il reclamo dell'art. 669 terdecies c.p.c. come modello*, Napoli, 2025, p. 274 ss.

⁴⁸ Su cui v. *funditus infra*, sezione II, § 5.

⁴⁹ A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*, cit., p. 318.

un riferimento espresso, è evidente che la *Rule* assoggetti le misure cautelari al principio di proporzionalità, inteso come giusto temperamento dell'interesse del ricorrente all'ottenimento della cautela e quello del resistente a non subire un'eccessiva compressione della propria sfera giuridico-patrimoniale in forza di un provvedimento emesso all'esito di cognizione sommaria⁵⁰. Fanno eco a tale disposizione i *Principles* 5.8 e 8.1., secondo alinea, degli ALI/ Unidroit Principles⁵¹, i quali subordinano la concessione di un provvedimento *inaudita altera parte* al giusto temperamento degli interessi delle parti. È coerente con il sistema delle *Rules* che la concessione di un provvedimento *without-notice*, ai sensi della successiva *Rule* 186, sia subordinata al rispetto del principio di proporzionalità, potendosi forse esigere un'espressa motivazione del giudice sul punto. Inoltre, la *Rule* 184 (2) sancisce che la misura cautelare «*should be suitable for its purpose*», introducendo a completamento dello scrutinio di proporzionalità e gradualità nei termini di cui s'è dato conto, anche il complementare principio di adeguatezza. Benché le norme dedicate al procedimento cautelare uniforme dal legislatore italiano non contengano alcun riferimento ai suddetti principi, tale valutazione non sembra estranea al nostro sistema processuale. Invero, se si volge lo sguardo all'art. 275 c.p.p. può constatarsi che, in materia penale, l'intera disciplina dei criteri di scelta delle misure cautelari risponde ai principi di adeguatezza, gradualità e proporzionalità⁵²: il primo comma della disposizione in esame impone al giudice di valutare la specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, suggerendo che tra la misura cautelare richiesta, l'esigenza cautelare allegata e il pericolo che si vuole evitare debba esservi un nesso di piena corrispondenza funzionale. Il giudizio di adeguatezza va dunque calibrato sulla "natura" e sul "grado" delle esigenze cautelari specificamente ritenute meritevoli di protezione. Il successivo comma 2, invece, richiama espressamente la proporzionalità tra la misura cautelare richiesta e l'entità del fatto, tenuto conto della sanzione che si ritiene possa essere irrogata. Viene dunque spontaneo chiedersi se tali principi, che dovrebbero orientare il giudice del procedimento cautelare, abbiano una valenza "transtipica", tale da poter essere applicati

⁵⁰ Un chiaro esempio di applicazione settoriale del principio di proporzionalità in materia cautelare è rappresentato dalla *Rule* 194, a proposito degli *asset preservation orders*: «[A]sset Preservation Orders must ensure that a respondent is not prevented from receiving financial allowances, provided the amounts are reasonable, for (a) ordinary living expenses, and/ or (b) legitimate business expenses, and/ or (c) to enable it to fund legal advice and representation in respect of the proceedings, including such as are necessary for it to respond to the order, including seeking its variation or discharge under Rules 186(4) or 189.».

⁵¹ I quali rispettivamente prevedono che «[A]n order affecting a party's interests may be made and enforced without giving previous notice to that party only upon proof of urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. An ex parte order should be proportionate to the interests that the applicant seeks to protect. As soon as practicable, the affected party should be given notice of the order and of the matters relied upon to support it, and should have the right to apply for a prompt and full reconsideration by the court» e che «[P]rovisional measures are governed by the principle of proportionality.».

⁵² Nella manualistica, v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018, p. 450 ss.; V. PATANÈ, *Le misure cautelari*, in *Diritto processuale penale* (a cura di D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA ed E. ZAPPALÀ), Milano, 2023, p. 361.

anche al di fuori dall'*hortus conclusus* del procedimento penale. Sul punto è stato osservato che nella prassi il giudizio intorno al *fumus boni iuris* si è talora tradotto in una valutazione comparativa degli interessi delle parti coinvolte in relazione agli effetti della misura richiesta⁵³. Si tratta di considerazioni, invero, già sviluppate dalla dottrina tedesca del secolo scorso, cui si deve il conio dell'espressione «*Interessenabwägung*», per contrassegnare l'opera di bilanciamento che il giudice deve di volta in volta svolgere⁵⁴: la sussistenza del *fumus* e del *periculum* sono sufficienti alla concessione della cautela *ex parte actoris*; tuttavia, atteso che la decisione viene comunque presa all'esito di una cognizione sommaria, il rischio dell'irreversibilità degli effetti derivanti dall'attuazione della misura non può gravare sul destinatario della stessa, richiedendosi al giudice uno scrutinio supplementare di adeguatezza, proporzionalità e gradualità della misura in relazione alla posizione del resistente. A ciò si aggiunga che il giudizio di proporzionalità è talora normativamente imposto, non solo per valutare l'opportunità di porre a carico del ricorrente una cauzione⁵⁵, ma anche da apposite disposizioni di diritto sostanziale, come nel caso previsto dall'art. 2378, comma 4, c.c., ove vi è un espresso riferimento alla valutazione comparativa tra il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dall'esecuzione della deliberazione e quello al quale sarebbe esposta la società dalla sospensione della sua esecuzione⁵⁶.

Al netto di quanto detto, ci sembra che la *Rule* 185 (1) metta in prosa ciò che nel nostro sistema vive solo in versi: ogni valutazione discrezionale del giudice presuppone un giudizio di bilanciamento, ispirato ai principi di adeguatezza, gradualità e proporzionalità, a più forte ragione quando debba valutare l'opportunità di una misura che possa incidere sulla sfera giuridica del destinatario, al netto di una cognizione sommaria, talora anche senza previa instaurazione del contraddittorio.

⁵³ Così S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 90.

⁵⁴ Cfr. D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, 1971. Nell'ordinamento comunitario, il richiamo al principio di proporzionalità della tutela cautelare e alla tecnica di bilanciamento degli interessi è piuttosto comune: sul tema v., per es., L. QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 501 ss.; EAD., *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è il nuovo fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 323 ss., nonché la giurisprudenza della Corte di giustizia ivi citata. Un cenno al tema può peraltro già ritrovarsi nella risalente Corte cost., 3 luglio 1967, n. 81 a proposito dell'illegittimità costituzionale della *cautio pro expensis*, ove si legge che «la cauzione svolge una saggia funzione equilibratrice degli interessi in conflitto in quella fase intermedia del processo».

⁵⁵ V. *infra*, in questa sezione, § 4.

⁵⁶ In argomento, v. C. FERRI, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 65 ss.; D. DALFINO, *Tutela cautelare ante causam e sospensione della delibera assembleare*, in *Le Società*, 2012, p. 831; U. COREA, *Note in tema di tutela impugnatoria e tutela cautelare ante causam (a proposito degli artt. 2378 c.c. e 700 c.p.c.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 527 ss.; ID., *La sospensione delle deliberazioni societarie nel sistema della tutela giurisdizionale*, Torino, 2008; V. OCCORSIO, *Operazioni sul capitale e sospensione della delibera: periculum in mora e bilanciamento degli interessi*, in *Notariato*, 2014, p. 554 ss.

3. Il procedimento *without-notice* e le misure di istruzione preventiva

In disparte la regolamentazione del procedimento cautelare ritraibile dalla *Rule* 186⁵⁷, l'espressa menzione nella *Rule* 184 lett. b) della funzione assolta dalla tutela cautelare di «*securing evidence relevant to the merits or preventing its destruction or concealment*»⁵⁸, induce ad interrogarsi sulla possibilità di applicare la *without-notice procedure* anche alle misure di istruzione preventiva⁵⁹. Il nostro ordinamento ha optato per una soluzione di compromesso che però sembra sottintendere la diversità tra tutela cautelare e istruzione preventiva: l'art. 697 c.p.c. prevede la possibilità di procedere *inaudita altera parte*, dispensando il ricorrente dalla notificazione del decreto di comparizione alle altre parti, salva la possibilità di nominare un procuratore che intervenga per quelle non presenti all'udienza di assunzione della prova⁶⁰. Per converso, l'ordinamento comunitario distingue nettamente le due forme di tutela: il problema della qualificazione di una certa misura in termini di istruzione preventiva e non di provvedimento provvisorio e cautelare comporta l'applicabilità del Regolamento UE 1783/2020, in luogo del Regolamento UE 1215/2015 (*breviter*: Bruxelles I-bis), con l'implicazione per cui il ricorrente non potrebbe adire direttamente il giudice del foro in cui è situata la fonte di prova, ma sarebbe costretto a rivolgersi prima al giudice competente

⁵⁷ Il quale detta la "disciplina minima" del procedimento cautelare: «[T]he court may order a provisional or protective measure without-notice ('ex parte') only if, in the circumstances, proceedings with-notice ('inter partes') would frustrate the prospect of the applicant receiving effective protection of their interests. (2) When granting an order without-notice the court must give the respondent an opportunity to be heard at the earliest possible time, that date to be specified in the order that was made without-notice. The respondent should be given notice of the order and of all the matters relied upon before the court to support it as soon as possible. (3) An applicant must fully disclose to the court all facts and legal issues relevant to the court's decision whether to grant relief and, if so, on what terms. (4) The court must make a prompt decision concerning any objection to the grant of a provisional or protective measure or its terms.».

⁵⁸ Trattasi di funzione tutt'altro che comune negli ordinamenti giuridici europei come confermato da M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 117: «[T]he second function, the preservation of evidence that may be relevant in the main proceedings, is completely out of place in the way we systematise things in Spain, where this is only a necessary function of a comprehensive regulation of evidence rather than a 'provisional measure' as such. But apart from that, it's a fairly straightforward provision. That is not to say that there was no lively debate. For example, we had an intense debate about whether an ante causam, pre-commencement applicant should be obliged to commence proceedings within a certain period of time, particularly in relation to this possibility of securing evidence.».

⁵⁹ È noto che la sistematica generale dei provvedimenti di istruzione preventiva è geminata dall'istituto della testimonianza a futura memoria disciplinata dal Codice Pisanelli e che l'espressione si deve al G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, ristampa, Napoli, 1965, p. 836. Sul tema v. anche il classico lavoro del G.A. MICHELI, *La prova a futura memoria*, Milano, 1937; G. NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel Codice di procedura civile*, Milano, 1979; G. Balena, voce *Istruzione (procedimento di istruzione preventiva)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Istruzione preventiva*, in *Dig. civ.*, Torino, 1993, p. 242 ss.; L. SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 800 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, p. 158 ss.; A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, Padova, 2012, p. 167 ss.

⁶⁰ Per un'analisi dell'anomalia sistematica sottesa all'art. 697 c.p.c. e delle sue ragioni, v. G. NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel Codice di procedura civile*, cit., p. 161 ss.

per il merito, al fine di ottenere, attraverso la via della cooperazione giudiziaria, l'assunzione della prova anelata⁶¹.

La chiusura dell'ordinamento europeo rispetto all'assunzione di prove all'estero è apparsa a taluni in contrasto con la tendenza dei moderni ordinamenti giuridici a introdurre meccanismi di *preliminary discovery* con funzione di prevenzione della lite⁶², attraverso la riduzione del divario di aspettative fra le parti circa l'esito del giudizio quale conseguenza dell'assunzione di una prova decisa⁶³.

A tal proposito, è stato autorevolmente osservato che dovrebbe perlomeno consentirsi all'interessato di adire direttamente il foro in cui è situata la fonte di prova, ammettendone l'assunzione all'estero quando l'istanza sia motivata dalla finalità di conservazione della stessa, così da evitare l'instaurazione del giudizio di merito per poi ottenere mediamente l'attuazione del diritto alla prova attraverso la cooperazione giudiziaria⁶⁴.

Le *Rules*, invece, qualificano le misure di istruzione preventiva come funzionalmente cautelari⁶⁵. Non può infatti disconoscersi che queste siano intese a garantire l'effettività del diritto costituzionalmente garantito alla prova quando il tempo occorrente per l'instaurazione del giudizio di merito possa pregiudicarne materialmente l'assunzione⁶⁶. Pertanto, anche ad esse deve ritenersi applicabile la *without-notice procedure* di cui alla *Rule 186*⁶⁷, mentre ove

⁶¹ Sull'importanza di una nozione autonoma di misura "provvisoria o cautelare" nel diritto europeo, così da affrancare i giudici nazionali dall'onere della qualificazione, tutt'altro che scevro da ricadute applicative, nel contenzioso transfrontaliero, v. C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, atti del XXVII convegno nazionale dell'associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2011, p. 118 ss. per una nozione di provvedimento «provvisorio o cautelare», rilevante ai fini dell'applicazione del Regolamento Bruxelles 1-bis, cfr. Corte giust., 28 aprile 2005, causa C-104/2003, *St. Paul Dairy*, § 17, in *Int'l lis.*, 2006, p. 76 ss. cit., con nota di C. BESSO, *L'assunzione preventiva della prova sganciata dal periculum in mora non è – secondo la Corte europea di giustizia – un procedimento provvisorio o cautelare*; v. anche, per una ricognizione del problema, M.A. LUPOI, *Competenza e giurisdizione, riconoscimento ed esecuzioni delle decisioni in materia civile e commerciale: il Regolamento n. 1215 del 2012*, in *Regole europee e giustizia civile* (a cura di P. BIAVATI e M. A. LUPOI), Bologna, 2022, p. 65 ss.; R. BONATTI, *L'assunzione delle prove in Europa*, ivi, p. 219 ss.

⁶² Sul tema, v. F. FERRARI, *La pesca di frodo. Riflessioni critiche in materia di prova esplorativa*, Torino, 2020, p. 137 ss.; v. anche *funditus* sul tema B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004.

⁶³ Si allude a N. TROCKER, *Provisional Remedies in Transnational Litigation: The Issue of Jurisdiction. A comparative outline. I. The approach of civil law countries and of the Brussels Convention and Regulation*, in *Int'l lis.*, 2009, p. 48 ss., spec. 54-55, con ampia panoramica delle soluzioni adottate dagli ordinamenti di matrice anglosassone; per questo genere di riflessioni, con riguardo al contenzioso industrialistico, v. A. GIUSSANI, *Diritto processuale civile delle imprese*, Bologna, 2015, p. 61.

⁶⁴ Così C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto*, cit., p. 119-120.

⁶⁵ Ma v. già in tal senso l'art. 17 del UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration, ove si attribuisce natura cautelare a quei provvedimenti funzionali a «*preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute*».

⁶⁶ V., in tal senso, G.N. NARDO, *Contributo allo studio dell'istruzione preventiva*, Napoli, 2005, p. 33, il quale allude ad un diritto della parte alla prova prima del processo implicito nel diritto costituzionale alla difesa e alla cui "cautela" i procedimenti di istruzione preventiva sono preordinati.

⁶⁷ Peraltro, a questa soluzione giunge il nostro ordinamento limitatamente alla descrizione industrialistica e autorale di cui agli artt. 129 c.p.i. e 161 l.d.a., ammettendosi la possibilità di richiedere la suddetta misura *inaudita altera parte* anche ai

l'assunzione della prova dovesse avvenire in altro Stato membro tornerà ad applicarsi l'opposta regola che distingue tutela cautelare e istruzione preventiva, dal momento che la *Rule 202* rinvia ai Regolamenti europei (e di conseguenza anche all'interpretazione datane dalla Corte di giustizia) per quanto concerne il contenzioso *cross-border*⁶⁸.

La nostra analisi conferma quindi l'idea per cui anche nel sistema delle *Rules* le misure di istruzione preventiva esprimano una natura bivalente. Tale ambivalenza ricorda quella della sovrapposizione quantistica degli stati: la misura non è, in sé, né cautelare né non cautelare, ma potenzialmente entrambe le cose. La stessa qualificazione giuridica non ha carattere ontologico, bensì relazionale e, per l'appunto, funzionale. È l'ordinamento di riferimento, attraverso i propri criteri sistematici, a "osservare" la misura e a determinarne il "collasso" in uno specifico regime normativo. Così, nell'ordinamento interno o in quello delle *Rules* essa viene per lo più assimilata alle misure cautelari, mentre nello spazio giuridico europeo la medesima misura collassa nello stato opposto, restando estranea alla relativa disciplina. L'apparente contraddizione si risolve, pertanto, nella relatività della qualificazione giuridica.

4. La cauzione: analogie e differenze con l'ordinamento italiano

Una delle *Rules* più interessanti agli occhi dell'osservatore italiano è la 187 che disciplina l'istituto della cauzione. Topograficamente opportuna è la collocazione dell'istituto nella parte dedicata alla tutela cautelare, dal momento che l'istituto assolve alla funzione di vera e propria "controcauzione"⁶⁹, unitamente al regime della responsabilità aggravata in caso di revoca, modifica o inefficacia della misura, di cui alla successiva *Rule 190*⁷⁰. I *Drafters* hanno distinto

sensi dell'art. 669-sexies, comma 2, c.p.c. Sul tema, si v. sempre il nostro G. DE CESARE, *Il nodo irrisolto della descrizione: tra istruzione preventiva e procedimento cautelare uniforme (con qualche piccola chiosa de iure condendo)*, cit., p. 40 ss.

⁶⁸ Su cui ci intratteremo *infra*, sezione III, § 1.

⁶⁹ In tal senso, v. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 190: «mentre il provvedimento cautelare serve a prevenire i danni che potrebbero nascere dal ritardo del provvedimento principale, e a tale scopo, in vista dell'urgenza, sacrifica le esigenze della giustizia a quelle della celerità, la cauzione, che si accompagna al provvedimento cautelare, serve ad assicurare il risarcimento dei danni che potranno esser causati alla controparte dalla eccessiva celerità del provvedimento cautelare, e in questo modo ristabilisce l'equilibrio tra quelle discordanti esigenze.». Nello stesso ordine di idee, v. anche V. DE PETRIS, voce *Cauzione* (dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 658; F. TRIFONE, voce *Cauzione* (dir. proc. civ.), in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1; A. G. DIANA, *Procedimenti possessori e cautelari*, Milanofiori Assago, 2010, p. 394; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, p. 610 e 650; nonché S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 564, anche per più ampi ragguagli bibliografici. Secondo invece l'originale posizione del F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, p. 230, le cauzioni non assolverebbero ad una funzione cautelare, bensì andrebbero qualificate come «onere finanziario» a carico del soggetto tenuto a prestarla, il cui fondamento sistematico andrebbe quindi ricercato nella disciplina dei costi del processo.

⁷⁰ Su cui v. le considerazioni di M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 120: «[I] like this provision because it encourages us to be careful and rigorous about the question of damages. We should consider security, as many arbitral tribunals do, as a kind of provisional or protective measure. Parties suffering from the measure argue that if the measure is subsequently revoked, the claimant will not have the means to adequately compensate for the damage suffered. Courts, on the other hand, tend to treat the guarantee as automatic and apply rules of thumb to determine its amount. Rarely is there a rigorous analysis of what the damages might be while the case is pending. Expert testimony

due tipi di cauzione: quella imposta dal giudice a carico del resistente in sostituzione della misura cautelare già concessa o di quella anelata dal ricorrente; quella imposta dal giudice al ricorrente per garantire il risarcimento dei danni cagionati dall'esecuzione della misura cautelare poi revocata o perentoria. In ogni caso la cauzione deve essere «*appropriate*», secondo quanto previsto dalla *Rule* 184 (2)⁷¹. La *Rule* 187 è costruita sul calco della *Rule* 65 delle American Federal Rules of Civil Procedure e delle *Rules* 25.26 e ss. inglesi, le quali consentono sia all'attore che al convenuto di insistere per la previsione di una cauzione⁷². Sembrerebbe, dunque, che la funzione della cauzione sia quella di contemperare gli interessi delle parti: il resistente che è disposto a versare una cauzione può così evitare la comminatoria della misura. Trattasi di soluzione assai adeguata rispetto alle inibitorie cautelari industrialistiche, siccome il presunto contraffattore, disposto a versare la cauzione, potrebbe continuare ad avvalersi della privativa, senza subire alcuna contrazione economica a causa della restrizione giurisdizionale. Allo stesso modo, il giudice potrebbe imporre al ricorrente il pagamento della cauzione quando l'attuazione della misura appaia idonea a produrre un pregiudizio nei confronti del presunto contraffattore, risarcibile solo per equivalente, non diversamente da quanto previsto dall'art. 9, par. 6, della dir. 48/2004/UE (c.d. direttiva *enforcement*)⁷³. Per converso, nell'ordinamento italiano, non sembrerebbe esistere in capo al giudice un generale potere di imporre cauzioni, in quanto l'art. 119 c.p.c. viene tradizionalmente inteso quale norma che si limita a perimetrare l'oggetto minimo dei provvedimenti di imposizione della cauzione disseminati nel Codice⁷⁴. Possiamo a questo punto domandarci se dal sistema possano trarsi argomenti in favore della generalizzazione del suddetto potere, non diversamente da quanto espressamente previsto dalle *Rules*. Se si guarda all'art. 669-*undecies* c.p.c., la cauzione sembra rivestire il ruolo di elemento accidentale, imposto dal giudice unitamente al

would be required to determine the heads and figures of damages with any degree of accuracy, and this is rarely provided at the outset.».

⁷¹ Cfr. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 119.

⁷² In argomento, v. S.C. YEAZELL-M. CARROLL, *Civil Procedure*¹¹, New York, 2023, p. 228; per un'analisi comparata, v. J. GILSANZ, *El proceso civil estadounidense. La tutela judicial cautelar*, Cizur Menor, 2010, p. 114 ss.

⁷³ Sulla finalità armonizzatrice della direttiva, v. L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la direttiva 2004/48/CE*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 33 ss.; nonché A. GIUSSANI, *La disciplina comunitaria della tutela giurisdizionale della proprietà intellettuale*, in *La proprietà intellettuale* (a cura di L.C. UBERTAZZI), in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* (a cura di G. AJANI, G.A. BENACCHIO), XII, Giappichelli, Torino, 2011, p. 459 ss., ora in *Id.*, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 101 ss.

⁷⁴ Per la lettura tradizionale, v. V. DE PRETIS, voce *Cauzione (diritto processuale civile)*, cit., p. 656; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al Codice di procedura civile* (diretto da E. Allorio), I, Torino, 1973, p. 1338. In giurisprudenza, v. Cass. 23 novembre 1999, n. 12967, secondo cui il giudice non può accogliere l'istanza di una parte che subordina il suo consenso all'espletamento di un atto istruttorio – nella specie fermo degli impianti industriali per espletare gli accertamenti indicati dal c.t.u. – al versamento di una cauzione a carico della controparte, a garanzia dei danni, perché la cauzione, come tutti i provvedimenti cautelari, può esser imposta dal giudice soltanto nei casi previsti dalla legge, mentre d'altro canto il rifiuto della parte a consentire sulle cose gli accertamenti necessari ordinati dal giudice per conoscere i fatti di causa, può esser valutato, se ne ricorrono i presupposti, ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

provvedimento con cui viene concessa, confermata o modificata la misura cautelare. L'efficacia della misura è risolutivamente condizionata al versamento della cauzione, secondo quanto previsto dall'art. 669-*nonies* c.p.c. Tale funzione appare coerente con il carattere di provvisorietà delle misure cautelari che abbiamo cercato di perimetrare⁷⁵: la cauzione assicura la provvisorietà, evitando che, una volta eseguite, le misure diventino di fatto stabili, potendosi verificare ciò laddove fosse impossibile operare il ripristino della situazione materiale antecedente l'attuazione oppure ottenere il risarcimento dei danni. Senonché la cauzione, proprio in quanto "controcautela", sottintende sempre un giudizio di bilanciamento di interessi dirimenti, condotto sulla base dei principi di adeguatezza e proporzionalità⁷⁶. Sembra che di tale funzione si fosse già avveduto il legislatore del 1942: l'art. 1171, comma 2, c.c., dedicato alla denuncia di nuova opera, riconosce al giudice un generale potere di imporre a carico del resistente il versamento di una cauzione *in alternativa* alla concessione provvedimento cautelare anelato dal ricorrente, quale forma di deterrente contro atti illeciti e pregiudizievoli del diritto cautelato⁷⁷. Se il denunziante avrà ottenuto sentenza favorevole potrà successivamente escutere la cauzione. Questa interessante disposizione è il frutto di un'esperienza millenaria: il legislatore ha in mente un conflitto tra due sfere dominicali e ha previsto, da un lato, uno strumento di tutela preventivo-inibitoria particolarmente incisivo, dall'altro, una "controcautela" con cui azzerarne l'intrinseca pericolosità⁷⁸.

Dal momento che la cauzione sembra rispondere ad un'esigenza costituzionalmente imposta, ossia evitare l'irreversibilità degli effetti di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento a cognizione sommaria, non sembra così azzardato ipotizzare, in armonia con quanto veicolato dalla *Rule 187*, che quando la controversia *non* abbia ad oggetto una somma

⁷⁵ V. *supra*, in questa sezione, § 1.

⁷⁶ È questa l'idea alla base dell'intuizione di A.M. GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milano, 1982, p. 264 ss., secondo cui il diritto romano classico, benché imperniato sul sistema formulare, ha progressivamente riconosciuto al *iudex privatus* un generale potere di imporre *cautiones*, nonostante la *litis contestatio* e, dunque, l'immutabilità dell'oggetto del giudizio, sulla scorta di una valutazione di opportunità. Benché l'antico processo formulare fosse considerato la proiezione processuale della lite privata, donde la quasi assenza di poteri officiosi e discrezionali del giudice, le fonti citate veicolano un diverso convincimento: i Sabiniani, per esempio, ammettevano che «*omnia iudicia esse absolutoria*», riconoscendo al giudice una vasta gamma di poteri intesi a tale scopo; inoltre, l'idea sostenuta nel testo sembra confortata dalla «*consuetudo cautionis*» di cui riferisce l'Arpinate in *pro Rosc. Com.* 12, 35-37. Non va sottovalutato che, in chiave istituzionale, i poteri dello *iudex privatus* derivavano comunque da quelli magistratuali e una tale potere di imporre *cautiones iudiciales* atipiche potrebbe forse ritenersi implicito nello *iussum iudicandi* conferito dal secondo al primo. Sicché il richiamo alla *cautio* nella formula non sembra essere pregiudiziale rispetto alla condanna al pagamento della stessa, come l'ampia casistica tratta dalle fonti sembra confermare.

⁷⁷ Il tema è stato trattato da G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968, p. 240 ss., spec. 242; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 295; M. DINI, *La denuncia di nuova opera*, Milano, 1983, p. 472 ss. Più in generale, sulle implicazioni della generalizzazione dei provvedimenti cautelari anticipatori rispetto alle azioni di nunciazione, v. F. AULETTA, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto dopo la l. 80/05*, in *Foro it.*, 2006, c. 224 ss.

⁷⁸ Tale cautela rimonta alla *operis novi nuntiatio* (D. 39, 1,1, pr.), su cui v. le considerazioni di G. BRANCA, *La prohibitio e la denuncia di nuova opera come forme di autotutela cautelare*, in *SDHI*, VII, 1941, p. 313 ss.

di denaro, il giudice possa imporre la cauzione anche a carico del resistente, in alternativa alla concessione della misura⁷⁹. In questo modo, l'ambito di applicazione dell'art. 669-*undecies* verrebbe limitato alle sole controversie pecuniarie (non avrebbe molto senso imporre al resistente il versamento di una cauzione in alternativa alla concessione di un sequestro conservativo). Ancora una volta, sulla scorta delle *Rules*, siamo riusciti a pervenire ad una funzionalizzazione del dato normativo, maggiormente in linea con le esigenze di effettività dalla tutela cautelare.

5. Strumentalità piena e strumentalità attenuata: la (non troppo condivisibile) scelta dei redattori delle *Rules*

In omaggio alla tendenza imperante (ancorché non imposta) a livello europeo, ormai permeata anche nella nostra giurisprudenza di legittimità⁸⁰, le *Rules* riconoscono cittadinanza ai soli provvedimenti cautelari a strumentalità piena o strutturale⁸¹. Più di preciso, la *Rule* 188 sancisce che il ricorrente, ottenuto il provvedimento, è onerato di incardinare il giudizio di merito entro un termine perentorio, a pena di inefficacia della misura. Il termine per introdurre

⁷⁹ Altro è chiedersi come debba essere quantificata tale cauzione. In proposito, v. le osservazioni di G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, cit., p. 244, secondo cui il danno derivante dall'inibitoria è proporzionato alla durata del processo, mentre il costo del ripristino dell'opera illecitamente costruita dipende dal momento in cui è ordinato. Talché, l'ammontare della cauzioni dovrebbe essere modificabile durante il processo di merito, attraverso una clausola di adeguamento della stessa alla durata del processo o al costo della *restitutio in pristinum*. Secondo l'A. le cauzioni con clausola di adeguamento producono quindi un effetto acceleratorio, dal momento che il destinatario della misura ha interesse a sopportare un costo minore in caso di soccombenza. A nostro modo di vedere va però tenuta distinta l'ipotesi in cui la cauzione è posta a carico del ricorrente, da quella in cui è posta a carico del resistente in alternativa rispetto alla concessione della cautela: nel primo caso la clausola di adeguamento è appropriata, siccome il ricorrente è incentivato a promuovere il giudizio di merito per ottenere una pronuncia favorevole idonea alla cosa giudicata e il conseguente svincolo della cauzione; nel secondo caso, invece, attesa la tendenziale strumentalità attenuata dei provvedimenti inibitori, il ricorrente potrebbe avere interesse ad adottare una strategia dilatoria per lucrare il maggior importo della cauzione sostitutiva della cautelare richiesta. In questo caso, il resistente sarebbe sì incentivato ad instaurare il giudizio di merito, per evitare che la durata del processo torni a suo danno, ma l'incentivo acceleratorio finirebbe per porsi in contrasto con l'interesse di quest'ultimo ad un'approfondita attività istruttoria per accertare la liceità dell'opera intrapresa. Sicché, quando la cauzione è posta a carico del resistente in alternativa alla concessione del provvedimento cautelare, sembra più prudente determinarne l'ammontare in misura fissa, attraverso un'opera di *aestimatio* forfettaria che tenga conto della durata media del contenzioso rispetto alle posizioni di vantaggio implicate in quel singolo processo, sempre che non ci siano indici più affidabili (come per esempio nel contenzioso industrialistico potrebbe farsi riferimento agli utili tratti dal presunto *infringer* utilizzando l'altrui privativa in uno spazio di tempo coincidente con la durata media del contenzioso IP).

⁸⁰ Di recente Cass. 10 febbraio 2025, n. 3332 ha rimesso la seguente questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia: «[D]ica la Corte di giustizia se l'art. 9, paragrafo 5, della dir. 2004/48/CE del Parlamento e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, debba essere interpretato nel senso che osta alla previsione contenuta nella disposizione nazionale di cui all'art. art. 132, comma 4, c.p.i. – d.lgs. n. 30 del 2005 e successive modifiche – secondo cui la prescrizione dell'inefficacia del provvedimento cautelare in caso di mancato inizio del giudizio di merito entro un termine perentorio, contenuta nel comma 3 dello stesso art. 132 c.p.i., non si applica ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, potendo tuttavia, in tali casi, ciascuna delle parti iniziare il predetto giudizio di merito».

⁸¹ Su cui v. *supra*, in questa sezione, § 1.

il suddetto giudizio è fissato dal giudice; in mancanza, si applicherà quello defettorio di quattordici giorni che il giudice, su istanza del ricorrente, potrà sostituire con uno più lungo. Se il giudizio di merito non è iniziato entro il termine perentorio indicato, la misura diverrà inefficace, a meno che il giudice non provveda diversamente. In disparte questo ultimo (ed enigmatico) riferimento, le *Rules* non ammettono i provvedimenti cautelari anticipatori a strumentalità attenuata⁸². Al fondo di questa scelta sembra annidarsi un *bias* comunitario nei confronti dei provvedimenti cautelari anticipatori in materia industrialistica che però non appare meritevole di generalizzazione: i rapporti tra provvedimenti cautelari *ante causam* e giudizio di merito, in materia di proprietà industriale e intellettuale, sono regolati dall'art. 9, par. 5, della direttiva *enforcement* – il cui contenuto è sostanzialmente sovrapponibile all'art. 50, par. 6, dell'accordo TRIPs – che obbliga gli Stati membri ad assicurare «che le misure provvisorie di cui ai paragrafi 1 e 2 siano revocate o cessino comunque di essere efficaci⁸³, su richiesta del convenuto, se l'attore non promuove un'azione di merito dinanzi all'autorità giudiziaria competente entro un periodo ragionevole». Ancora prima dell'entrata in vigore della direttiva *enforcement*, la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 50, par. 6, TRIPs del procedimento d'urgenza olandese (c.d. *kort geding*), ha ritenuto che il provvedimento inibitorio non conservasse efficacia in caso di mancata proposizione dell'azione di merito entro il termine perentorio imposto dall'accordo TRIPs⁸⁴. Nel

⁸² Ingenuamente M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 118, riconducono la necessaria strumentalità alla provvisorietà dei provvedimenti cautelari.

⁸³ Trattasi, più precisamente, dell'«ingiunzione interlocutoria volta a prevenire qualsiasi violazione imminente di un diritto di proprietà intellettuale», del «sequestro [...] dei prodotti sospettati di pregiudicare un diritto di proprietà intellettuale», nonché «del sequestro conservativo di beni mobili e immobili del presunto autore della violazione, compreso il blocco dei suoi conti bancari e di altri averi». In proposito si può notare da subito che la circostanza che nella traduzione italiana ufficiale del testo sia trasposto letteralmente il termine inglese «*interlocutory injunction*» non ha aiutato a chiarire che si alludeva all'inibitoria cautelare: l'improprietà lessicale sul punto riflette un problema che ha radici antiche, e che, come si vedrà nel prosieguo del testo, non cessa di sollevare questioni. Sull'origine dell'«*interlocutory injunction*» nella *Common law*, cfr. il classico studio di A. FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 43 ss., il quale, esclusa la derivazione dell'*injunction* dagli *interdicta* del diritto romano e dall'antico diritto sassone, ne rinviene l'origine nella giurisdizione delle Corti di *equity*, trattandosi di rimedio storicamente alternativo, siccome non accessibile *at law*, ispirato ad esigenze di giustizia e, per di più, *in personam*. Proprio in quel sistema giuridico si è sviluppata la distinzione fra «*interlocutory injunctions*» e «*final injunctions*» che rinveniamo nel nostro sistema agli artt. 131 e 124 c.p.i.: le prime hanno vocazione cautelare e producono i loro effetti fino alla definizione della controversia nel merito; le seconde, invece, hanno, almeno in teoria, efficacia illimitata nel tempo, ossia il loro limite temporale è condizionato dalla natura della violazione che sono destinate a vietare. Sicché può immaginarsi che la traduzione letterale rifletta la centralità dell'*injunction* inglese, la cui influenza sul nostro diritto positivo è tutt'altro che marginale; infatti, gli abrogati artt. 63 l.m. e 83 l.i., nella loro formulazione originaria, disciplinavano l'inibitoria provvisoria a tutela del marchio e delle invenzioni industriali, la quale, benché pronunciata con sentenza, era però revocabile «con la sentenza che pronuncia sul merito», donde la natura cautelare dell'istituto (v. in tal senso ancora A. FRIGNANI, *L'injunction nella Common Law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., 355 ss.; P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1948, p. 523; nel senso che si trattasse di una mera analogia con i provvedimenti d'urgenza, senza che ciò implichi l'applicabilità della disciplina prevista per quest'ultimi, F. CARNELUTTI, *Provvedimenti d'urgenza in tema di invenzioni industriali. Casi clinici*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, p. 78).

⁸⁴ Corte giust. 13 settembre 2001, *Schieving-Nijstad vof c. Robert Groeneveld*, in causa C-89/99.

ragionamento dei giudici del Lussemburgo, le garanzie difensive previste dalla legislazione olandese nell'ambito del *kort geding*⁸⁵ (contraddittorio tra le parti, impugnabilità del provvedimento, idoneità solo potenziale alla stabilità del provvedimento cautelare, possibilità di promuovere l'azione di merito) non sono sufficienti ad evitare la scure della disapplicazione per incompatibilità con la disciplina sovranazionale⁸⁶. Tale convincimento sembrerebbe suffragato dal tenore letterale dell'art. 50, par. 6, TRIPS, il quale disciplinerebbe «una procedura semplice per eliminare le misure provvisorie ingiustificate qualora non sia stato iniziato un procedimento di merito entro il termine prescritto», così da evitare un abuso dei mezzi di tutela della proprietà industriale che costituiscono un «deterrente contro ulteriori violazioni»⁸⁷. Pertanto, secondo la Corte di giustizia, l'obiettivo di salvaguardare la posizione del resistente impone che il provvedimento inibitorio emesso ad esito di cognizione sommaria non sia idoneo a produrre effetti tendenzialmente stabili, onerando di conseguenza il ricorrente interessato all'ultrattività della misura di instaurare tempestivamente il giudizio di merito.

Tale lettura, mutuata e generalizzata dalla *Rule 188*, desta più di qualche perplessità. Non pare infatti che la necessaria strumentalità del provvedimento cautelare rispetto all'instaurazione del giudizio di merito rappresenti un'imprescindibile misura di protezione del resistente, meritevole di generalizzazione anche al di fuori dall'*hortus conclusus* del contenzioso industrialistico⁸⁸. Infatti, il convenuto può attivarsi per rimuovere il provvedimento cautelare ingiusto attraverso il reclamo o instaurando il giudizio di merito, recuperando così le piene possibilità difensive. Inoltre, la definizione dei provvedimenti cautelari anticipatori come provvisori è sempre risultata insoddisfacente – e in un certo senso lo è ancor oggi rispetto ad

⁸⁵ Il quale condivide con il *référé-provision* francese l'assenza del carattere della strumentalità e che nella prassi tende a stabilizzarsi senza che le parti introducano la controversia sul merito. A differenza del *référé*, il *kort geding* mantiene però una funzione strettamente cautelare richiedendo l'allegazione e la prova dell'urgenza, non appagandosi della mera assenza di contestazione o della manifesta fondatezza della domanda. In generale sulla disciplina del procedimento di *kort geding*, cfr. C. HONORATI, *La cross prohibitory injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della Conv. Bruxelles*, in *Riv. dir. int. proc. priv.*, 1997, p. 301 ss., spec. 323 ss.

⁸⁶ Sulle analogie tra *kort geding* e provvedimenti cautelari anticipatori nel diritto italiano si rinvia a E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelari*, cit., p. 274; EAD., *La stabilità dei provvedimenti cautelari in materia di proprietà intellettuale e industriale alla luce del d.lgs. 140/2006*, cit., p. 119.

⁸⁷ Cfr. ancora Corte giust. 13 settembre 2001, *Schieving-Nijstad vof c. Robert Groeneveld*, cit., § 42.

⁸⁸ Come osservato assai incisivamente da D. GRAZIANO, *Il regime di (in)stabilità delle misure cautelari a tutela della proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2018, p. 63 ss., spec. 71, secondo cui «[N]elle sentenze richiamate la Corte di giustizia ha ritenuto che la disciplina nazionale del *kort geding* dovesse leggersi in conformità con l'art. 50, par. 6, TRIPS, nel senso che il provvedimento inibitorio non potesse conservare efficacia in caso di mancata instaurazione dell'azione di merito [...]. La Corte di giustizia non pare aver attribuito rilievo alcuno alle garanzie difensive previste nell'ambito del *kort geding* [...] al fine di valutare la compatibilità del procedimento con l'accordo TRIPS. Sembrerebbe dunque che secondo la Corte di giustizia, per "salvaguardare" la posizione della parte convenuta, sia imprescindibile in base all'accordo TRIPS che il provvedimento emesso ad esito di cognizione sommaria sia non idoneo alla stabilità, spostandosi di conseguenza sull'attore – che abbia interesse a mantenere nel tempo le misure pronunciate in suo favore – l'onere di promuovere tempestivamente il giudizio di merito e fondare così queste ultime su una cognizione piena».

alcuni provvedimenti qualificati come tali dal legislatore⁸⁹ – proprio perché la concessione di una cautela e, in particolare, di un’inibitoria produce un’efficacia deflativa del contenzioso correlata alla riduzione del divario di aspettative delle parti circa l’esito dell’eventuale giudizio di merito⁹⁰: quanto più la motivazione del provvedimento cautelare veicola un apprezzabile grado di *fumus*, tanto più il soccombente è disincentivato ad instaurare il giudizio di merito. Mentre la regola che onera il ricorrente di iniziare il giudizio di merito a pena di inefficacia della misura non realizza un’allocazione ottimale degli incentivi, siccome quest’ultimo con l’ottenimento del provvedimento anticipatorio ha già soddisfatto il proprio interesse alla tutela⁹¹. In altri termini, l’instaurazione del giudizio di merito per il ricorrente vittorioso è un’inutile superfetazione e la regola che gli impone tale iniziativa è ai limiti della ragionevolezza, poiché implica un effetto inflativo del contenzioso foriero di porsi in contrasto con le esigenze di deflazione assicurate invece da una più naturale allocazione dell’incentivo in capo all’*infringer* soccombente, il quale s’arrischierà nel giudizio di merito nei soli casi in cui ritenga la valutazione del giudice della cautela manifestamente errata⁹². Si conferma quindi

⁸⁹ Si allude alla descrizione industrialistica, disciplinata dagli artt. 129 e 130 c.p.i., la quale, quantunque funzionale alla precostituzione della prova dell’illecito prima dell’instaurazione del giudizio di merito, all’evidente scopo di incentivare la composizione della lite in ragione della riduzione del divario di aspettative delle parti circa l’esito del giudizio al seguito dell’assunzione della prova, è però soggetta ad una tanto restrittiva, quanto irragionevole, disciplina. In particolare, le operazioni di descrizione devono essere completate entro il termine di trenta giorni dall’inizio delle operazioni. Tuttavia, è ragionevole ritenere che se il provvedimento non è eseguito entro tale termine, la perenzione del procedimento non implichi anche inutilizzabilità della prova assunta nel successivo giudizio di merito, la quale potrà valere per lo meno come argomento di prova e sarà dunque idonea a fondare *ex se* il giudizio sul fatto (nel senso dell’idoneità degli argomenti di prova a fondare anche in assenza di riscontri il giudizio di fatto, cfr. M. TARUFFO, *Considerazioni sulla prova per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2010, 1165 ss., poi in *Id.*, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, p. 227 ss., spec. 241, ove si sottolinea l’analogia strutturale tra l’argomento di prova e la presunzione semplice. L’idoneità dell’argomento di prova a fondare il giudizio sul fatto in assenza di ulteriori riscontri è la stessa delle presunzioni semplici: quanto più l’inferenza costruita sull’argomento di prova è grave e precisa, tanto più potrà essere posta anche da sola a fondamento della decisione in fatto). Pertanto, pur in assenza di un’espressa previsione di legge, la descrizione finisce per comportarsi proprio come un provvedimento cautelare ultrattivo, dal momento che la mancata instaurazione del processo di merito, la sua estinzione o la perenzione del procedimento cautelare non comportano la dispersione della prova intanto acquisita (cfr. A. GIUSSANI, *Diritto processuale civile delle imprese*, cit., p. 64; sul tema sia consentito un rinvio a G. DE CESARE, *Il nodo irrisolto della descrizione: tra istruzione preventiva e procedimento cautelare uniforme (con qualche piccola chiosa de iure condendo)*, cit., p. 50 ss.).

⁹⁰ Nel senso che nel contenzioso industrialistico la tutela cautelare svolge una notevole «funzione deflativa del contenzioso attraverso la riduzione del divario di aspettative delle parti intorno all’esito del giudizio», cfr. A. GIUSSANI, *Diritto processuale civile delle imprese*, cit., p. 61.

⁹¹ Ha osservato in proposito A. GIUSSANI, *ult. op. cit.*, p. 63 che «la regola dell’ultrattività fa razionalmente gravare l’onere della attivazione e coltivazione del giudizio di merito sulla parte risultata soccombente nel procedimento cautelare, anziché su quella vincitrice: se una modifica di tale regime è auspicabile, è casomai nel senso della estensione del regime della strumentalità attenuata [...] anche alle misure cautelari meramente conservative».

⁹² A tal proposito, è stato acutamente osservato da A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 242 che «[È] dall’esperienza comparata che il legislatore ha tratto l’idea di abbandonare la regola della strumentalità strutturale delle misure cautelari anticipatorie con la l. n. 80 del 14.5.2005: si è compreso come il procedimento cautelare, resosi di fatto disponibile per una gamma amplissima di situazioni proprio per effetto del progressivo rallentamento dei tempi medi della cognizione piena (determinativo di un più agevole soddisfacimento del requisito del *periculum in mora*), veniva ormai trattato

che l'inefficacia della misura anticipatoria dipendente dall'intempestiva instaurazione del giudizio di merito avrebbe il solo effetto di indurre il ricorrente a promuovere un nuovo giudizio cautelare, non potendosi certo applicare il regime preclusivo di cui all'art. 669 *septies* c.p.c. in caso di sopravvenuta inefficacia⁹³, oppure un giudizio di merito per ottenere non solo l'inibizione delle condotte illecite, ai sensi dell'art. 124 c.p.i., ma anche il risarcimento del danno, con conseguente effetto inflativo del contenzioso. Sembrerebbe, dunque, che il sistema voluto da Lussemburgo (e mutuato dalle *Rules*) pregiudichi le esigenze di efficientamento nell'amministrazione della giustizia e che, dunque, sia incompatibile con l'imperativo ritraibile dall'art. 111 Cost.

Tuttavia, i redattori delle *Rules* sono andati proprio in questa opinabile direzione, salvo accordare al giudice un potere discrezionale di evitare la perenzione della misura quando non sia stato tempestivamente instaurato il giudizio di merito, ai sensi della *Rule* 188 (2). Dovendosi escludere che il giudice possa stabilire a suo piacimento se la misura sia ultrattiva o meno, la norma potrebbe forse intendersi come un'allusione al sistema tedesco: il § 926 Z.P.O. onera il soccombente in sede cautelare di depositare una nota difensiva e di domandare la fissazione di un termine al ricorrente per l'introduzione del giudizio di merito a pena di inefficacia della misura. In questo modo si inverte l'onere dell'iniziativa di promuovere il giudizio di merito, consentendo la conservazione degli effetti del provvedimento cautelare con vocazione ultrattiva fino a che il soccombente non si attivi compiendo l'atto di impulso propedeutico all'imposizione dell'onere in capo al ricorrente vittorioso di instaurare il giudizio di merito, a pena di perenzione della misura. Trattasi di soluzione tutt'altro che eversiva, in linea con l'ampia discrezionalità che la *Rule* 188 (2) riconosce al giudice e che meriterebbe di essere presa in considerazione anche in Italia per salvare dalle scure della disapplicazione, per contrasto con l'art. 9, par. 5, della direttiva *enforcement*, l'inibitoria industrialistica a strumentalità attenuata da cui ha preso le mosse il nostro ragionamento.

6. L'impugnabilità del provvedimento cautelare secondo le *Rules*

Il riferimento della *Rules* 189 all'impugnabilità di delle decisioni «*that grant, deny, modify, suspend or terminate provisional or protective measures are subject to appeal*» veicola il

con tale approfondimento da imporre che l'onere di coltivare ulteriormente la lite dovesse gravare sulla parte uscitane soccombente. Il potenziale effetto deflativo dell'ultrattività della cautela è apprezzabilissimo, perché è idoneo a massimizzare la percentuale di conflitti risolti in base alla legge sostanziale a parità di risorse giurisdizionali impiegate: nei termini sopra delineati, costituisce economia processuale, e non avarizia. Sembra però indispensabile che sul fronte ordinamentale i provvedimenti di accoglimento o rigetto *ante causam*, resi nel contraddittorio delle parti su istanze dirette a conseguire misure cautelari ultrattive, vadano allora pienamente equiparati alle sentenze ai fini delle valutazioni di produttività dei magistrati: così come si incoraggia la parte vincitrice in sede cautelare ad accontentarsi del provvedimento sommario senza insistere affinché si formi la cosa giudicata, si deve incoraggiare il magistrato a incoraggiarla, senza pretendere che destini le sue risorse decisorie in via privilegiata alle sentenze».

(⁹³) S. RECCHIONI, *ult. op. cit.*, p. 607 ss.

convincimento secondo cui tutti i provvedimenti, ancorché di diniego, che decidono su istanze volte ad ottenere la concessione di misure che assolvono alle funzioni indicate nella *Rule* 184 siano impugnabili. È però lecito interrogarsi sull'impugnabilità dei provvedimenti che consentono l'assunzione anticipata della prova. L'ordinamento italiano conosce la sola reclamabilità dei provvedimenti di rigetto dell'istanza di assunzione preventiva della prova: trattasi dell'esito cui è giunta Corte costituzionale 7 giugno 2008, n. 144, la quale ha dichiarato incostituzionale l'art. 695 c.p.c. nella parte in cui non ammetteva la reclamabilità, *ex art. 669-terdecies* c.p.c., dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di ammissione del mezzo di prova in via preventiva di cui all'art. 695 c.p.c.⁹⁴. Ad oggi dunque non sarebbe reclamabile l'ordinanza di accoglimento pronunciata ai sensi dell'art. 695 c.p.c. Tale soluzione finisce però per creare una disparità di trattamento tra colui che chiede la tutela cautelare preventiva e colui che la subisce, nell'erroneo convincimento che quest'ultimo non sarebbe pregiudicato in modo definitivo dall'accoglimento della domanda di istruzione preventiva, dal momento che ogni determinazione in merito all'ammissibilità e alla rilevanza della prova assunta prima del processo è rimessa al giudice di merito, ai sensi dell'art. 698, comma 2, c.p.c.⁹⁵. Al di là dell'aporia di carattere sistematico implicata dall'impostazione della giurisprudenza costituzionale, considerato che nessuno dubita della reclamabilità dell'ordinanza che autorizza

⁹⁴ Cfr. Corte cost. 7 giugno 2008, n. 144, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1071 ss., con nota di A.A. ROMANO, *La Corte costituzionale estende il reclamo cautelare all'ordinanza di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva*; in *Giur. it.*, 2008, p. 2255 ss., con nota critica di C. DELLE DONNE, *La Consulta ammette il reclamo contro i provvedimenti di diniego dell'istruzione preventiva ma non contro quelli di accoglimento: è vera parità delle armi?*; in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 247 ss., con nota di F. FERRARI, *La reclamabilità del diniego di istruzione preventiva* e di P. LICCI, *Istruzione preventiva e reclamo: una soluzione che ancora non convince*; in *Foro it.*, 2009, p. 2634 ss., con nota editoriale di M. ADORNO.

⁹⁵ Tant'è che sporadicamente la giurisprudenza ammette il reclamo contro i provvedimenti che autorizzano l'assunzione anticipata della prova: così Trib. Torino 1° luglio 2021, n. 3351; v. anche Trib. Bari 6 luglio, 2017, ord., consultabile all'indirizzo: www.eclegal.it, 26 settembre 2017, con nota critica di M. ADORNO, *La reclamabilità del provvedimento che accorda la descrizione di cui all'art. 129 del codice della proprietà industriale*, ha ammesso il reclamo contro il provvedimento di autorizzazione alla descrizione industrialistica, valorizzando l'art. 129, comma 4, c.p.i., ossia qualificando la descrizione in guisa di provvedimento cautelare *tout court*, donde l'applicazione delle regole sul procedimento cautelare uniforme e la conseguente possibilità di reclamo. Senonché la giurisprudenza di merito appare orientata in senso prevalentemente contrario: v., per es., Trib. Bologna 8 febbraio 2008, in *Foro it.*, e in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, p. 83 ss., con nota di G. SENA, *Note sul procedimento di descrizione*; Trib. Milano 30 agosto 2011, *ivi*, 2011, II, p. 267 ss., con nota di S. GIUDICI, *Questioni processualistiche relative al procedimento di descrizione*; e, in materia di diritto d'autore, cfr. Trib. Roma 2 marzo 2015, *ivi*, 2015, II, p. 296 ss., con nota di M. BARBIERI, *La procedura applicabile al provvedimento di descrizione nel diritto d'autore: istruzione preventiva o cautelare uniforme?*; in dottrina, per l'inammissibilità del reclamo, v. M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale e intellettuale*, Milano, 2009, p. 332 ss.; e così anche A. VANZETTI-V. DI CATALDO-M.S. SPOLIDORO, *Manuale di diritto industriale*¹⁰, Milano, 2025, p. 562. In passato abbiamo però sostenuto la tesi dell'ammissibilità del reclamo, attesa l'irragionevolezza di questa preclusione, dal momento che l'ordinanza di accoglimento del sequestro di prove, *ex art. 670 n. 2) c.p.c.*, è pacificamente reclamabile, mentre se la descrizione è già stata eseguita dovrebbe addivenirsi ad una pronuncia di inammissibilità, dal momento che l'eventuale accoglimento non osterebbe alla deducibilità della prova della (a questo punto presunta) contraffazione nel giudizio di merito, la cui idoneità probatoria risulterebbe però drasticamente ridotta (in argomento, v. G. DE CESARE, *Il nodo irrisolto della descrizione: tra istruzione preventiva e procedimento cautelare uniforme (con qualche piccola chiosa de iure condendo)*, cit., p. 41, nota 19).

il sequestro giudiziario di prove, ex art. 670 n. 2) c.p.c.⁹⁶, merita osservare in questa sede che l'assunzione della prova *ante causam* può realisticamente ridurre il divario di aspettative delle parti intorno all'esito del giudizio, incidendo sensibilmente sul potere negoziale delle stesse. Pertanto, in assenza di indici di segno contrario, la *Rule* 189 (2) andrebbe intesa nel senso per cui sarebbero impugnabili anche i provvedimenti che dispongono l'istruzione preventiva, auspicandosi l'estensione di tale soluzione al nostro ordinamento, per le ragioni che si è cercato di mettere in evidenza.

Altrettanto spinosa è la questione del rapporto tra i provvedimenti di revoca o modifica del provvedimento cautelare e il mezzo di riesame del reclamo⁹⁷. Stando all'ampia formulazione della *Rule* 189 (2) dovrebbe ammettersene la reclamabilità, anche rispetto ai provvedimenti di rigetto dell'istanza di revoca o modifica⁹⁸: non sembra infatti casuale il riferimento all'esercizio del potere di diniego («*decisions that [...] deny provisional or protective measures are subject to appeal*»), salvo però poter ipotizzare che il rigetto dell'istanza di revoca o modifica del provvedimento cautelare non costituisca esercizio del relativo potere.

Deve invece negarsi la reclamabilità del decreto emesso *inaudita altera parte*, all'esito della *without notice procedure*: in tale ipotesi il controllo del provvedimento avviene all'udienza nel contraddittorio delle parti, all'esito della quale, il giudice conferma, modifica o revoca i suddetti provvedimenti, secondo quanto previsto dalla *Rule* 186 (2), salva forse l'ipotesi in cui nel pronunciare il provvedimento *inaudita altera parte*, questi ometta di fissare l'udienza di comparizione delle parti dinanzi a sé entro un termine ragionevole, così impedendone il successivo controllo nel contraddittorio tra le parti⁹⁹.

Infine, non sembrano esserci dubbi circa l'estensione dell'ambito oggettivo del reclamo ai provvedimenti in tema di cauzione. Attesa la funzione di "controcautela" della cauzione, la

⁹⁶ Così autorevolmente F. CIPRIANI, *L'impugnazione dei provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Foro it.*, 1996, 1, p. 2771 ss., spec. 2776. Nel senso della reclamabilità dell'ordinanza di accoglimento, v. L. SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, cit., p. 812 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., p. 280 ss.; ma v. *contra* L. MONTESANO, *Sul reclamo contro il rifiuto di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 102 ss.; nonché F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, p. 239 ss.

⁹⁷ Nel nostro ordinamento tende a prevalere la soluzione della reclamabilità dei provvedimenti di revoca o modifica, secondo quanto ritraibile da Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, cit., ma non di quelli di diniego della relativa istanza (cfr., per ampiezza espositiva, Trib. Messina 29 novembre 2005, ord., in *Giur. mer.*, 2007, p. 377 ss.: «[L']ordinanza di rigetto dell'istanza cautelare di revoca non è reclamabile posto che tale provvedimento (diversamente da quello di accoglimento dell'istanza, che cioè disponga la revoca o la modifica della precedente cautela) nulla aggiunge alla situazione preesistente e non comporta un esercizio del potere cautelare del giudice del merito che possa considerarsi effettivamente nuovo e diverso rispetto a quello già esplicitatosi con la pronuncia del provvedimento originario; diversamente si finirebbe con il consentire una costante e reiterata reclamabilità dell'ordinanza cautelare di cui si chiede la revoca, con la possibilità anche di eludere le preclusioni poste dall'art. 669 *terdecies* c.p.c.» Trib. Milano 29 agosto 2002, ord., in *Giur. it.*, 2003, p. 2087; Trib. Torino 29 marzo 1995, ord., in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 907).

⁹⁸ Per questa impostazione, v. condivisibilmente S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 813 ss.

⁹⁹ Trattasi di soluzione ragionevolmente sostenuta dalla nostra giurisprudenza di merito: v., per es., Tribunale Torino 28 aprile 2010, ord.

stretta interdipendenza tra misura cautelare e provvedimento impositivo di cauzione implicherebbe che deve essere consentito il reclamo nei limiti in cui è consentito contro il provvedimento sostituito dalla cauzione o cui essa accede¹⁰⁰.

7. La responsabilità del ricorrente vittorioso per l'attuazione (o per la mera concessione) della misura cautelare poi caducata

Le *Rules* si preoccupano anche di responsabilizzare l'istante che abbia ottenuto la concessione di una misura cautelare; infatti, se tale misura viene caducata o diviene inefficace, a causa dell'intempestiva instaurazione del giudizio di merito, il ricorrente è obbligato a risarcire al destinatario della misura il danno «*caused by the measure*¹⁰¹». È questo il disposto della *Rule* 190 (1), la quale trova un diretto ascendente nel Principle 8 (3) degli ALI/ Unidroit Principle¹⁰² e nell'art. 17 UNCITRAL Model Law¹⁰³. Se si guarda invece alla *hard law*, la *Rule* sembra riproporre il dettato degli artt. 50, par. 7, TRIPs e 9, par. 7, della direttiva *enforcement*¹⁰⁴. Tuttavia, anche in questo caso, non sembra opportuna una generalizzazione di quanto comunitariamente imposto solo in materia di proprietà industriale: in quel particolare settore del contenzioso, la previsione di una responsabilità da attuazione imprudente delle misure cautelari, oltre a produrre un notevole effetto di deterrenza delle iniziative manifestamente infondate (ma non per questo innocue, in ragione degli effetti collaterali che il titolare della privativa e i terzi subiscono a causa della mera pendenza della lite), ha il pregio di bilanciare il fondamentale principio dell'iniziativa economica individuale con le ragioni del destinatario della misura, senza che tale regola comporti effetti di sovradeterrenza¹⁰⁵. Nel contenzioso comune, invece, una regola costruita sul calco della *Rule* 190 (1) rischia di produrre effetti di sovradeterrenza, atteso che la responsabilità del ricorrente vittorioso può sorgere anche in virtù del mero ottenimento della misura, purché il destinatario abbia subito un danno a causa della stessa, siccome la *Rule* non ne richiede l'attuazione (si pensi al caso della sopravvenuta inefficacia di un'inibitoria cautelare che abbia recato un danno di immagine al suo

¹⁰⁰ In tal senso, v. C. CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, p. 159; nonché F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 231 ss.

¹⁰¹ La regola racchiusa nella *Rule* 190 è stata particolarmente apprezzata da M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 121.

¹⁰² Ove si legge che «[A]n applicant for provisional relief should ordinarily be liable for compensation of a person against whom the relief is issued if the court thereafter determines that the relief should not have been granted. In appropriate circumstances, the court must require the applicant for provisional relief to post a bond or formally to assume a duty of compensation.».

¹⁰³ Secondo cui «[T]he party requesting an interim measure or applying for a preliminary order shall be liable for any costs and damages caused by the measure or the order to any party if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the measure or the order should not have been granted. The arbitral tribunal may award such costs and damages at any point during the proceedings.».

¹⁰⁴ Su cui v. A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e cultura della riforma*, cit., p. 126.

¹⁰⁵ Peraltro, la *Rule* 190 (2) prevede la responsabilità dell'istante che ha ottenuto la misura per i danni cagionati ai terzi.

destinatario). Benché sia apprezzabile il tentativo di non trasferire in capo al destinatario della misura il rischio della «*provisional justice*», sarebbe stato più opportuno subordinare la responsabilità per mera imprudenza all'esecuzione di una misura cautelare a tutela di un diritto inesistente, non diversamente da quanto previsto dal nostro art. 96 c.p.c. Per una sorta di eterogenesi dei fini, una regola di "responsabilizzazione", quale quella prevista dalla *Rule* 190 (1), tesa ad incentivare la proposizione di istanze non manifestamente infondate, rischia di tradursi in un ostacolo di fatto nell'accesso alla giustizia, poiché il ricorrente, prima di arrischiarsi a *domandare* la misura, dovrà ponderare accuratamente anche la fondatezza della propria pretesa nel merito, mentre, come abbiamo già messo in evidenza, una delle funzioni complementari che modernamente si suole attribuire alla tutela cautelare è proprio quella di ridurre le asimmetrie informative tra le parti intorno all'esito del giudizio. Per converso, la possibilità di imporre una penalità di mora per l'inosservanza del provvedimento cautelare, sancita dalla *Rule* 191, attraverso il rinvio alla disposizione di carattere generale di cui alla *Rule* 27¹⁰⁶, garantisce l'effettività della tutela cautelare, al pari di quanto previsto, dalla nostra giurisprudenza, sulla base di un'interpretazione funzionale dell'art. 614-bis c.p.c.¹⁰⁷.

SEZIONE II – PARTE SPECIALE (RULES 192-201)

1. *Fumus o fumi? Periculum o pericula?* La scelta "tipizzante" dei redattori delle *Rules*

Conclusa l'analisi dei principi e delle regole applicabili a tutti procedimenti cautelari, può ora passarsi alle singole misure disciplinate dalle *Rules*. Appurato che anche le *Rules* riconoscono un potere cautelare generale ed atipico in capo al giudice¹⁰⁸, ciò che colpisce lo studioso italiano è la scelta di prevedere un diverso grado di *fumus* e di *periculum* per ogni misura cautelare, come si evince dalle *Rules* 193, 197, 199 e 201. Invero, tale scelta può ritenersi priva di conseguenze sul piano pratico, dal momento che il comune atteggiamento delle Corti, in assenza di disposizioni che tipizzino il *fumus* e il *periculum*, è quello di costruire una "legalità giurisprudenziale" negli interstizi della legislazione, attraverso l'imposizione di standard pretori, diretta attuazione del principio di eguaglianza in senso sostanziale¹⁰⁹. La questione sembra dunque essere un'altra: una parte generale che non disciplina requisiti comuni a tutte le misure cautelari, preferendo tipizzarli per ognuna di esse, lascia inevitabilmente prive di regolamentazione le misure atipiche. In proposito, è stato osservato da De Benito: «[W]hat do

¹⁰⁶ Su cui v. l'analisi di R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, cit., p. 457 ss.

¹⁰⁷ Per una ricognizione del problema, sia sufficiente un rinvio a V. CAPASSO, *Sull'ambito applicativo dell'art. 614 bis c.p.c. novellato*, in *DPCleC*, p. 1066 ss., spec. 1070 ss, ed ivi per maggiori ragguagli bibliografici.

¹⁰⁸ V. *supra*, sezione I, § 1.

¹⁰⁹ Nello stesso senso, v. M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 128 ss.

*we do when we are faced with a request for one of these measures? Do we apply a kind of induction of the requirements common to the other four, as we have just outlined regarding fumus and periculum? Wouldn't that betray the idea of including specific requirements? On the other hand, as I said, isn't a certain measure of periculum inherent in precautionary measures, whatever form they take, and should therefore always be required, even if it is not expressly stated?*¹¹⁰». Ipotizzando che lacuna normativa sia volontaria si arriverebbe all'assurdo per cui *fumus* e *periculum* non sarebbero richiesti rispetto alle misure innominate, quando invece l'esigenza di maggior tutela del destinatario imporrebbe altresì uno scrutinio più incisivo sulle esigenze cautelari, come dimostrato dalla disciplina dettata dall'art. 700 c.p.c. Non sembra però possibile ricorrere all'analogia¹¹¹: il sistema delle *Rules*, ammettendo la concessione di misure cautelari atipiche, sembra sottintendere che l'istante debba anche provare l'inidoneità di quelle tipiche a tutelare il diritto vantato rispetto a quello specifico *periculum*. In altri termini, l'astratto riconoscimento dell'atipicità della tutela cautelare postula che possa farsi ricorso a quest'ultima in via residuale: non dunque sembra troppo facile arguire che i presupposti delle misure atipiche debbano essere mutuati da quelle tipiche senza disapplicare il requisito implicito della sussidiarietà delle prime rispetto alle seconde¹¹².

2. Il sistema di Asset Preservation

La *Rule* 192 si ispira all'articolo 17 (2), lett. (c), della UNCITRAL Model Law¹¹³. Le *Rules* 192, lett. (a) e (b), coprono ambiti di applicazione diversi: la lett. a) racchiude tanto il sequestro conservativo, quanto quello giudiziario¹¹⁴. Per converso, la lett. b) disciplina un provvedimento di carattere inibitorio, finalizzato ad ottenere dal giudice un ordine che vieti all'attinto di disporre dei propri beni. La lett. b) disciplina invece un provvedimento *in personam*, non

¹¹⁰ *IBIDEM*, p. 128.

¹¹¹ Ma v. in senso contrario ancora M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 128.

¹¹² Di recente il tema della residualità del provvedimento cautelare atipico è stato affrontato da A. CARISSIMO, *Riflessioni sull'art. 700 c.p.c., (anche) alla luce della riforma Cartabia*, in *DPCleC*, 2026, p. 716 ss., spec. 721 ss., secondo cui la tutela d'urgenza oggi 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.

¹¹³ Di cui si riporta il testo per comodità del lettore: «[A]n interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: [...] (c) [P]rovide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied.».

¹¹⁴ La letteratura in materia di sequestri è vastissima. Sia sufficiente ai nostri fini un rinvio a C. FERRI, voce *Sequestro*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 460; E.T. LIEBMAN, *Unità del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 248; R. CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano, 2000.

pienamente assimilabile al sequestro¹¹⁵: il giudice può vietare atti di disposizione di taluni beni a favore di un soggetto determinato a prescindere dall'esistenza di una controversia circa la proprietà degli stessi¹¹⁶; oppure potrebbe comminare un'inibitoria *in personam* in senso stretto¹¹⁷, con l'implicazione che l'eventuale atto di disposizione dovrebbe essere opponibile al ricorrente vittorioso, integrando esclusivamente gli estremi di un fatto illecito risarcibile¹¹⁸. Entrambe le tipologie di «*asset preservation measures*» sono finalizzate alla conservazione dei beni dell'attinto, al fine di tutelare la pretesa fatta valere dal ricorrente nel procedimento di merito. Con l'implicazione per cui, in applicazione della *Rule* 188 (2), il provvedimento perde efficacia qualora il ricorrente non introduca tempestivamente il giudizio di merito, trattandosi di misure caratterizzate da un forte nesso di strumentalità. Nella *Rule* 192 figura inoltre l'espressione «*a claim*»: l'utilizzo dell'articolo indeterminativo dovrebbe suggerire che un provvedimento di conservazione dei beni può essere adottato a tutela di qualsiasi tipologia di domanda, sia quelle di natura pecuniaria, che quelle aventi ad oggetto specifici beni. I provvedimenti di custodia, previsti dalla *Rule* 192, lett. (c), rientrano anch'essi nell'ambito delle misure di conservazione dei beni. Sono stati topograficamente collocati nella *sedes materiae* dedicata all'*asset preservation* in ragione dell'approccio funzionale adottato dalle *Rules*. Tali provvedimenti, analogamente ai sequestri e alle inibitorie sui beni, possono essere legittimamente e ampiamente intesi come comprensivi delle misure di custodia, conservazione e messa in sicurezza di qualsiasi tipo di bene, sia esso materiale, immateriale o elettronico. Il termine «*custodian*» è utilizzato proprio per designare qualsiasi soggetto terzo (sia esso un ausiliario dell'autorità giudiziaria o altro soggetto) che possa essere autorizzato o incaricato dal giudice a dare esecuzione al provvedimento nel luogo in cui i beni rilevanti devono essere custoditi in sicurezza, non diversamente da quanto previsto dal nostro art. 676 c.p.c. Occorre inoltre rilevare che la formulazione generale della *Rule* 192 lett. (c) sembra idonea a ricomprendere anche beni immateriali, quali *electronic data*, *passwords* (al fine di prevenirne la modifica), metadati e altre informazioni analoghe. Dal tenore letterale della suddetta disposizione sembra poi potersi ricavare l'ammissibilità del sequestro liberatorio, attraverso il quale il debitore può evitare le conseguenze della *mora*

¹¹⁵ Peraltro, la tecnica dei provvedimenti *in personam* non è del tutto estranea al diritto europeo armonizzato, come confermato dall'art. 14, par. 5, lett. c) del Regolamento UE 655/2014 in tema di sequestro transfrontaliero sui conti bancari, su cui v. M. PACILLI, *Il sequestro conservativo europeo su conti bancari*, in *Regole europee e giustizia civile*, cit., p. 292.

¹¹⁶ Per la dimostrazione che il sequestro giudiziario assolve anche alla funzione di prevenire il pericolo di alienazioni, v. R. CAPONI, *ult. op. cit.*, p. 157 ss., spec. 172, pur in assenza di un'espressa previsione normativa a proposito della trascrivibilità del sequestro. È contrario ad un'estensione analogica dell'art. 2645 c.c. al sequestro giudiziario, F. CORSINI, *Sequestro giudiziario di beni, trascrizione, possesso di buona fede ed art. 111 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 884 ss.

¹¹⁷ Alla quale peraltro si suole ricondurre la nascita della giurisdizione di Equity nel sistema processuale inglese (v., per es., R.J. SHARPE, *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, 1992, § 4-2, ove si legge che «*denial of an injunction would constitute a denial of an attribute of ownership*»; a proposito dell'aforisma per cui «*equity acts in personam*» e le sue implicazioni, si rinvia a W.W. COOK, *The Powers of Courts of Equity*, in 15 *Columbia Law Review*, 1915, p. 867 ss.).

¹¹⁸ Così ancora M. DE BENITO-J. GILSANZ-F. DE LA MATA-J. VEGAS, *Provisional and Protective Measures*, cit., p. 121.

*debendi*¹¹⁹. Viene però da chiedersi se le *Rules* ammettano anche il c.d. sequestro liberatorio “difensivo”¹²⁰. Trattasi di istituto geminato nella prassi forense, al servizio del debitore intenzionato a chiedere il sequestro dei suoi averi per cautelarsi dal rischio di infruttuosità di future azioni restitutorie. Di regola il sequestro liberatorio mira a proteggere la sfera giuridica del debitore intenzionato ad adempiere nonostante il rifiuto del creditore, il quale reputa l’adempimento non dovuto, prematuro, tardivo, parziale o ancora inesatto. In altri termini, l’istituto, presupponendo l’acquiescenza del debitore rispetto all’esistenza della pretesa creditoria, non può essere strumentale alla successiva instaurazione di un giudizio di merito di accertamento negativo del diritto del creditore già azionato; benché l’interesse a prevenire un eventuale giudizio di ripetizione appaia in astratto meritevole di tutela, l’utilità dell’accantonamento di somme o cose finisce in questo caso per risultare condizionata non già all’accoglimento della domanda di accertamento negativo, quanto paradossalmente al suo rigetto, pur avendo il debitore negato l’esistenza dell’altrui pretesa. Ma anche a voler tacere le criticità legate alla strumentalità di tale misura, è lo scopo cui è preordinato il c.d. sequestro liberatorio difensivo ad apparire immeritevole di tutela: con la richiesta di tale misura, il debitore mira in realtà ad ottenere una forma “ottriata” di segregazione patrimoniale dei propri beni, ossia inattuabile *ope iudicis*. In proposito, è stato efficacemente notato che l’ordinanza di sequestro liberatorio difensivo «finisce per lambire i contorni di una *antisuit injunction*, volta a sottrarre al pignoramento, al di fuori da ogni previsione di legge, i beni discrezionalmente individuati dal debitore¹²¹». Tutto ciò premesso, la successiva *Rule 193* – rubricata: *Criteria for Awarding Asset Preservation* – veicola il convincimento secondo cui nel sistema delle *Rules* non vi sia spazio per il sequestro liberatorio difensivo. Non sembra ostativo alla concessione della misura il presupposto di cui alla lett. a), secondo cui il ricorrente deve dimostrare che la sua pretesa «*has a good chance of succeeding on its substantive merits*»: infatti sarebbe sufficiente dimostrare che l’azione di accertamento negativo del credito appaia *prima facie* fondata. Sono i profili attinenti al *periculum* che inducono invece a ritenere inammissibile la domanda di un sequestro conservativo “difensivo”, dal momento che la lett. b) sancisce che «*without such an order, enforcement of a final judgment against the respondent will be impossible or exceedingly difficult*». Il sequestro conservativo “difensivo” non intende realmente prevenire il pericolo di infruttuosità dell’esecuzione forzata, siccome la sua funzione, come già messo in evidenza, è di segregazione dell’asset patrimoniale per

¹¹⁹ Sulla natura cautelare del sequestro liberatorio, v. G. GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, in *Il processo cautelare*, cit., p. 93; nonché, più di recente, M. STELLA, *Sequestro liberatorio e azione di accertamento negativo*, in *Giur. it.*, 2025, p. 800 ss.

¹²⁰ Per l’ammissibilità di tale figura, v. M. FORNACIARI, *Spunti per un inquadramento del sequestro ex art. 687 c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1723 ss., spec. 1729; E. REDENTI, *Diritto processuale civile* (a cura di M. VELLANI), Milano, 2011, p. 627; P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*⁶, Bologna, 2023, p. 743.

¹²¹ Così, condivisibilmente, M. STELLA, *Sequestro liberatorio e azione di accertamento negativo*, cit., p. 802.

renderlo inattaccabile da altri creditori, in violazione della regola generale secondo cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore devono avere una fonte legale, per non compromettere la *par condicio creditorum*. A più forte ragione, milita contro l'ammissibilità di tale forma di sequestro il principio di proporzionalità per come sagomato dalla *Rule* 185 (2): non sembra infatti che il sacrificio del diritto degli altri creditori a procedere all'espropriazione dell'*asset* segregato per tutta la pendenza del giudizio di merito sia proporzionato all'interesse del debitore ad evitare un eventuale giudizio di ripetizione.

3. Le misure regolatorie

La *Rule* 196 accorda al giudice il potere di regolare provvisoriamente il rapporto tra le parti, purché la pretesa azionata non abbia ad oggetto una somma di denaro: si tratta di provvedimenti di carattere anticipatorio che possono consistere o nell'imposizione di un obbligo di fare o di non fare. Nella relazione di accompagnamento alle *Rules*, si legge che le *regulatory measures* coprono un'ampia casistica che va dall'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto¹²², all'inibitoria cautelare in materia di proprietà industriale o di concorrenza sleale.

¹²² Nel senso che il provvedimento d'urgenza non potrebbe anticipare gli effetti di una sentenza costitutiva, cfr. Trib. Torino 21 luglio 2003: «[I]l ricorso al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. al fine di far dichiarare la parte obbligata a concludere un contratto ai sensi dell'art. 2932 c.c. non è ammissibile per la natura strumentale ed anticipatoria del provvedimento stesso. Ed invero, il provvedimento d'urgenza mira alla provvisoria realizzazione di una situazione giuridica perfetta preesistente rispetto alla pronuncia del giudice, con la naturale conseguenza che le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente ai sensi dell'art. 700 c.p.c. in quanto lo stesso provvedimento produrrebbe la costituzione del rapporto giuridico che invece spetta alla sentenza di merito». Per converso, in alcuni settori del contenzioso, come quello industrialistico, la dottrina e la prassi hanno finito per ammettere il c.d. cautelare dichiarativo. Per una ricostruzione del dibattito dottrinario circa l'ammissibilità della figura, v. A tal proposito, è stato affermato da A. FRISINA, *Tutela cautelare atipica e provvisoria assicurazione degli effetti della sentenza di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 885 ss., spec. 908 che attraverso il provvedimento d'urgenza dichiarativo sarebbe possibile «evitare o limitare il prodursi di danni, essenzialmente di natura non patrimoniale e direttamente connessi con il perdurare della situazione di obiettiva incertezza del diritto azionato, per i quali dovesse risultare impossibile o particolarmente difficile la reintegrazione per equivalente». La dottrina tradizionale era assolutamente contraria alla configurabilità della tutela cautelare atipica di mero accertamento, in ragione dell'incompatibilità, funzionale e strutturale, fra la tutela cautelare e quella di mero accertamento (cfr., per esempio, E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1949, p. 246, secondo cui i provvedimenti cautelari d'urgenza, «per ottenere lo scopo, devono essere suscettibili di esecuzione forzata»; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1965, p. 270. Ancora oggi vi sono delle voci isolate che ne predicano l'inammissibilità, valorizzando l'inettitudine del provvedimento cautelare a produrre l'effetto di accertamento del rapporto: v. C. CARIGLIA, *Quale spazio per la tutela cautelare atipica di mero accertamento?* in *Le Società*, 2012, p. 1229 ss., spec. 1238, secondo cui l'efficacia di tale provvedimento sarebbe meramente dissuasiva e «metagiuridica», assumendo piuttosto le fogge di un "parere", benché ciò non ne escluda la vincolatività e l'importanza sul piano strategico, siccome pronunciato da colui che sarebbe giudice del merito). La posizione della dottrina tradizionale è stata profondamente rimeditata, coerentemente con la centralità attribuita alla tutela cautelare d'urgenza nel sistema: sull'ammissibilità di un provvedimento d'urgenza funzionale alla rimozione dello stato di incertezza circa la legittimità di una propria condotta o della liceità di un negozio, cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, IV, Napoli, 1964, p. 259 ss.; C. CALVOSA, *Il processo cautelare (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*, Torino, 1970, p. 781 ss.; A. CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 592 ss., spec. 615-616; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*², Jovene, Napoli, 1955, 66; F.

Tale esemplificazione non sembra però del tutto coerente con i principi ritraibili dalla parte generale. L'idea per cui il giudice disponga di un generale potere inibitorio si evince indubbiamente dalla *Rule* 184 lett. d); tuttavia, che il provvedimento cautelare a strumentalità piena possa addirittura anticipare gli effetti dell'accoglimento di un'azione costitutiva non necessaria, appare forse eccessivo. Infatti, se la misura è stata eseguita, ossia il contratto è stato concluso, e successivamente la misura cautelare viene dichiarata inefficace, vuoi per mancata instaurazione del giudizio di merito, vuoi per altra causa, le parti dovranno affrontare il conseguente giudizio restitutorio. Pertanto, ragioni di coerenza sistematica inducono a non prendere troppo sul serio l'esemplificazione dei *Conditores*, potendosi almeno dubitare della compatibilità delle misure anticipatorie di effetti costitutivi con un sistema che non impone l'instaurazione del giudizio di merito a pena di perenzione.

Passando invece ai presupposti che devono sussistere affinché il giudice possa concedere una *regulatory measure*, la *Rule* 197 indica due condizioni cumulative che devono essere provate dal ricorrente: a) l'apparenza di fondatezza della propria domanda, a più forte ragione quando l'attuazione del provvedimento possa essere foriera di un pregiudizio irreparabile per il resistente; b) la necessità della misura per regolare temporaneamente, ossia in attesa che il giudice pronunzi sul merito, il rapporto fra le parti. La condizione *sub* b) indizia nel senso della sussidiarietà delle *regulatory measures*; e non potrebbe essere altrimenti, dal momento che il contenuto è talmente indeterminato da rasentare i contorni di una misura atipicità, donde l'applicazione della medesima disciplina.

4. Le misure di istruzione preventiva

Le *Rules* 198 e 199 si occupano della conservazione delle prove. Degna di nota è la previsione per cui, se la misura richiede l'accesso ai beni di una parte o di un terzo, l'istante non solo deve provare che l'assunzione anticipata della prova si rende necessaria per evitare il rischio della sua futura indisponibilità, ma anche che sussistono elementi sufficienti a dimostrare *prima facie* la fondatezza della domanda di merito. Una previsione di questo genere contrasta però

TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 1983, p. 258; A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 393; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*⁶, Jovene, Napoli, 2021, 640; v. anche G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700²*, Padova, 1985, p. 142 ss.; ID., *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in L. MONTESANO – G. ARIETA, in *Trattato di diritto processuale civile*, III, tomo I, Padova, 2005, p. 582 ss.; più di recente, L. DITTRICH, *Il provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*⁵, cit., p. 275. La tutela cautelare d'urgenza di mero accertamento ha trovato particolare fortuna in materia societaria: per l'ammissibilità dell'accertamento in via d'urgenza dell'invalidità della delibera assembleare di rigetto dell'istanza del socio, cfr., per esempio, Trib. Roma 24 settembre 2001, in *Corr. giur.*, 2002, p. 949 ss., con nota di M.L. SERRA, *Anticipazione degli effetti di merito e tutela cautelare ex art. 700 al fine di ottenere la trasformazione di una delibera assembleare negativa in una delibera positiva*; parimenti, si ritiene ammissibile, in pendenza del giudizio di merito, la concessione di un provvedimento d'urgenza dichiarativo della nullità della clausola statutaria che conceda all'accomandante poteri che violino il divieto di immistione di cui all'art. 2320 c.c., su cui v. Trib. Perugia 16 marzo 2009, in *Le Società*, 2010, p. 1257 ss., con nota di N. SOLDATI, *Tutela cautelare d'urgenza e nullità della clausola statutaria*.

con le direttive ritraibili dalla prassi applicativa: l'istruzione preventiva, in quei settori del contenzioso in cui la prova dell'illecito è sovente nella disponibilità della controparte, come ad esempio quello industrialistico, assolve alla funzione di acquisire la prova del fatto principale. Pertanto, sembra troppo gravoso onerare il ricorrente di provare la fondatezza, ancorché *prima facie*, della pretesa, a prescindere dall'assunzione della prova indicata. Ciò peraltro contrasta con la funzione di fondo dell'istruzione preventiva, ossia ridurre il divario di aspettative delle parti circa l'esito del giudizio prima della proposizione della domanda di merito, al fine di incentivare soluzioni di carattere conciliativo.

Inoltre, non sono chiare le conseguenze della perenzione della misura di istruzione preventiva. Le *Rules* tacciono la sorte degli atti compiuti dopo l'estinzione del processo: la *Rule* 53 si occupa del *withdrawal of the claim*, senza però specificare se le prove assunte nel giudizio estinto possano essere utilizzate dal giudice, oppure se devono nuovamente essere assunte nel giudizio riproposto. I principi di economia processuale e di proporzionalità che innervano le *Rules* indiziano in senso contrario, dal momento che la salvezza dell'atto istruttorio non incide sulla valutazione dello stesso, mentre imporre la reiterazione dell'istanza di ammissione, costringendo così il giudice ad una nuova deliberazione, genera costi amministrativi evitabili, che incidono negativamente sul costo sociale del sistema di amministrazione della giustizia¹²³. Pertanto, si può ritenere che in caso di sopravvenuta inefficacia della misura, a causa dell'intempestiva istaurazione del giudizio di merito, ovvero di successiva estinzione del giudizio di merito, la prova assunta ai sensi delle *Rules* 198 e 199 potrà essere utilizzata nel giudizio riproposto, senza doverne di nuovo richiedere l'ammissione e l'assunzione¹²⁴.

5. L'*interim payment*: una soluzione di compromesso

A differenza di quanto previsto dall'art. 22 degli Helsinki Principles¹²⁵, i redattori delle *Rules* hanno optato per la natura cautelare dell'*interim payment*¹²⁶.

¹²³ Secondo la ricostruzione di T. GICO JR., *Analisi economica del processo civile*, Indaiatuba, 2021, p. 35, il processo civile rientrerebbe tra i sistemi aggiudicatori ovvero tra quei sistemi di assegnazione delle risorse scarse in caso di conflitto tra più pretendenti. In tale prospettiva, la corretta applicazione della legge sostanziale aumenta il benessere sociale, mentre ogni decisione che si discosta dal diritto realizza un'inefficienza allocativa e impone un costo alla società. Questi costi, derivanti dall'errore di aggiudicazione, sono i cc.dd. costi aggiudicatori, i quali, sommati ai cc.dd. costi di amministrazione, costituiscono il costo sociale del processo gravante sulla collettività. In argomento, v. anche l'ormai classico studio R. POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *Journal of Legal Studies*, 1973, p. 399 ss.

¹²⁴ In tal senso, v. A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 127.

¹²⁵ Ove si legge che «*The procedure in domestic law under which the court may order an interim payment (i.e. an outright payment to the plaintiff which may be subsequently revised on final judgment) is not a provisional and protective measure in the context of international litigation*».

¹²⁶ Può accennarsi sin d'ora all'inopportunità della qualificazione in guisa di provvedimento cautelare dell'*interim payment*, come opportunamente segnalato da R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 457: «*[T]he problems such provisional measures entail are well known. If the creditor of the claim is still able to post a security deposit, a real case of emergency may not exist. Any form of hedging against the risk of the debtor's insolvency may be challenged on the basis of rules on revocation or invalidity as found in national insolvency law. In many cases, however, a*

La figura è stata mutuata dagli ordinamenti di *Common law* e, in particolare, dalle *Rules 25.20* ss. delle *Civil Procedure Rules* inglesi (breviter: C.P.R.)¹²⁷. Seguendo il modello inglese, i

legitimate field of application for interim payment orders may remain, though it should not be used as a kind of compensation for unduly prolonged duration of regular proceedings as it was sometimes the case in the past».

¹²⁷ In ragione dei riferimenti che seguono nel testo, si riporta, per comodità del lettore, il testo della *Rule* inglese: «*The court must not order an interim payment of more than a reasonable proportion of the likely amount of the final judgment. (2) The court must take into account contributory negligence and any relevant set-off or counterclaim. (3) The court may order an interim payment by instalments. If so, the order must set out: (a) the total amount of the payment; (b) the amount of each instalment; (c) the number of instalments and the date on which each is to be paid; and (d) to whom payment should be made. (4) Where a party seeks an interim payment and the court has ordered an account to be taken, if on the evidence the account is bound to result in a payment to the applicant, the court must, before making an order for interim payment, order that the liable party pay to the applicant the amount shown by the account to be due. (5) The permission of the court must be obtained before making a voluntary interim payment in respect of a claim by a child or protected party. 'Child' and 'protected party' have the same meanings as in rule 21.1(2). (6) The court may adjust any interim payment whether or not any payment has yet been made (voluntarily or under a previously made order). The court may in particular: a) order all or part of the interim payment to be repaid; (b) vary or discharge the order for the interim payment; (c) order a defendant to reimburse, either wholly or partly, another defendant who has made an interim payment. (7) The court may make an order under paragraph (6)(c) only if (a) the defendant to be reimbursed has claimed against the other defendant for a contribution, indemnity or other remedy; and (b) where the claim to which the interim payment relates has not been discontinued or disposed of, the circumstances are such that the court could make an interim payment order under this Section. (8) Where a defendant has made an interim payment, and the amount of the payment is more than their total liability under the final judgment or order, the court may award them interest on the overpaid amount from the date when they made the interim payment. Applications 25.21. (1) The claimant may not apply for an interim payment order before the end of the period for filing an acknowledgment of service applicable to the defendant against whom the application is made. (2) The claimant may make more than one application for an interim payment order. (3) A copy of the application notice must be served at least 14 days before the hearing of the application and must be supported by evidence. (4) If the respondent wishes to rely on written evidence at the hearing, they must file the written evidence and serve copies on every other party to the application at least 7 days before the hearing. (5) If the applicant wishes to rely on written evidence in reply, they must file the written evidence and serve a copy on the respondent at least 3 days before the hearing. (6) This rule does not require written evidence to be filed if it has already been filed, or to be served on a party on whom it has already been served. (7) The court may make an order under this rule without an application by any party if it makes the order when it disposes of the claim or any part of it. Evidence 25.22. (1) An application for an interim payment order must be supported by evidence dealing with (a) the sum of money sought by way of an interim payment; (b) the items or matters in respect of which the interim payment is sought; (c) the sum of money for which final judgment is likely to be given; (d) the reasons for believing that the conditions set out in rule 25.23 are satisfied; (e) any other relevant matters; (f) in claims for personal injuries, details of special damages and past and future loss; and (g) in a claim under the Fatal Accidents Act 1976(4), details of the person(s) on whose behalf the claim is made and the nature of the claim. (2) Any documents in support of the application must be exhibited, including, in personal injuries claims, any medical report. Conditions to be satisfied 25.23. The court may only make an interim payment order where any of the following conditions are satisfied (a) the defendant against whom the order is sought has admitted liability to pay damages or another sum of money to the claimant; (b) the claimant has obtained judgment against that defendant for damages to be assessed, or for another sum of money (other than costs) to be assessed; (c) it is satisfied that, if the claim went to trial, the claimant would obtain judgment for a substantial amount of money (other than costs) against the defendant from whom they are seeking an interim payment, whether or not that defendant is the only defendant or one of several; (e) the claimant is seeking an order for possession of land (whether or not any other order is also sought), and the court is satisfied that, if the case went to trial, the defendant would be held liable (even if the claim for possession fails) to pay the claimant a sum of money for the defendant's occupation and use of the land while the claim for possession was pending; or (f) there are two or more defendants and the order is sought against any one or more of them, and (i) the court is satisfied that, if the claim went to trial, the claimant would obtain judgment for a substantial amount of money (other than costs) against at least one of the defendants*

redattori delle *Rules* hanno introdotto la misura per consentire l'anticipazione delle pretese creditorie per il pagamento di somme: trattasi allora di una misura di carattere anticipatorio, come la *Rule 200* lascia intendere («*to satisfy the claim in the proceedings, in anticipation of the expected outcome*»).

Di particolare interesse appaiono i presupposti che devono sussistere affinché possa essere concessa tale misura. La *Rule 201* si pone in linea di continuità con la *Rule 25.23* delle C.P.R. L'*interim payment* può essere concesso a condizione che il resistente si sia riconosciuto debitore di una somma di denaro, oppure che il creditore abbia già ottenuto una sentenza sull'*an debeat*, oppure quando appaia verosimile («*highly likely*») che il resistente sarà riconosciuto debitore della somma domandata all'esito del giudizio di merito. Inoltre, l'istante deve provare che il pagamento da parte del resistente sia richiesto con urgenza. In altri termini, deve provare che il ritardo nel pagamento possa provocargli un danno irreparabile, quale, ad esempio, l'impossibilità di soddisfarsi altrimenti sul patrimonio del debitore. Non solo. La dottrina nordamericana ha correttamente individuato la funzione dell'istituto nella possibilità di «*avoid inequitable settlement*¹²⁸»: il convenuto, a fronte di una domanda al pagamento di una somma di denaro, ha interesse a sollevare eccezioni dilatorie per compulsare l'attore che ha ragione ad accettare una composizione negoziale della controversia in termini non corrispondenti alle sue aspettative. In altri termini, l'*interim payment* vuole evitare che il rischio della diminuzione del valore del diritto di credito, a causa del ritardo per la sua soddisfazione, gravi sull'attore che ha ragione. Pertanto, non sembra troppo ragionevole la previsione della *Rule 200*, secondo cui, considerata l'invasività della misura, il resistente deve sempre essere sentito. Non trova dunque applicazione rispetto all'*interim payment* la *without notice procedure*, di cui alla *Rule 186*. Ciò rende l'*interim payment*, nel sistema diviso dalle *Rules*, un'arma spuntata.

La *Rule 201* (5) prevede invece un'opportuna cautela: mentre la *Rule 187* (2) sancisce che la concessione di una misura cautelare possa essere subordinata alla prestazione di una cauzione da parte del ricorrente, in tema di *interim payment* è altresì stabilito che, di regola, il giudice debba concederla subordinatamente alla prestazione di cauzione. È dunque invertito il rapporto regola-eccezione: rispetto ai provvedimenti cautelari diversi dall'*interim payment* il

(but the court cannot determine which); and (ii) all the defendants are either public bodies; or insured in respect of the claim; or are defendants whose liability will be met by an insurer under section 151 of the Road Traffic Act 1988 (5), or an insurer acting under the Motor Insurers Bureau Agreement, or the Motor Insurers Bureau where it is acting itself. Compensation recovery payments 25.24. (1) Where in a claim for personal injuries there is a contested application for interim payment of damages, the defendant must obtain a certificate from the Secretary of State [...] Restriction on disclosure 25.25. The fact that a defendant has made an interim payment, whether voluntarily or by court order, shall not be disclosed to the trial judge until all questions of liability and the amount of money to be awarded have been decided, unless that defendant agrees.».

¹²⁸ Sul tema si rinvia alle riflessioni di D.M. RUBENSTEIN, *The Problem of Delay in Tort Recovery and the British Interim Payment Scheme*, in 39 *Univ. Chic. L. Rev.*, 1972, p. 836 ss., spec. 838; nello stesso senso, v. A. ZUCKERMAN, *Interlocutory Remedies in Quest of Procedural Fairness*, in 56 *Market Law Rev.*, 1993, p. 325.

giudice non è tenuto a motivare le ragioni della mancata imposizione di una cauzione a carico del ricorrente; per converso, il giudice che ordini l'*interim payment* è tenuto a motivare la mancata imposizione della cauzione a carico del ricorrente, dal momento che tale previsione vuole tutelare il resistente a fronte del rischio della ripetizione dell'indebito, qualora la domanda di merito dovesse rivelarsi infondata. Per converso, nei casi in cui la concessione dell'*interim payment* sia giustificata dall'ammissione di responsabilità del resistente, sembra ragionevole ritenere che il provvedimento del giudice che non motivi circa le ragioni della mancata imposizione della cauzione non sia per ciò solo reclamabile, sulla scorta del principio, a meno che il giudice adito per la fase cautelare non sia privo di competenza giurisdizionale rispetto al merito, applicandosi in tal caso il diverso principio enunciato dalla Corte di giustizia nel noto caso *Van Uden*¹²⁹: per evitare fenomeni di *forum shopping* cautelare, la giurisprudenza europea accoglie una nozione restrittiva di "provvedimento provvisorio", dovendosi conseguentemente negare la provvisorietà del provvedimento (e in astratto la possibilità di riconoscerlo e attuarlo in un Paese membro diverso da quello in cui è stato

¹²⁹ Cfr. Corte giust. 17 novembre 1998, *Van Uden*, in causa C-391/95, cit., ove è stato affermato il principio secondo cui quando le parti hanno validamente sottratto una controversia derivante da un contratto alla competenza degli organi giurisdizionali statali per attribuirle ad un arbitro, un organo giurisdizionale statale, può essere autorizzato a disporre provvedimenti provvisori che impongano l'esecuzione di una prestazione contrattuale, a condizione che esista un effettivo nesso fra l'oggetto del provvedimento richiesto e la competenza territoriale dello Stato contraente del giudice adito, e purché sia garantito al convenuto il rimborso nell'ipotesi in cui il ricorrente non vinca la causa nel merito. Sul tema v. anche le riflessioni di G.D. BROWN, *The Ideologies of Forum Shopping – Why Doesn't a Conservative Court Protect Defendants*, in 71 *North Carolina Law Review*, 1993, p. 649 ss., spec. 654. e 671: «[F]orum-shopping can be viewed as a desirable practice, furthering important interests of the plaintiff and advancing a number of systemic goals as well. The plaintiff and the defendant may well not stand on equal ground in terms of their choice of law. The plaintiff seeks to invoke a substantive law under which her claim will be upheld. As a general matter the legal system favors the provision of a remedy for those who seek such goals as the enforcement of contracts and compensation for injuries»; nonché le acute considerazioni di C. CONSOLO, *Van Uden e Mietz: un'inevitabile Babele*, in *Int'l Lis*, 2001-2002, p. 30 ss., spec. 34; ID., *Il flessibile rapporto*, cit., p. 104 ss.; secondo E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 759 ss., spec. 795 ss., la condizione della garanzia del rimborso al convenuto della somma versata a titolo di cauzione evita la stabilizzazione in fatto della misura poiché controbilancia il pagamento imposto al debitore ed esclude che la misura sia davvero pienamente soddisfattiva per il ricorrente. Il requisito ha dunque specificamente la funzione di evitare che l'emanazione del provvedimento anticipatorio si concreti in un aggiramento delle norme convenzionali sulla competenza, e cioè abbia come risultato che la lite non sia mai iniziata e coltivata presso uno dei giudici indicati dalla Convenzione come competenti per il merito. Si alloca così sull'attore l'onere di instaurare il giudizio di merito per recuperare la cauzione, traducendosi l'imposizione di quest'ultima in un meccanismo compulsorio dell'instaurazione della causa di merito presso i fori ordinari del Regolamento UE 1215/2012, con l'ulteriore implicazione che se il provvedimento non è ultrattivo la cauzione non serve; sul tema v. anche L. QUERZOLA, *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 826 ss., spec. 829, ove però l'Autrice, pur intuendo la singolarità del concetto di provvisorietà nello spazio giuridico europeo, non evidenzia che la giurisprudenza della Corte di giustizia converge nel senso di limitare il *forum shopping* a favore del foro esorbitante, imponendo l'imposizione della cauzione per indurre il creditore, una volta ottenuto il provvedimento cautelare a strumentalità attenuata, ad instaurare il giudizio di merito, nel rispetto dei fori ordinari per domandarne il recupero; ID., *Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelari nel regolamento Ue n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1479 ss. Per una panoramica generale sui provvedimenti cautelari nello spazio giuridico europeo si rinvia a F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, I, Parte generale e obbligazioni*¹², Milano, 2022, p. 159 ss.

concesso) se non è garantito al resistente il rimborso attraverso l'imposizione di una cauzione della somma versata a titolo di penalità di mora sotto forma di pagamento, in via provvisoria, di una controprestazione contrattuale.

Al netto dell'analisi di cui sopra, non sembra che l'ordinamento italiano necessiti però dell'introduzione dell'*interim payment*: trattasi infatti di un'area già potenzialmente coperta dal ben più versatile provvedimento di urgenza, ex art. 700 c.p.c. Inoltre, l'ambito di applicazione di tale provvedimento finisce di fatto per coincidere con quello proprio dei provvedimenti definitivi o anticipatori non cautelari¹³⁰.

SEZIONE III – LA TUTELA CAUTELARE CROSS-BORDER (RULES 201-203)

1. La timidezza dei *Drafters*: il colpevole appiattimento delle *Rules* sui Regolamenti europei (non senza qualche chiosa su ipotetiche aperture all'*antisuit injunction*)

Come già anticipato¹³¹, la sezione III dedicata al contenzioso transfrontaliero risulta essere piuttosto povera di spunti: i *Drafters* hanno optato per un rinvio integrale ai Regolamenti europei e, di conseguenza, all'*acquis* del *Plateau Kirchberg* in materia. La *Rule* 202 (1) sancisce che «*[W]ithin the scope of the European Union Regulations or international conventions, the international jurisdiction of the court in relation to provisional and protective measures is governed by those Regulations or conventions.*». Le successive *Rules* 202 (2) e (3) richiamano invece il principio espresso in *Van Uden*, secondo cui il giudice competente a conoscere della causa di merito lo è anche rispetto alle misure cautelari, in caso contrario «*a real connecting link must exist between the subject-matter of the measure and the territory of that court*¹³²», per esempio quando i beni oggetto della domanda di sequestro si trovino colà o la condotta anticoncorrenziale di cui si domanda l'inibitoria cautelare possa produrre effetti pregiudizievoli anche nei confronti degli operatori economici che operano nello Stato membro del giudice investito della domanda¹³³. Parimenti, il riconoscimento delle misure cautelari concesse dal giudice di altro Stato membro, ai sensi della successiva *Rule* 203 (1) è possibile purché siano

¹³⁰ Tuttavia, sembra prospettabile almeno un caso in cui l'*interim payment* potrebbe fare aggio sui provvedimenti definitivi o anticipatori non cautelari: si pensi al caso in cui, pronunciata condanna generica, il giudizio prosegua per l'accertamento del *quantum*, nonostante la proposizione dell'impugnazione ordinaria contro la statuizione sull'*an debeat*. Ove il giudice investito della causa pregiudicata sospenda all'esito di una prognosi di fondatezza dell'impugnazione ordinaria, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c. il giudice d'appello, su istanza del convenuto, ravvisando invece la manifesta infondatezza dell'impugnazione, potrebbe concedere per l'appunto un provvedimento cautelare atipico costruito sul calco dell'*interim payment*, neutralizzando le conseguenze sfavorevoli della errata sospensione facoltativa e di quella necessaria imposta dall'interposizione del regolamento necessario di competenza contro l'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c.

¹³¹ V. *supra*, Introduzione § 1.

¹³² Corte giust. 17 novembre 1998, *Van Uden*, cit.

¹³³ Sul tema della giurisdizione rispetto all'illecito plurilocalizzato, si rinvia alla documentata analisi di P. MAZZA, *Il foro dell'obbligazione nata in internet*, Napoli, 2024, p. 107 ss., spec. 160 ss.

rispettati i requisiti imposti dall'art. 42, par. 2, del Regolamento Bruxelles 1-*bis*. Più ampie riflessioni suggerisce, invece, la *Rule 203 (2)*, ove si legge che se le norme europee o dei trattati internazionali non sono applicabili, le misure cautelari sono riconosciute ed eseguite conformemente al diritto nazionale. Ci si potrebbe dunque interrogare sulla possibilità di riconoscere o comminare nello spazio giuridico europeo un provvedimento che imponga, in via cautelare, una *antisuit injunction*. Secondo l'impostazione geminata negli ordinamenti di *Common law*, il problema della contemporanea pendenza di due cause identiche o tra loro connesse presso due fori di Stati diversi può essere affrontato anche da un angolo prospettico diverso rispetto a quello generalmente imposto dalla litispendenza internazionale, ossia ammettendo un intervento non già sul processo nazionale bensì su quello straniero. La tradizione giuridica di *Common Law* riconosce al giudice il potere discrezionale di intervenire su giudizi pendenti all'estero (presumendo che si tratti di *forum non conveniens* o che il giudice estero si pronuncerà nonostante la prevenzione), con provvedimenti che rientrano nel più ampio novero delle *injunctions*. Si tratta dell'ordine del giudice rivolto a una delle parti di non cominciare o di non proseguire un giudizio all'estero, ovvero di non compiere attività nell'ambito di un procedimento straniero, come l'esibizione di documenti, o, ancora, sotto un diverso angolo prospettico, di non chiedere il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione straniera¹³⁴, la cui inosservanza espone il destinatario alle sanzioni previste per l'inottemperanza agli ordini del giudice, considerato oltraggio alla Corte (*contempt of court*¹³⁵). Secondo la Corte di giustizia, l'*antisuit injunction* contrasta con il principio della *mutual trust* fra gli Stati membri, oltre che con l'idea di equivalenza delle decisioni rese dai giudici domestici nello spazio giuridico europeo, secondo il convincimento veicolato dal Regolamento Bruxelles

¹³⁴ La bibliografia in tema di *antisuit injunction* è alluvionale: sia sufficiente ai nostri fini un rinvio a G.A. BERMANN, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, in 28 *Columbia Journal of Transnational Litigation*, 1990, p. 589 ss.; nonché, più di recente, l'approfondito lavoro di T. RAPHAEL, *The anti-suit injunction*, Oxford, 2008, p. 18 ss.; R. FENTIMAN, *Anti-suit Injunctions*, in *Encyclopedia of Private International Law* (ed. by BASEDOW, RÜHL, FERRARI, DE MIGUEL ASENSIO), Cheltenham-Northampton, 2017, p. 79 ss.; nella letteratura italiana, v. la pionieristica analisi di M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*, Milano, 2002, p. 861 ss. Nel senso della contrarietà delle *antisuit injunctions* con i principi dell'ordine pubblico processuale sono orientati, nella nostra dottrina, C. CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 60 ss.; F. FRADEANI, *Le «anti suit injunctions» anche a protezione dell'arbitrato internazionale tra incompatibilità con il sistema processuale comunitario e riconoscimento quale legittimo rimedio a salvaguardia delle clausole di deroga alla giurisdizione*, in *Int'lis*, 2009, p. 130 ss.; nonché E. MERLIN, *Le anti suit injunctions e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario*, in *Int'lis*, 2004, p. 22; ID., *Proroghe pattizie e principio di «pari opportunità» nell'accertamento della competenza internazionale nel Reg. CE 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 971 ss.; ID., *Anti suit-injunctions» e ordine pubblico internazionale: un sorprendente arrêt della Corte di Cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1148 ss.; un tentativo di armonizzazione delle *antisuit injunction* con i principi del giusto processo, comunitariamente e convenzionalmente imposti, è stato di recente proposto da P. VINCIGUERRA, *Anti-suit Injunction, ECHR and Public Policy Defense*, in *Riv. dir. priv. int. proc.*, 3, 2025, p. 674 ss.

¹³⁵ Su cui v. il capillare lavoro di C.V. GIABARDO, *Aspetti distintivi del civil contempt of court nel processo civile angloamericano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2021, p. 795 ss., cui si rinvia per più ampi ragguagli bibliografici.

1-bis.¹³⁶ Viene però da chiedersi se a fronte di una clausola di proroga della giurisdizione a favore di un foro di uno degli Stati membri, di scelta del foro esclusivo o di deroga della giurisdizione del foro straniero, il giudice possa inibire di iniziare o di proseguire la medesima causa presso il foro estero, quando quest'ultimo sia *non conveniens* per il cittadino europeo o quando appaia altamente probabile che il giudice prevenuto non sospenderà il giudizio o non riconoscerà la sentenza emessa in Europa all'esito del giudizio preveniente. In disparte il complesso problema della natura giuridica di tali accordi¹³⁷, l'*antisuit injunction* potrebbe essere utilizzata per dare effettività alle clausole di *electio fori*¹³⁸. Ciò premesso dalla Rule 203 (2) potrebbe finanche trarsi l'idea per cui, quando non siano applicabili i Regolamenti europei o altri Trattati internazionali, i giudici degli Stati membri possano riconoscere (e a più forte ragione concedere) misure cautelari di protezione dei cittadini europei da iniziative giudiziarie presso fori che non garantiscono quel minimo di garanzie processuali compendiate negli artt. 6 CEDU e 47 Carta di Nizza, in violazione delle clausole di *electio fori*. Trattasi di prospettiva peraltro conforme alla generalissima idea veicolata dall'analisi economica del diritto per cui garantire una maggiore effettività alle clausole di *electio fori* evita perdite di efficienza¹³⁹: il dirottamento presso altre giurisdizioni del contenzioso con implicazioni transnazionali, al pari della contemporanea pendenza della medesima causa presso due distinti *fora*, disincentiva l'investimento nello Stato membro che non garantisce il reale rispetto della proroga della propria giurisdizione o della deroga del foro estero, diminuendo la competitività del sistema

¹³⁶ Cfr. Corte giust. 27 aprile 2004, *Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit Harada Ltd, Changepoint SA* in causa C-159/02, § 24; Corte giust. 10 febbraio 2009, *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, in causa C-185/07, § 30; Corte giust. 13 maggio 2015, *Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika*, in causa C-563/13, § 34 (in cui però i giudici del Lussemburgo hanno manifestato una certa apertura: cfr., in argomento, v. E. D'ALESSANDRO, *Volli, sempre volli, fortissimamente volli: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Gazprom*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 291 ss.; L. PENASA, *Il caso Gazprom: uno scontro transfrontaliero tra giudici statali e arbitri sullo sfondo della guerra per il prezzo del gas in Lituania*, in *Int'l Lis*, 2015, p. 142 ss.); Corte giust. 7 settembre 2023, *Charles Taylor Adjusting Ltd, FD v. Starlight Shipping Co., Overseas Marine Enterprises Inc*, in causa C-590/21, § 40.

¹³⁷ È sufficiente ricordare in questa sede che negli ordinamenti di *Common law* prevale l'idea per cui tali accordi abbiano una ibrida e che siano fonte di obbligazioni reciproche a carico dei paciscenti, la cui violazione può, per l'appunto, essere sanzionata attraverso l'*antisuit injunction*: v., per es., O. KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements: Some Reflections*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1977, p. 834 ss., ove si legge che «*the essential characteristic of a prorogatio fori is that it is a contract with an intended and necessary procedural effect, the effect intended and calculated to produce action or inaction on the part of public authority*» e che «*the prorogatio fori is intended to deploy its effect in the procedure of a court or of courts it has a procedural as well as a contractual element*»; A. BRIGGS, *The Impact of Recent Judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice*, in *Zeit. Schweiz. Recht*, 2005, p. 235 ss.; T. HARTLEY, *Choice of court agreements under the European and international instruments*, Oxford, 2013, p. 4 ss.; mentre sul Continente tende a prevalere l'opposta idea per cui avrebbero natura processuale: v., per es., L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. 572 ss.; M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, cit., p. 100; nonché l'ampio lavoro di L. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi. Natura e legge regolatrice*, Padova, 2012, p. 58 ss.

¹³⁸ Nello stesso senso, v. condivisibilmente P. VINCIGUERRA, *Anti-suit Injunction, ECHR and Public Policy Defense*, cit., p. 714.

¹³⁹ A. GIUSSANI, *Accelerazione del processo civile e garanzie dei diritti, qua li proposte? Quadro nazionale e profili comparati*, in *Riv. dir. proc.* 2015, p. 468 ss., ora in *Id.*, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, cit., p. 241 ss.

economico nazionale. Il complessivo aumento del volume del contenzioso derivante dall'estensione della giurisdizione del giudice nazionale è ampiamente compensato dai flussi di investimento che tale tipo di contenzioso attrae, siccome trattasi perlopiù di contenzioso industrialistico o in materia di impresa.

Pertanto, non sembra così avventato ipotizzare che il tema dell'*antisuit injunction* comunitaria sia destinato a nuovi sviluppi, anche alla luce delle linee di indirizzo ritraibili dalle *Rules*.

Guidomaria De Cesare
Dottore di ricerca - M.O.T.



FILIPPO NOCETO

Atti difensivi nelle *Model European Rules of Civil Procedure*. Struttura e funzione

Il presente lavoro esamina la disciplina delle *Model European Rules of Civil Procedure* relativa agli atti difensivi del giudizio di primo grado, con particolare attenzione alla loro dimensione funzionale e strutturale. Muovendo da un inquadramento delle principali tendenze emerse nel panorama comparatistico, l'analisi pone in luce il tentativo delle *Model Rules* di delineare una modulazione flessibile degli oneri allegatori e probatori connessi agli atti introduttivi, preordinata all'attuazione di un principio di proporzionalità processuale. L'indagine evidenzia altresì come in tale prospettiva assuma centrale rilievo la configurazione di doveri di leale collaborazione sia fra le parti e il giudice sia fra gli stessi difensori, con connesse sanzioni anche di natura etico-professionale. Brevi riflessioni critiche conducono a una sintetica conclusione sulle prospettive di recezione interna delle suggestioni offerte dalle *Model Rules*.

This paper examines the provisions of the *Model European Rules of Civil Procedure* regarding pleadings in first-instance proceedings, with a specific focus on their functional and structural dimensions. Drawing on the main trends emerging in the comparative landscape, the analysis highlights the *Model Rules*' attempt to delineate a flexible modulation of the burdens of allegation and proof, teleologically oriented toward the implementation of the principle of procedural proportionality. Furthermore, the study underscores the significance of the duties of loyal cooperation between parties and the court, as well as among legal counsel, which are subjects to sanctions, including ethical-professional ones. Brief critical reflections conclude the discussion, addressing the prospects for domestic reception of the insights offered by the *Model Rules*.

Sommario: 1. Profili d'indagine e influenze accolte nelle *Model Rules*. – 2. Modelli di collaborazione preprocessuale nella preparazione della controversia. – 3. Principi e requisiti generali degli atti difensivi. – 4. Margini di flessibilità dell'atto introduttivo del giudizio. – 5. Contenuti e modalità di adempimento degli oneri di contestazione del convenuto. – 6. Ulteriori atti difensivi finalizzati alla circoscrizione del *quod decidendum et probandum*. – 7. Brevi considerazioni conclusive in prospettiva di riforma.

1. Profili d'indagine e influenze accolte nelle *Model Rules*

Costituisce una circostanza diffusamente acquisita in dottrina che l'analisi della disciplina degli atti introduttivi del giudizio di primo grado offra un punto d'osservazione privilegiato, in

particolare in prospettiva comparatistica¹. Ciò dipende non tanto dal fatto che tale disciplina rappresenti una «quantità costante» di ogni normativa nazionale, quanto piuttosto dalla notevole varietà delle soluzioni e delle questioni cui essa dà luogo nei singoli ordinamenti processuali². Basti considerare al riguardo i profili di collegamento con le successive attività difensive finalizzate alla precisazione dell'oggetto della controversia, inevitabilmente destinati a influire sulla stessa fisionomia del processo³. Muovendo da tale premessa metodologica, non appare arbitrario accostarsi allo studio delle *Model European Rules of Civil Procedure* (MERCPC) con precipuo riferimento alle disposizioni concernenti la struttura e la funzione degli atti difensivi nel giudizio di primo grado⁴. Qualche ulteriore considerazione preliminare, sebbene

¹ Rilevanti conferme in tal senso possono rinvenirsi in A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa. Il modello statunitense*, Padova, 1991, p. 17 ss. e, più di recente, in S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018, p. 11 ss.

² Cfr. G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, in *Legge*, 1903, p. 2419 ss., ora anche in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, Roma, 1930, pp. 157 ss., spec. 159, da dove è tratta l'espressione riportata fra virgolette nel testo. Per alcuni classici e imprescindibili riferimenti nella dottrina italiana, si v., ad es., S. COSTA, *Domanda giudiziale*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1968, p. 161 ss.; S. SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 816 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1046 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., II, 1, Torino, 1989, pp. 1 ss., spec. 107 ss.; R. ORIANI, *Domanda giudiziale*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.; G. VERDE, *Domanda (principio della)*, ivi, p. 1 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 44 ss.; nonché, più di recente, G. DELLA PIETRA, *La patologia della domanda giudiziale*, Roma, 2012, *passim*; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, pp. 1 ss., spec. 363 ss.; *Id.*, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Milano, 2018, *passim*; D. VOLPINO, *Introduzione della causa*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2019, *passim*.

³ Si v., in proposito, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, B. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 11 ss.; V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, spec. p. 37 ss., nonché, in prospettiva storica, *Id.*, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815-1942*, Torino, 2017, *passim*; F. NOCETO, *Preparazione della causa nelle codificazioni liberali italiane e spagnole. Alle radici della modernità*, Genova, 2024, *passim*.

⁴ Il testo delle *Model European Rules*, al quale verrà fatto riferimento nel prosieguo, può leggersi in *ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, Oxford, 2021. Sulle finalità sottese all'elaborazione di tale corpus di regole modello, si v., oltre alle indicazioni che seguiranno in nota, P. PELLEGRINELLI, *European Rules of Civil Procedure. Analisi delle prime indicazioni dei principi e delle regole elaborati nei lavori delle Commissioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 633 ss.; R. STÜRNER, *Die neuen Model European Rules of Civil Procedure und ihre Grundlegung in der zeitgenössischen Prozessrechtsvergleichung*, in S. KUBIS, K.N. PEIFER, B. RAUE, M. STIEPER (Eds.), *Ius Vivum. Kunst, Internationales, Persönlichkeit. Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2022, p. 869 ss.; P. BIAVATI, *Il diritto dell'Unione europea e il processo civile. Brevi note per una messa a punto*, in *Processo civile e Costituzione. Omaggio a Nicolò Trocker*, a cura di A. Chizzini, D. Abraham, N. Andrews, C. Silvestri, R. Stürner e V. Varano, Milano, 2023, pp. 171 ss., spec. 178; E. SILVESTRI, *A Final Comment on the Future Evolution of Civil Procedure in Europe*, in F. GASCÓN INCHAUSTI, B. HESS (Eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonization?*, Cambridge, 2020, pp. 285-288; H. HAUKELAND FREDRIKSEN, M. STRANDBERG, *Impact of the ELI/UNIDROIT European Model Rules for Civil Procedure on National Law. The Case of Norway*, in *13 Civ. Proc. Rev.*, 2022, pp. 143 ss., spec. 143-147; X. KRAMER, *The ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure: Key Features and Prospects of Costs and Funding of Collective Redress*, in S. AMRANI-MEKKI, T. CLAY (Eds.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet*, Paris, 2023, pp. 823 ss., spec. 825-829; M. DE BENITO (Ed.), *Colloquies on European Civil Procedure. Exploring the ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure*, Leinden-Boston, 2025, p. 1 ss.; R. CAPONI, *The ELI-Unidroit Model Rules and Current or Prospective Reforms of Civil Procedure. Opening Remarks to panel V*, in *30 Unif. Law Rev.*, 2025, pp. 64 ss., spec. 66-67.

in parte scontata, appare nondimeno opportuna in relazione allo specifico ambito d'indagine prescelto.

Come ampiamente evidenziato in dottrina, nel panorama comparatistico non si riscontra una piena uniformità quanto alla configurazione dell'atto introduttivo del giudizio, sia sotto il profilo funzionale sia sotto quello strutturale. Semplificando fortemente, può dirsi tutto sommato comune in diversi ordinamenti che l'atto introduttivo assolva congiuntamente alla funzione di attivare la tutela giurisdizionale e di instaurare il contraddittorio nei confronti del convenuto. Per converso, risultano piuttosto eterogenee le modalità mediante cui tale atto concorre alla definizione del *quod decidendum et probandum*, esplicando altresì una funzione di preparazione della successiva trattazione e istruzione della controversia⁵. Sempre in linea generale, appare poi possibile rilevare come una più ampia connotazione funzionale dell'atto trovi riscontro in una corrispondente maggiore articolazione della sua struttura formale e contenutistica⁶.

In tale quadro, la riflessione comparatistica ha tradizionalmente contrapposto due modelli teorici: da un lato, quello generalmente riconducibile agli ordinamenti europeo-continentali, in specie di matrice germanica, contraddistinto da una più rigorosa configurazione degli oneri allegatori e probatori connessi all'atto introduttivo; dall'altro, quello ascrivibile al sistema delle *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)* statunitensi del 1938 e, solo in via alquanto gradata, al modello delle *Civil Procedure Rules (CPR)* inglesi del 1999⁷. Appare invero ancora oggi dotata di una significativa capacità descrittiva l'immagine di un paradigma processuale anglosassone nel quale la funzione essenzialmente informativa dell'atto introduttivo implica l'integrale posticipazione delle attività preparatorie nella successiva fase di *discovery*⁸. È, tuttavia, noto come una simile lettura risulti ormai da tempo non più pienamente rispondente né alla reale configurazione dei modelli processuali di riferimento né all'orientamento delle tendenze

⁵ Cfr., anche per ulteriori approfondimenti e rimandi bibliografici, A. DONDI, V. ANSANELLI e P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, 2ª ed., Milano, 2018, pp. 101 ss., 151 ss., nonché, nuovamente, S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, cit., p. 16 ss.

⁶ Per alcune considerazioni al riguardo, oltre che per indicazioni di carattere bibliografico, si v. F. NOCETO, *Percorsi di strutturazione degli atti difensivi nell'esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 971 ss.

⁷ Su tale schematica rappresentazione dicotomica, si v., criticamente, A. DONDI, V. ANSANELLI e P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., pp. 101 ss., spec. 101-105, oltre alle indicazioni contenute nella nota successiva.

⁸ Si v., in prospettiva critica, G. HAZARD, M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, p. 127 ss.; M. TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law". Aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2005, p. 345 ss.; A. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 161 ss.; ID., *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 434 ss., entrambi consultabili anche in ID., *Comparazione e riforme della giustizia civile. Una raccolta di scritti*, a cura di V. Ansanelli e P. Comoglio, Genova, 2024, pp. 307 ss. e 359 ss., nonché, più in generale, M. CAPPELLETTI, *Social and Political Aspects of Civil Procedure. Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*, in 69 *Mich. Law Rev.*, 1971, p. 847 ss.; V. VARANO, *Le riforme della giustizia civile nel quadro dell'evoluzione del rapporto civil law-common law*, in 8 *IJPL*, 2018, p. 253 ss.

evolutive in atto⁹. Basti qui richiamare le profonde innovazioni apportate, nell'ultimo ventennio, dalla giurisprudenza federale statunitense in tema di *standard* di ammissibilità dell'atto introduttivo, segnatamente sotto il profilo dell'adeguatezza del fondamento giuridico e fattuale della domanda¹⁰. In analoga prospettiva, può ricordarsi come con l'emanazione delle *CPR* inglesi del 1999 sia stata prevista la possibilità di anticipare talune attività di *disclosure* persino in una fase anteriore all'instaurazione del giudizio¹¹. Simili sviluppi sembrano segnalare la presenza, in entrambi i sistemi, di tendenze volte ad anticipare l'avvio delle attività di preparazione della controversia¹². Tendenze che si manifestano sia attraverso il rafforzamento degli oneri di allegazione introduttiva gravanti sull'attore, con corrispondenti riflessi sugli oneri di contestazione del convenuto, sia mediante la previsione di meccanismi di preventiva acquisizione di elementi fattuali e probatori prima del processo¹³. Su tale sfondo appare delinearsi un percorso di graduale avvicinamento fra gli ordinamenti della tradizione di *common law* e quelli europeo-continentali, dal quale sembrano avere origine le principali soluzioni adottate in materia dalle *Model European Rules of Civil Procedure*.

Nella medesima direzione sembrano del resto collocarsi alcune delle scelte di fondo compiute dallo *European Law Institute* e dall'*Unidroit* nell'elaborazione delle *Model Rules*. Ci si riferisce,

⁹ Cfr., *amplius*, V. ANSANELLI, *L'American Exceptionalism nella trasformazione della fase di preparazione della controversia*, in *Pol. dir.*, 2024, p. 291 ss.; ID., *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, cit., p. 89 ss.

¹⁰ Si v., anche per i necessari riferimenti alla vastissima dottrina statunitense in materia, A. DONDI, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, p. 529 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Recent Developments in US Case Law on Pleading Requirements in Civil Proceedings*, in 3 *Civ. Proc. Rev.*, 2011, p. 75 ss.; ID., *La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo (complaint)*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 141 ss.; ID., *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, cit., p. 200 ss.; E. SILVESTRI, *Diritto americano e codificazione del processo civile. Il contributo di David Dudley Field*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 439 ss., spec. 452-457; C. CAVALLINI, *Determination of the U.S. Pleading from the Civil Law Perspective*, in 21 *Wash. U. Global Studies L. Rev.*, 2022, p. 155 ss.

¹¹ Oltre alle indicazioni che seguiranno in nota, si v., spec., L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, p. 313 ss., nonché, più in generale, sul percorso di avvicinamento alle *Civil Procedure Rules* del 1999, E. SILVESTRI, *Prospettive di riforma della giustizia civile in Inghilterra*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 175 ss.; M. TARUFFO, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 324 ss.; J.I.H. JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, trad. it. di E. Silvestri, Bologna, 1995, spec. 233 ss.; J.A. JOLOWICZ, *The Woolf Report and the Adversary System*, in 15 *Civ. Just. Q.*, 1996, p. 198 ss.; C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 511 ss.; N. ANDREWS, *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, in 19 *Civ. Just. Q.*, 2000, 19 ss.; V. VARANO, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 763 ss.; P. COMOGLIO, *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo «update» delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 145 ss.

¹² Si v., *amplius*, S. DODSON, *The Changing Shape of Federal Civil Pretrial Practice: Comparative Convergences in Pleading Standards*, in 158 *U. Pa. L. Rev.*, 2010, p. 442 ss.; A. DONDI, V. ANSANELLI e P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., pp. 151-192, nonché, *amplius*, V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, cit., p. 89 ss.

¹³ Si v., più in generale, N. TROCKER, *Le riforme del processo civile in Europa. Il ravvicinamento dei sistemi*, in ID., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, pp. 307 ss., spec. 321; V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, cit., p. 340 ss.; A. NYLUND, *Oral Proceedings during the Preparatory Stage*, in 12 *IJPL*, 2022, pp. 57 ss., spec. 66-74; nonché, di recente, V. VARANO, *La convergenza dei sistemi processuali e la "Riforma Cartabia"*. *Minime osservazioni comparative*, in *Processo civile e Costituzione*, cit., pp. 741 ss., spec. 759-760.

in particolare, alla volontà dei *conditores* di porre alla base dei propri lavori il testo consolidato dei *Principles of Transnational Civil Procedure*, nella versione approvata congiuntamente dall'*American Law Institute* e dallo stesso *Unidroit* nel 2004¹⁴. Un'opera, quest'ultima, che persegue fra i propri obiettivi l'identificazione di un nucleo comune di principi generali per la risoluzione delle controversie transfrontaliere, pur declinati entro uno schema processuale di chiara impronta anglosassone¹⁵.

¹⁴ Sul nesso esistente fra i *Principles of Transnational Civil Procedure* e le *Model European Rules of Civil Procedure*, si v. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., Preamble 2, 10 e 11, pp. 2-4, nonché L. CADIET, *The ALI/UNIDROIT Project: From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure: Public Conference, opening session, 18 October 2013*, in 19 *Unif. L. Rev.*, 2014, pp. 292-294; D. WALLIS, *Introductory Remarks on the ELI/UNIDROIT Project*, ivi, pp. 173-175; G.C. HAZARD, *'Some Preliminary Observations on the Proposed ELI/UNIDROIT Civil Procedure Project in the Light of the Experience of the ALI/UNIDROIT project'*, ivi, pp. 176-178; X.E. KRAMER, *The Structure of Civil Proceedings and Why it Matters: Exploratory Observations on Future ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure*, ivi, pp. 218-238; R. STÜRNER, *Principles of European Civil Procedure or a European Model Code? Some Considerations on the Joint ELI/UNIDROIT Project*, ivi, pp. 322-328; e, *amplius*, S. DALLA BONTÀ, *ELI-UNIDROIT Project: From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, in 227 *Rev. proc.*, 2014, p. 463 ss.; B. HESS, *Unionsrechtliche Synthese: Mindeststandards und Verfahrensgrundsätze im acquis communautaire/Schlussfolgerungen für European Principles of Civil Procedure*, in M. WELLER, C. ALTHAMMER (Eds.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, Tübingen, 2015, p. 221 ss.; F. KOEHEL, *Harmonisation and Unification of Civil Procedural Law: Prospects for Future Development*, in 6 *IJPL*, 2016, p. 86 ss.; C.H. VAN RHEE, *Approximation of Civil Procedural Law in the European Union*, in B. HESS, X.E. KRAMER (Eds.), *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*, Baden-Baden, 2017, p. 63 ss.; J. SORABJI, *The ELI/UNIDROIT Project. An Introduction and an English Perspective*, in A. NYLUND, M. STRANDBERG (Eds.), *Civil Procedure and the Harmonisation of Law*, Oxford, 2019, pp. 35-60; W. HAU, *Europeanisation of Civil Procedure: Overcoming Follow-Up Fragmentation through Bottom-Up Harmonisation?*, ivi, pp. 61-75; X.E. KRAMER, *Strengthening civil justice cooperation: the quest for model rules and common minimum standards of Civil Procedure in Europe*, in H. ZANETI JR., M.A. DOS SANTOS RODRIGUES (Coords.), *Cooperação internacional, (Grandes Temas do Novo CPC 13)*, Salvador, 2019, p. 591 ss.; F. GASCÓN INCHAUSTI, *Las European Rules of Civil Procedure ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?*, in 13 *Cuad. Der. Transnac.*, 2021, p. 277 ss.

¹⁵ Il testo dei *Principles of Transnational Civil Procedure*, cui verrà fatto riferimento nel prosieguo, può leggersi in *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*, in *Unidroit* 2005, *Study LXXVI*, doc. 13, p. 1 ss., ove possono altresì consultarsi le relative *Rules of Transnational Civil Procedure*, p. 34 ss. Si v., fra i molti possibili riferimenti, G. HAZARD, M. TARUFFO, *Transnational Rules of Civil Procedure. Rules and Commentary*, in 30 *Cornell Int. L.J.*, 1997, 493-539; M. TARUFFO, *A Project Rules for Transnational Litigation*, in F. FERRARI (Ed.), *The Unification of International Commercial Law*, Baden-Baden, 1998, p. 189 ss.; G. HAZARD, M. TARUFFO, R. STÜRNER, A. GIDI, *Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, in 33 *Int. Law. & Pol.*, 2001, p. 769 ss.; H.P. GLENN, *The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?*, in 9 *Unif. Law. Rev.*, 2004, p. 829 ss.; R. STÜRNER, *Modellregeln für den Internationalen Zivilprozess?*, in 111 *ZZP*, 1999, p. 185 ss.; *Id.*, *Some Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT*, in 34 *Int. Lawyer*, 2000, p. 1071 ss.; *Id.*, *The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, in 69 *RechtsZ*, 2005, pp. 201-254; *Id.*, *The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure and Their Influence on Future Private Enforcement of European Competition Law*, in J. WALKER, O.G. CHASE (Eds.), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Markham, 2010, pp. 421-436; *Id.*, *Die «Principles of Transnational Civil Procedure» am Anfang einer Wirkungsgeschichte?*, in 20 *ZZPInt.*, 2015, pp. 409-428; nonché, più in generale, M. TARUFFO, *Harmonization in a Global Context: The ALI/UNIDROIT Principles*, in X.E. KRAMER, C.H. VAN RHEE (Eds.), *Civil Litigation in a Globalizing World*, The Hague, 2012, pp. 207-219. Con riguardo al celebre precedente storico, rappresentato dal cosiddetto Progetto Storme del 1994, si v. M. STORME (Ed.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, 1994, nonché, criticamente, H. ROTH, *Die Vorschläge der Kommission für ein europäisches Zivilprozeßgesetzbuch. Das Erkenntnisverfahren*, in 109 *ZZP*, 1996, pp. 271-313; E. SCHILKEN, *Die Vorschläge der Kommission für ein europäisches Zivilprozeßgesetzbuch. Einstweiliger und summarischer Rechtsschutz und Vollstreckung*, ivi, pp. 315-336. Sulla visione sottesa a tale pionieristico progetto, si v., più in

Appare in effetti agevole ravvisare una sostanziale continuità delle *Model Rules* con l'architettura del processo delineata nei *Principles of Transnational Civil Procedure* e coerentemente trasfusa nel relativo apparato di regole modello. In particolare, il paradigma processuale disegnato dalle *Model Rules* ripropone una struttura trifasica, nella quale allo scambio degli atti introduttivi seguono le attività di trattazione e preparazione della causa, in vista dell'udienza dibattimentale destinata all'assunzione delle prove e alla decisione della controversia¹⁶. In linea con la tradizione di *common law*, la fase propriamente introduttiva viene quindi seguita da una fase predibattimentale, nel cui ambito trovano spazio anche meccanismi di *discovery*. Come peraltro evidenziato dalla stessa dottrina coinvolta nella stesura delle *Model Rules*, tali caratteristiche distintive risultano in parte attenuate dall'innesto di soluzioni variamente riconducibili a modelli normativi europeo-continentali, *in primis* quello della *Zivilprozessordnung* tedesca. Soluzioni tutte idealmente orientate a scandire un più stringente e rapido dispiegarsi delle attività finalizzate alla determinazione del *thema decidendum et probandum*¹⁷.

La non univoca derivazione delle influenze comparatistiche appare d'altronde confermata dall'articolazione sistematica delle *Model Rules*. Per limitarsi ad alcuni riscontri, la *Part V* risulta formalmente dedicata alle attività preparatorie dell'udienza dibattimentale, pur disciplinando al suo interno anche lo svolgimento di detta udienza, diversamente da quanto accade, ad esempio, nelle *Federal Rules* statunitensi, ove al *trial* è riservato un apposito titolo (*Title VI FRCP*). Per converso, in modo ancor più emblematico, la titolazione della *Part IV* delle *Model Rules* risulta esclusivamente riferita al «*commencement of proceedings*». Si tratta di una denominazione per certi versi coerente con l'adozione di un sistema di atti introduttivi fortemente ispirato all'archetipo anglosassone dei *pleadings*, con la conseguente previsione di scritti di modifica e/o integrazione degli stessi, secondo una prospettiva di progressiva delimitazione dell'oggetto della controversia (*Rule 23 MERCP*). Tuttavia, pur a fronte di una

generale, M. STORME, *The Coming Together of Procedural Laws in Europe*, in ID. (Ed.), *Procedural Laws in Europe: Towards Harmonization*, Antwerpen, 2003, p. 7 ss.; ID., *A Single Civil Procedure for Europe: A Cathedral Builders' Dream*, in 22 *Ritsumei Law Rev.*, 2005, p. 87 ss., nonché già ID., *Perorazione per un diritto giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 293 ss.; e, nella dottrina italiana dell'epoca, anche per più ampie considerazioni, G. TARZIA, *L'Europa del 1993 e il processo civile*, in *Rend. Ist. Lomb. Cl. Sci. Lett.*, Milano, 1991, p. 79 ss.; ID., *Modelli europei per un processo civile uniforme*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 947 ss.; F. CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 573 ss.; E. FAZZALARI, *Per un processo europeo*, in *Foro it.*, 1994, p. 23 ss.

¹⁶ Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., *Preamble* 26, p. 9, nonché *Principle 9, Principles of Transnational Civil Procedure*, cit., pp. 18-19. Per un parallelismo con le innovazioni introdotte nella disciplina del processo ordinario di cognizione dalla c.d. riforma Cartabia, C. SILVESTRI, *La formazione del diritto processuale europeo. Gli insegnamenti di Nicolò Trocker*, in *Processo civile e Costituzione*, cit., pp. 55 ss., spec. 73-78; V. VARANO, *Tutela dei diritti e metodo della comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, pp. 794 ss., spec. 800-806.

¹⁷ Cfr., spec., R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, in 86 *RechtsZ*, 2022, pp. 421 ss., spec. 438-440; R. CAPONI, *Processo di cognizione. Modelli Europei, regole Eli-Unidroit, riforma italiana del 2022*, in *Processo civile e Costituzione*, cit., pp. 257 ss., spec. 262 ss.

titolazione incentrata sull'introduzione della causa, nella *Part IV* non si disciplinano soltanto gli atti introduttivi delle parti, bensì anche i presupposti di ammissibilità e i requisiti di forma e di contenuto degli ulteriori atti difensivi deputati alla preparazione del dibattimento/*trial*¹⁸. Come subito si passerà a illustrare, nella medesima *sedes* risultano collocate anche le disposizioni concernenti la cosiddetta *pre-action phase*. Un istituto, in larga misura ispirato all'esperienza delle *CPR* inglesi, assimilabile a una sorta di fase pregiudiziale destinata alla chiarificazione del fondamento fattuale e giuridico della controversia prima della (eventuale) instaurazione del giudizio¹⁹. Per altro verso, nuovamente sulla scorta della tradizione di *common law* (*Title II FRCP*), taluni requisiti di forma e di contenuto dell'atto introduttivo relativi alla *vocatio in ius* risultano disciplinati nella *Part VI*, dedicata alla notificazione e comunicazione degli atti processuali.

In coerenza con le premesse metodologiche sin qui delineate e secondo una scansione in parte aderente all'impianto sistematico delle *Model Rules*, l'analisi si concentrerà dapprima sugli obblighi di collaborazione posti in capo alle parti nella *pre-action phase*, con particolare attenzione ai profili di raccordo con la configurazione degli oneri allegatori e probatori connessi agli atti introduttivi (§ 2). Si passerà quindi all'esame delle disposizioni attinenti alla connotazione funzionale e strutturale degli scritti difensivi iniziali (§ 3), soffermandosi su quelle soluzioni tecniche che testimoniano lo sforzo di combinare, in modo originale, elementi delle tradizioni di *common law* e di *civil law* (§§ 4-5). Nella medesima prospettiva saranno altresì analizzate le regole dirette a circoscrivere la disponibilità dell'oggetto della controversia da parte dei litiganti, con specifico riguardo alle memorie di integrazione o di modifica degli atti introduttivi (§ 6). L'indagine così condotta consentirà, in chiusura, di avanzare alcune sintetiche considerazioni circa l'assetto delle *Model European Rules* e le potenziali implicazioni nell'ottica di un'eventuale riforma della disciplina processuale italiana (§ 7).

2. Modelli di collaborazione preprocessuale nella preparazione della controversia

Come si è anticipato, nell'ambito della *Part IV* delle *Model Rules* vengono disciplinati aspetti ulteriori rispetto a quelli propriamente inerenti alle modalità di introduzione della controversia. L'eterogeneità delle disposizioni ivi raccolte appare talvolta manifesta già in relazione al loro contenuto. È questo il caso, ad esempio, della *Rule 56*, nella quale per così dire coesistono due distinte ipotesi di estinzione del processo. Si tratta, per un verso, della rinuncia agli atti («*withdrawal of the claim*»), solitamente contrapposta alla rinuncia all'azione («*waiver of an action*») in quanto effettuata «*without prejudice*» rispetto alla facoltà di riproposizione della domanda (*Rule 56(1) MERC*); e, per altro verso, della cosiddetta

¹⁸ Si v., ad es., F. GASCÓN INCHAUSTI, G. SCHUMANN BARRAGÁN, *The rules on lis pendens and on res judicata in the ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, in *Ius Dictum*, 2021, 5, pp. 15 ss., spec. 17.

¹⁹ Cfr., spec., R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, pp. 717 ss., spec. 746-747, nonché *infra* per ulteriori rimandi bibliografici.

cessazione della materia del contendere conseguente al riconoscimento della fondatezza della pretesa avversaria (*Rule 56(2) MERCP*)²⁰.

Ad ogni modo, particolarmente significativa appare la circostanza che la *Part IV* si apra con l'enunciazione di un'articolata serie di oneri espressamente qualificati come «*procedural duties*», sebbene gravanti sulle parti in una fase anteriore all'effettiva instaurazione del giudizio. Come già segnalato, tali disposizioni risultano chiaramente ispirate al modello inglese dei «*pre-action protocols*», mirando ad attuare i valori cardine della cooperazione (*Rule 2-3 MERCP*) e della proporzionalità processuale (*Rule 6 MERCP*) sin dalla fase precontenziosa²¹. Segnatamente, la disciplina in discorso appare orientata al perseguimento di una duplice finalità gradata: *in primis*, favorire una soluzione consensuale della lite e, in subordine, assicurarne una virtualmente più rapida ed efficiente composizione in sede giurisdizionale (*Rule 51(1) MERCP*)²².

²⁰ Come segnalato nel testo, la *Rule 56 MERCP* disciplina sia il «*withdrawal*» sia la «*admission of the claim*». Tali istituti risultano essenzialmente assimilabili, in chiave italiana, alla rinuncia agli atti e al riconoscimento della pretesa avversaria, cui notoriamente consegue l'estinzione del processo. Con riguardo al «*withdrawal of the claim*», le *Model Rules* configurano una facoltà di rinuncia, totale o parziale, il cui esercizio risulta liberamente realizzabile in via unilaterale solo sino alla celebrazione della prima udienza, essendo altrimenti subordinato al consenso delle altre parti (così, analogamente, *Principle 10.5* e il relativo commento *P-10E*, in *Principles of Transnational Civil Procedure*, cit., p. 20). Al ricorrere di tali presupposti, la rinuncia non implica alcun effetto sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio (e, quindi, sul relativo diritto d'azione), fermo restando l'obbligo di rimborso delle spese sostenute dalle altre parti. Per converso, l'eventuale riconoscimento integrale o parziale della pretesa avversaria determina effetti riconducibili alla cosiddetta cessazione della materia del contendere, salva la facoltà della parte beneficiata di insistere comunque per la definizione della controversia nel merito. Sulle condivisibili ragioni alla base della scelta delle *Model Rules* di non delineare una disciplina esaustiva delle diverse possibili cause di estinzione del processo, si v. *Rule 21(2) MERCP*, *Cmt. 4*, cit., p. 59. Per un più ampio commento delle disposizioni contenute nella *Rule 56 MERCP*, si v., spec., E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents (Rules 51-60)*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI (Eds.), *European Rules of Civil Procedure. A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Cheltenham, 2023, pp. 193-195.

²¹ Cfr., *amplius*, L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, *General Principles: Co-operation and Proportionality*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI (Eds.), *European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 35 ss., nonché, in particolare, S. DALLA BONTÀ, *La funzione sociale dell'avvocato*, in *Etica e giust.*, 2025, pp. 89 ss., spec. 106-111.

²² Si v., al riguardo, anche per il rilievo dell'influenza della disciplina in tema di *pre-action protocols* introdotta dalle *Civil Procedure Rules* inglesi del 1999 (*SI 1998/3132*), C.H. VAN RHEE, *Case Management and Co-operation in the Model European Rules of Civil Procedure*, in *9 J. Int'l & Comp. L.*, 2022, pp. 1 ss., 7; R. CAPONI, *Processo civile, modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Quest. giust.*, 2023, I, pp. 30 ss., spec. 44-45, nonché, per un più ampia disamina della *Rule 51 MERCP*, E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., pp. 180-185, spec. 182. Per ulteriori approfondimenti, anche di carattere bibliografico, si v., nella dottrina italiana, L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese. Principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 1353 ss., spec. 1372-1375; Id., *Modelli di tutela dei diritti*, cit. p. 313 ss.; Id., *Processo civile inglese*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, pp. 960 ss., spec. 976-977; R. DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di L. Lanfranchi e A. Carratta, Torino, 2005, p. 541 ss.; B. ZUFFI, *La disclosure inglese. Aspetti comparatistici e transnazionali*, in *1 Int'l Lis*, 2006/2007, pp. 35 ss., spec. 38-39; A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., pp. 110 ss., 172 ss.; nonché, nella dottrina inglese, *ex plurimis*, H. WOOLF, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, 1996, ch. 10, spec. §§ 1-8; N. ANDREWS, *The Modern Civil Process. Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tübingen, 2008, p. 98 ss.; Id., *Andrews on Civil Processes*, 2ª ed., Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, p. 52 ss.; e, anche con riguardo alla più recente introduzione di nuovi *pre-action protocols*

Non sembra peraltro azzardato osservare come lo specifico contenuto degli oneri preprocessuali delle parti tenda a riflettere un diverso – e forse più pragmatico – ordine di priorità²³. È in effetti possibile rilevare come sia innanzitutto l'obiettivo di promuovere una gestione efficace e proporzionata delle risorse processuali a giustificare la previsione di oneri sostanzialmente diretti ad anticipare ed esternalizzare attività funzionali alla preparazione della controversia. A titolo esemplificativo, fra le diverse forme di collaborazione preprocessuale contemplate dalle *Model Rules* si annoverano la reciproca comunicazione dell'oggetto delle domande e delle difese, corredata dalla sintetica esposizione delle rispettive argomentazioni in fatto e in diritto, nonché dall'indicazione dei mezzi di prova rilevanti (*Rule 51(2) MERCP*)²⁴.

L'assolvimento di tali oneri non appare tuttavia affatto finalizzato in via esclusiva a consentire alle parti una più compiuta e consapevole valutazione dei rischi connessi al ricorso alla tutela giurisdizionale²⁵. Basti considerare che le informazioni acquisite nella fase di *pre-action* non sono coperte da alcun obbligo di riservatezza, come invece accadrebbe qualora si intendesse privilegiare prioritariamente un obiettivo di risoluzione consensuale della lite²⁶. La fisiologica

per le controversie minori (*Civil Procedure Rules, Practice Direction - Pre-Action Conduct and Protocols, Protocols in force*, § 18), A. ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure*, 4^a ed., London, 2021, p. 283 ss.; L. MACGREGOR, C. PEACEY, G. RIDSDALE, *Civil Litigation*, 15^a ed., Oxford, 2022, p. 112 ss.; A. MORGAN, *Reform of Pre-action Protocols*, in 165 *Solicitors Journal*, 2022, p. 54 ss.; V. MC CLOUD, *Pre-Action Protocols and Pre-Action Dispute Resolution Process: Horizons Near and Far*, in 4 *Amicus Curiae*, 2023, pp. 344 ss., spec. 356-360.

²³ Si v., del resto, quanto osservato dallo stesso H. WOOLF, *Access to Justice*, cit., cap. 10, §§ 5-6, nonché le previsioni contenute in *Civil Procedure Rules, Practice Direction - Pre-Action Conduct and Protocols, Objectives of pre-action conduct and protocols*, § 3.

²⁴ Cfr., ad es., F. GASCÓN INCHAUSTI, *The Approach of the Model Rules to Access to Information and Evidence*, in 30 *Unif. L. Rev.*, 2025, pp. 33 ss., spec. 34, 38 e 43, nonché, *amplius*, R. STÜRNER, *The Eli/Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, cit., pp. 449-450.

²⁵ Si v., in senso parzialmente analogo, E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., pp. 182-183, 185, nonché, *amplius*, D. CASTAGNO, *Il case management giudiziale nelle ELI/UNIDROIT Model Rules tra cooperazione, proporzionalità e metodi (non più) alternativi di risoluzione delle controversie. Verso una riforma di principi?*, forthcoming in *DPCeC online* 2026.

²⁶ Per alcune considerazioni al riguardo, oltre che per ulteriore bibliografia italiana e straniera, si v., ad es., F.P. LUISO, *Il modello italiano di mediazione. Il «giusto» procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 213 ss., spec. 213-215; D. DALFINO, *La «nuova» mediazione in materia civile e commerciale nel contesto delle ADR*, in *Giust. proc. civ.*, 2011, pp. 113 ss., spec. 121-122; ID., *Verso una giustizia (non solo più alternativa, ma soprattutto) «complementare»*, in *La nuova «giustizia complementare»*, a cura di D. Dalfino, Città di Castello, 2023, pp. VII-III; C. BURGHERLONI, *I metodi di risoluzione delle controversie*, in C. BUGHERLONI, F. CUOMO ULLOA, P. DELLA VEDOVA, P. VENTURA, *Procedimento e metodi per la composizione dei conflitti*, Bologna, 2018, p. 10 ss.; M.A. LUPOI, *Una sottile linea tra libertà e imposizione. La mediazione in materia civile e commerciale in Italia*, in A. SIMONS, A. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A. PÉREZ RAGONE, P.H. DOS SANTOS LUCON (Coords.), *Estudios em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, 2020, pp. 910 ss., spec. 922-923; S. DALLA BONTÀ, *Mediation: A Sleeping Beauty. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*, in *Giust. cons.*, 2023, pp. 251 ss., spec. 271-274; R. TISCINI, *Il ruolo del giudice degli avvocati nella gestione delle controversie. I. Giudici avvocati tra giustizia complementare e processo civile inclusivo*, in *Giust. proc. civ.*, 2024, pp. 69 ss., spec. 74-75. Con riguardo alla complessa individuazione del novero delle informazioni coperte da riservatezza («*privilege*») nelle procedure di cui ai *pre-action protocols*, si v., anche per i necessari

destinazione di tali informazioni a confluire nel successivo – ancorché eventuale – giudizio di merito trova conferma, da un lato, nella previsione della possibilità dell'attore di replicare, nel proprio atto introduttivo, alle argomentazioni difensive svolte dalla controparte in fase di *pre-action* (Rule 53(6) *MERCP*) e, dall'altro, nella regola generale che consente al giudice di sanzionare la violazione degli oneri di *disclosure* preprocessuale in sede di liquidazione delle spese di lite (Rule 241(2) *MERCP*)²⁷.

Oltre alle attività funzionali a una preventiva delimitazione del *quod decidendum et probandum*, nella *pre-action phase* dovrebbe potersi riservare spazio anche a eventuali accordi fra le parti in ordine alla giurisdizione, alla legge applicabile e ad altre questioni di natura processuale, inclusa la definizione di un possibile calendario del processo (Rule 51(3) *MERCP*)²⁸.

Per quanto qui specificamente interessa, occorre altresì rilevare come il complesso delle attività realizzabili dalle parti in fase preprocessuale possa sfociare, in determinati casi, in una «*joint application for party-agreed proceedings*», la cui disciplina è collocata in un'apposita sezione della *Part IV* delle *Model Rules*²⁹. Si tratta, in particolare, di una richiesta mediante la quale le parti devolvono all'autorità giurisdizionale la soluzione di una o più questioni controverse, concordemente predeterminate sia nel loro oggetto sia nel loro substrato giuridico e fattuale. L'istituto ripropone in sostanza il modello offerto dalla cosiddetta «*procédure par requête conjointe*» (art. 57 *c.p.c.*), notoriamente configurata dalla normativa processuale francese quale possibile forma di composizione di un ampio ventaglio di controversie (artt. 750, 818 *c.p.c.*), ivi compresa la materia commerciale (art. 854 *c.p.c.*)³⁰. La

riferimenti all'elaborazione giurisprudenziale inglese, C. PAMPLIN, *Full Disclosure?*, in 162 *NLJ*, 2012, pp. 142-143; T. GUISE, *The Pre-Action Protocols: Hard Pruning*, in 165 *Solic. J.*, 2022, pp. 20-21; B. THANKI (Ed.), *The Law of Privilege*, 4ª ed., Oxford, 2025, p. 328.

²⁷ Sulla facoltà dell'attore di contestare direttamente nel proprio atto introduttivo le allegazioni realizzate dalla controparte in fase di *pre-action*, si v. Rule 53(6) *MERCP*, *Cmt.* 12, cit., p. 102, nonché, già, C.H. VAN RHEE, *Towards Harmonised European Rules of Civil Procedure: Obligations of the Judge, the Parties and their Lawyers*, in 6 *Access Just. E. Eur.*, 2020, pp. 6 ss., spec. 21. Con riferimento al potere/dovere del giudice di sanzionare eventuali violazioni dei doveri di collaborazione preprocessuale posti a carico delle parti, si v., invece, Rule 51 *MERCP*, *Cmts.* 3 e 5, cit., p. 97, nonché Rule 241 *MERCP*, *Cmts.* 2, 4 e 5, cit. pp. 275-276. Soluzioni analoghe si rinvencono nella disciplina processuale inglese e, segnatamente, nella *Civil Procedure Rules, Practice Direction - Pre-Action Conduct and Protocols, Compliance with this Practice Direction and the Protocols*, § 15.

²⁸ Con specifico riguardo alla facoltà delle parti di individuare la legge applicabile alla controversia, con effetti vincolanti per l'organo giudicante adito, si v. Rule 26(3) *MERCP* e i relativi *Cmts.* 5-7, pp. 71-72. Con riferimento invece al potere/dovere del giudice di modificare e derogare il calendario delle attività processuali eventualmente concordato fra le parti anteriormente all'instaurazione della controversia, si v., spec., Rule 61(3) *MERCP* e corrispondente *Cmt.* 4, p. 110. Per una disamina delle soluzioni racchiuse nella Rule 53(3) *MERCP*, si v., altresì, F. GASCÓN INCHAUSTI, *The European Rules of Civil Procedure: Starting Point for Civil Procedure Harmonisation?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, 13, p. 288.

²⁹ Per un commento delle relative disposizioni, nonché per ulteriori rimandi bibliografici, si v., ancora, E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., pp. 197-199.

³⁰ Per il rilievo di una sostanziale affinità con l'istituto francese della cosiddetta «*procédure par requête conjointe*», si v. Rule 57, *Cmt.* 2, cit., p. 107. Per qualche minimo riferimento alla dottrina francese, nonché alle più recenti prospettive di riforma dell'istituto, si v., ad es., M. REVERCHON-BILLOT, *Sauvons la requête conjointe!*, in *Sem. Jur.*, n. 17, 29 avril 2019, p. 831 ss.; *Id.*,

corretta instaurazione di tale procedimento richiede la proposizione di una domanda, nella quale devono essere fondamentalmente indicati i medesimi elementi acquisibili dalle parti tramite il reciproco adempimento degli oneri di *disclosure* preprocessuale poc'anzi illustrati (*Rule 57(1)-(3) MERC*)³¹. Un'analoga corrispondenza si coglie anche con riguardo al contenuto degli accordi delle parti volti alla preventiva definizione di profili e questioni prettamente processuali (*Rule 58 MERC*), il cui testo deve essere integralmente accluso alla richiesta congiunta di giudizio (*Rule 26(3) MERC*).

Un'ultima annotazione appare opportuna in chiusura di questa sintetica disamina degli strumenti di collaborazione preprocessuale previsti dalle *Model Rules* ai fini di una preliminare circoscrizione degli elementi fattuali, giuridici e finanche probatori della controversia. Sembra infatti interessante osservare come la centralità attribuita all'accordo delle parti nell'ambito della «*joint application for party-agreed proceedings*» tenda a ridursi significativamente con riferimento alle possibilità di modifica e/o di integrazione della richiesta congiunta di giudizio (*Rule 59 MERC*). Nonostante la peculiare natura consensuale di tale procedimento, le disposizioni in materia si limitano essenzialmente a riproporre le regole generali sugli «*amendments to pleadings*» (*Rule 55 MERC*), subordinando la facoltà delle parti di ampliare concordemente il *thema decidendum et probandum* ai medesimi presupposti previsti per la modificazione degli atti introduttivi nel contesto del processo contenzioso ordinario (§ 6). Ciò comporta, come meglio si vedrà dinanzi, che tale facoltà possa essere validamente esercitata non solo in presenza di ragioni oggettivamente idonee a giustificare un ampliamento dell'oggetto della controversia o del perimetro dell'indagine istruttoria, ma anche in considerazione della valutazione del giudice circa l'assenza di un pregiudizio irragionevole per la durata del procedimento (*Rule 59(1) MERC*). Una valutazione che, qualora risultasse negativa, lascerebbe alle parti l'alternativa fra proseguire comunque il giudizio secondo l'originaria configurazione della «*joint application*», oppure rinunciare alla richiesta congiunta, con conseguente estinzione del processo (*Rule 60 MERC*)³².

3. Principi e requisiti generali degli atti difensivi

Passando a esaminare la disciplina dedicata agli atti introduttivi, giova segnalare come la relativa sezione delle *Model Rules* si apra con il richiamo ad alcuni principi fondamentali del processo. In particolare, vengono in rilievo, per verso, il principio della domanda, nella sua accezione statica del *ne procedat iudex ex officio*; e, per altro verso, il principio del contraddittorio, inteso quale necessaria osservanza delle regole in tema di notificazione

Cap sur la requête conjointe!, in *Sem. Jur.*, n. 36, 31 août 2020, p. 1480 ss.; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 12^a ed., Paris, 2023, p. 536 ss.

³¹ Per ulteriori considerazioni a riguardo, si v., spec., R. CAPONI, *Processo di cognizione. Modelli Europei, regole Eli-Unidroit, riforma italiana del 2022*, cit., pp. 267-268.

³² Cfr., in proposito, *Rule 60 MERC*, *Cmt.* 1, cit., p. 108.

dell'atto introduttivo (*Rule 52 MERC*P). Potrebbe forse sorprendere rinvenire un rimando così schematico a elementi portanti della moderna concezione del processo, giacché vengono in tal modo ribaditi corollari già compiutamente enunciati sia nella *Part I*, riservata alle «*general provisions*» sul modello del Libro I del c.p.c. francese, sia nei *Principles of Transnational Civil Procedure*, espressamente recepiti nelle stesse *Model Rules*³³. Tale caratteristica, pur potenzialmente foriera di qualche ridondanza, riflette una scelta consapevole dei *conditores*, essenzialmente intesa a garantire che ciascuna sezione delle *Model Rules* possa offrire ai legislatori nazionali un solido parametro di riferimento per la revisione delle rispettive normative processuali³⁴. In detta prospettiva appare dunque opportuno accostarsi alla disamina dei requisiti di forma e di contenuto degli atti introduttivi, prendendo le mosse dalle disposizioni generali applicabili anche ai restanti scritti difensivi.

Invero, a dispetto della già rilevata impronta anglosassone delle norme relative agli atti introduttivi, le *Model Rules* non dettano prescrizioni particolarmente analitiche in ordine alla strutturazione formale degli atti difensivi. Basti segnalare come l'unica regola di portata generale in materia si limiti a richiedere l'osservanza della forma scritta (*Rule 18(1) MERC*P), ferma restando la facoltà del giudice di ordinare alle parti di esporre oralmente le proprie argomentazioni in sede d'udienza (*Rule 18(2) MERC*P)³⁵. Ulteriori indicazioni di carattere generale possono nondimeno ricavarsi dall'analisi della disciplina dell'atto introduttivo del

³³ Si v., rispettivamente, *Rule 11 MERC*P, *Cmt.* 3, cit., p. 40, con riguardo alla codificazione del «*right to be heard*», e *Rule 21 MERC*P, *Cmt.* 2, cit., p. 59, con riferimento al principio dell'impulso di parte. Disposizioni, queste, da leggersi in combinato coi corrispondenti *Principle 5*, *Cmt.* P-5A, cit., p. 16, e *Principle 10*, *Cmt.* P-10A, cit., p. 19. Per l'esplicito riconoscimento dell'influenza esplicita dalla sistematica del *Code de procédure civile* francese, si v. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., *Preamble* 19, pp. 6-7.

³⁴ La relativa autonomia delle singole *Parts* delle *Model European Rules* rappresenta un tratto strutturale coerente con la particolare natura dell'opera in questione, in grado di differenziarla rispetto ai canoni di una codificazione in senso proprio, ancorché realizzata in una prospettiva di modellizzazione. Si pensi, a tale ultimo riguardo, al *Código procesal civil modelo para Iberoamérica* del 1988, sul quale v., nella medesima linea ricostruttiva appena proposta, M. TARUFFO, *Dimensione transnazionale delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 1051 ss., spec. 1061. Cfr., altresì, *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., *Preamble* 12, pp. 4-5 e *Preamble* 20, p. 7, nonché, *amplius*, F. GASCÓN INCHAUSTI, V. SMITH, A. STADLER, *Rule 1 (Introduction and Scope)*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI, (Eds.), *European Rules of Civil Procedure*, cit., pp. 7-8. Per ulteriori considerazioni a riguardo, nonché per alcune riflessioni critiche sulla nota Risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme minime comuni di procedura civile nell'Unione europea (2015/2084(INL)), in *Gazz. Uff. UE* C 334/39, 19 sett. 2018, si v., ad es., F. GASCÓN INCHAUSTI, *The 2017 Directive Proposal on Common Minimum Standards of Civil Procedure in the European Union*, in *The Future of the European Law of Civil Procedure*, cit., pp. 241-264 e, ivi, V. RICHARD, *The 2017 Proposal of the European Parliament on Common Minimum Standards of Civil Procedure*, pp. 265-284; E. SILVESTRI, *Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission*, in 1 *Russ. L.J.*, 2013, p. 46 ss.; F. AULETTA, *Verso il Codice di procedura civile eurounitario?*, in *Judicium online*, 13 marzo 2017; P. BIAVATI, *L'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa. Una messa a punto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, pp. 769 ss., spec. 771.

³⁵ Si v., *amplius*, *Rule 18 MERC*P, *Cmt.* 3, cit., pp. 52-53, ove, pur riconoscendosi che l'introduzione di spazi di oralità possa accrescere alla flessibilità del procedimento e concorrere così all'attuazione del canone di proporzionalità, si ribadisce il carattere essenzialmente eccezionale delle deroghe alla trattazione della causa in forma scritta.

giudizio, la quale risulta comprensibilmente concepita per adattarsi anche ai contenuti, in genere meno articolati, degli altri scritti difensivi.

In effetti, rinvii più o meno settoriali a tale disciplina si riscontrano tanto con riguardo alla comparsa di risposta del convenuto e alla domanda riconvenzionale (*Rule 54 MERC*), quanto relativamente alle memorie di modifica o di integrazione degli atti introduttivi (*Rule 68(2) MERC*). Simili richiami normativi devono peraltro essere coordinati con la distinzione fra requisiti minimi e requisiti addizionali fissata dalle norme relative all'atto introduttivo del giudizio, ma dotata di piena valenza e applicazione sistematica.

Sotto un profilo teorico-dogmatico, i requisiti minimi possono essere intesi come i contenuti normalmente obbligatori per ogni atto processuale, salvo diverse o più specifiche disposizioni. A titolo esemplificativo, rientrano in tale contesto sia le indicazioni solitamente incluse nell'intestazione dell'atto, quali l'individuazione dell'organo giudiziario adito e delle parti in causa (*Rule 69 MERC*), sia gli elementi tipicamente riconducibili alla parte narrativa o espositiva dello scritto, come l'illustrazione delle argomentazioni in fatto e in diritto (*Rule 53(1) MERC*). Un siffatto nucleo comune, assimilabile a quello definito dall'art. 125 c.p.c. italiano, trova compiuta implementazione nei requisiti addizionali analiticamente previsti per l'atto introduttivo del giudizio (*Rule 53(2) MERC*), sebbene in diversa misura applicabili anche agli altri scritti difensivi in virtù del predetto complesso di richiami normativi³⁶. Dall'esame della disciplina dell'atto introduttivo emerge inoltre come i requisiti minimi designino, nel loro insieme, gli elementi contenutistici ritenuti essenziali al conseguimento dello scopo obiettivo dell'atto. Nel medesimo senso depongono le disposizioni in tema di notificazione, ove l'esplicito richiamo al «*minimum content*» dell'atto (*Rule 68 MERC*) si correla alla puntuale enunciazione dei requisiti essenziali inerenti alla *vocatio in ius* del convenuto (*Rule 69 MERC*)³⁷.

Il complesso di tali coordinate ermeneutiche consente di ipotizzare, *a contrario*, che il difetto dei requisiti addizionali comporti conseguenze diverse, non necessariamente incidenti sull'idoneità dell'atto al conseguimento dello scopo cui è preordinato. Una conferma di tale assunto si ricava dall'interpretazione sistematica della disciplina dell'atto introduttivo e delle norme in tema di «*amendments to pleadings*», le quali riconoscono al solo giudice – e non

³⁶ Per alcuni riferimenti sulla portata sistematica dell'art. 125 c.p.c., si v., ad es., E. REDENTI, *Atti processuali civili*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 105 ss., spec. 111-112; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, 3ª ed., Napoli, 1957, 356; B. CORMIO, *Degli atti in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., I, 1346 ss.; R. ORIANI, *Atti processuali, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 1 ss., spec. 6; M. LUPANO, *Contenuto e sottoscrizione degli atti di parte*, in C. BESSO e M. LUPANO, *Atti processuali*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, pp. 48 ss., spec. 50-58; nonché, con specifico riguardo ai profili attinenti al regime dell'invalidità, F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 132 ss.; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, p. 70 ss.

³⁷ Si v., *amplius*, D. TSIRIKAKIS, W. KENNET, *Service and notice of proceedings (Rules 68-86, 134)*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI (Eds.), *European Rules of Civil Procedure*, cit., pp. 220-2223.

anche al convenuto – il potere di ordinare all’attore l’integrazione della propria difesa in conformità ai requisiti aggiuntivi (*Rule 53(3) MERCP*). Ciò avviene, come meglio si dirà nel prosieguo, non già nella prospettiva della sanatoria di una causa di inammissibilità o di invalidità *in nuce* dell’atto, bensì in funzione dell’esercizio dei poteri di *case management* volti ad assicurare una sollecita ed efficiente risoluzione della controversia (§ 4).

Occorre peraltro precisare che le *Model Rules* hanno consapevolmente optato per non determinare le conseguenze discendenti dal difetto dei requisiti minimi dell’atto introduttivo, così come dei restanti scritti difensivi³⁸. La scelta di riservare ai legislatori nazionali la disciplina di tale cruciale profilo comporta l’assenza di regole sulle possibili forme di sanatoria dei vizi essenziali dell’atto. In effetti, l’unica ipotesi di sanatoria prevista riguarda esclusivamente l’inosservanza delle modalità di notificazione degli atti processuali. In particolare, in applicazione del principio di raggiungimento dello scopo, gli eventuali vizi della notificazione si considerano sanati qualora il destinatario abbia comunque ricevuto l’atto e abbia beneficiato di un congruo termine a difesa, tenuto conto della natura e del contenuto dell’atto stesso (*Rule 81 MERCP*)³⁹. Un analogo meccanismo di convalidazione non è invece previsto con riguardo ai vizi relativi alla *vocatio in ius*, quali l’omessa indicazione del termine per la contestazione della domanda e delle conseguenze derivanti da eventuali inerzie o ritardi (*Rule 69 MERCP*). Per quanto opinabile, tale lacuna appare coerente con la già segnalata scelta di non disciplinare gli effetti connessi al difetto dei requisiti minimi dell’atto introduttivo; scelta destinata, come si vedrà, a sollevare ulteriori questioni interpretative in ordine all’assetto dei requisiti attinenti all’*editio actionis*.

4. Margini di flessibilità dell’atto introduttivo del giudizio

Come si è osservato, la scomposizione dell’atto introduttivo in requisiti minimi e requisiti aggiuntivi costituisce un’innovazione propria delle *Model European Rules*, segnando un netto distacco rispetto al modello accolto nei *Principles of Transnational Civil Procedure* e nelle relative regole di *soft law* (*RTCP*). In quel sistema si privilegiava infatti una configurazione unitaria dei contenuti dell’atto, ricomprendendovi anche quelli che le *Model Rules* qualificano come requisiti aggiuntivi (*Rule 11 RTCP*)⁴⁰. La più rigorosa strutturazione dei requisiti dell’atto introduttivo, specie sotto il profilo dell’*editio actionis*, appare probabilmente riconducibile al contesto storico in cui furono elaborati i *Principles*, ancora contrassegnato dall’intenso fermento culturale innescato dalle riforme del processo federale statunitense degli anni

³⁸ Cfr. *Rule 53 MERCP*, Cmt. 2, cit., p. 100.

³⁹ Si v., ancora, D. TSIRIKAS, W. KENNET, *o.u.c.*, pp. 243-244.

⁴⁰ Cfr., al riguardo, S. DALLA BONTÀ, *La Suprema Corte statunitense generalizza l’onere di specificità dell’atto introduttivo (complaint): da Twombly (2007) a Iqbal (2009)*, in *Int’l Lis*, 2010, pp. 94 ss., spec. 103.

Ottanta del XX secolo⁴¹. È sufficiente considerare che, secondo la relazione illustrativa, tale impostazione trae origine dal rilievo che una «*specific allegation of fact reduces the potential scope of discovery*», limitando così anche le possibili forme di abuso di detto strumento processuale⁴².

Ad ogni modo, la scelta delle *Model Rules* di individuare un contenuto minimo dell'atto introduttivo non appare affatto priva di razionalità. Oltre alle già segnalate implicazioni sistematiche per la disciplina dei restanti atti difensivi (§ 3), essa si rivela funzionalmente idonea a configurare un assetto flessibile, evitando i rischi connessi alla predeterminazione di uno *standard* eccessivamente rigoroso di completezza dell'atto⁴³. Di qui la previsione di «*minimum necessary contents*», consistenti innanzitutto nell'indicazione del provvedimento giurisdizionale richiesto, corredata da una sintetica illustrazione del relativo fondamento giuridico e fattuale (*Rule 53(1) MERC*)⁴⁴. Come è agevole constatare, si tratta di requisiti non dissimili da quelli previsti dall'art. 163, comma 2, nn. 3)-4), c.p.c. italiano, sorretti dal medesimo intento di preconstituire le condizioni essenziali per consentire al convenuto l'effettivo esercizio dei propri diritti difensivi. L'esistenza di un nesso funzionale con il conseguimento dello scopo obiettivo dell'atto trova inoltre conferma nel fatto che, in entrambi i sistemi, il difetto di tali requisiti può essere rilevato d'ufficio dal giudice, così come eccepito dal convenuto⁴⁵. Nondimeno, in stretta analogia con quanto accade sia nel modello

⁴¹ Si v., anche per una ricostruzione storica del relativo retroterra ideologico-culturale, M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pp. 10-19; G. HAZARD, *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.*, 1998, pp. 1665 ss., spec. 1671-1694; nonché, spec., A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, pp. 135-268. In argomento, si v., altresì, più di recente, B. FICCARIELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, p. 119 ss.; F. FERRARI, *La pesca di frodo*, Torino, 2020, p. 139 ss.

⁴² Il virgolettato nel testo è tratto dalla *Introduction* dei *Principles of Transnational Civil Procedure*, cit., p. 5. Per alcune considerazioni su questo e altri profili di raffronto con le soluzioni accolte nel modello statunitense, si v., già, C.H. VAN RHEE, *Obligations of the Parties and their Lawyers in Civil Litigation*, in J. ADOLPHSEN, J. GOEBEL, U. HAAS (Eds.), *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*, München, 2014, p. 693, nonché, più in generale, D.P. WOOD, *A US Perspective on the ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure*, in 30 *Unif. L. Rev.*, 2025, p. 11 ss. Per ulteriori considerazioni sull'impatto del fenomeno del *discovery abuse* nell'evoluzione del sistema processuale statunitense, si v., anche per ampia bibliografia, A. DONDI, V. ANSANELLI e P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 163 ss., nonché, di recente, A. DONDI, *Uno sguardo in prospettiva comparata (e un poco storica) all'attuale perniziosa obsolescenza di un ruolo attivo del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2025, 925 ss., spec., 931-933.

⁴³ Cfr. *Rule 53 MERC*, Cmt. 3, cit., p. 100, nonché R. STÜRNER, *The Model European Rules of Civil Procedure. An Overview of the Main Issues between the Drafters from a Today's Point of View*, in 30 *Unif. Law Rev.*, 2025, pp. 1 ss., spec. 3; E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., p. 190.

⁴⁴ Per il rilievo secondo cui tali requisiti minimi dell'atto siano sufficienti a escludere la configurazione di un «*pure notice pleading, in line with the continental European tradition*», si v. E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., p. 187.

⁴⁵ Cfr., ad es., sul versante italiano, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 264 ss.; A. PROTO PISANI, *Note in tema di nullità dell'atto di citazione e di effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 655 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 72 ss.; G. DELLA PIETRA, *La patologia della domanda giudiziale*, cit., p. 49 ss.; D. VOLPINO, *Introduzione della causa*, cit., p. 106 ss.; nonché, *amplius*, più di recente, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei*

statunitense (*Rule 12(e) FRCP*) sia in quello inglese (*Rule 18.1 CPR*), le *Model Rules* prevedono che l'eventuale carenza dei predetti requisiti debba essere fatta valere dal convenuto mediante apposita istanza, da depositare prima della scadenza del termine per la costituzione in giudizio. La proposizione dell'istanza determina la sospensione della decorrenza di tale termine, in attesa del provvedimento con cui il giudice può ordinare all'attore di emendare i vizi dell'atto introduttivo (*Rule 55(4) MERC*).

Accanto a tale nucleo essenziale, le *Model Rules* contemplano una serie di requisiti addizionali volti ad ampliare la portata degli oneri allegatori e probatori gravanti sull'attore e destinati, per l'effetto, a imporre una più articolata conformazione redazionale dell'atto. Per limitarsi ad alcuni esempi, l'esposizione dei fatti costitutivi deve essere condotta con un livello di dettaglio sufficiente a delineare tutti gli elementi essenziali della vicenda sostanziale dedotta (*Rule 53(2)(a) MERC*)⁴⁶. Ogni allegazione, così formulata, deve essere corredata dalla puntuale indicazione dei relativi riscontri probatori (*Rule 53(2)(b) MERC*), siano essi già disponibili o ancora da acquisire (*Rule 53(4)-(5) MERC*)⁴⁷. Un analogo *standard* di specificità presiede all'illustrazione delle corrispondenti argomentazioni giuridiche, con lo scopo di agevolare l'espletamento delle verifiche attinenti ai cosiddetti presupposti processuali (*Rule 53(2)(c) MERC*), ivi comprese le eventuali condizioni di procedibilità della domanda (*Rule 53(2)(e) MERC*)⁴⁸.

Diversamente da quanto previsto in relazione ai cosiddetti requisiti minimi, l'effettività di tali prescrizioni non è presidiata né da immediate ripercussioni sul piano dell'ammissibilità e della validità dell'atto, né dalla configurazione di un corrispondente potere di eccezione del convenuto⁴⁹. Per converso, assume qui particolare rilievo una delle principali declinazioni del dovere di collaborazione delle parti nella conduzione del processo, estrinsecantesi nell'onere di presentare atti introduttivi il più possibile completi in funzione di una sollecita definizione della controversia (*Rule 47 MERC*). Tale onere costituisce un corollario diretto del più generale dovere di collaborazione con il giudice (*Rules 3, 24 e 25 MERC*), rappresentando al contempo il presupposto per l'efficace esercizio dei poteri giudiziali di direzione del processo⁵⁰. Da un

diritti, cit., pp. 392 ss., 500 ss.; C. SILVESTRI, *Il fatto e la domanda in giudizio*, Napoli, 2020, p. 39 ss.; L. GALANTI, *Sull'introduzione dei fatti nel processo*, Torino, 2025, p. 147 ss.

⁴⁶ Cfr. *Rule 53 MERC*, Cmt. 4, cit., p. 100, in coordinamento con *Rule 24 MERC*, Cmt. 2, cit., p. 63-64.

⁴⁷ Cfr. *Rule 53 MERC*, Cmts. 5, 10 e 11, cit., pp. 100-102.

⁴⁸ Cfr. *Rule 53 MERC*, Cmt. 6, cit., p. 101.

⁴⁹ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., pp. 187-188.

⁵⁰ Si v., anche per ulteriori considerazioni, *Rule 47 MERC*, Cmts. 1-4, cit., pp. 89-90, nonché E. SILVESTRI, *The ELI/UNIDROIT Project: A General Introduction*, in *The Future of the European Law of Civil Procedure*, cit., pp. 199 ss., 203-204; A. UZELAC, *Principles of Civil Procedure under ELI/UNIDROIT Rules: Convergence Through a Uniform Approach to Procedural Obligations?*, in 30 *Unif. Law Rev.*, 2025, pp. 18 ss., spec. 22-23; S. HUBER, *Case management (Rules 47-60)*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI (Eds.), *European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 156 ss. In dottrina, si v., altresì, già in seguito all'adozione dei *Principles of Transnational Civil Procedure*, C.H. VAN RHEE, *Case Management in Europe: A Modern Approach*

siffatto retroterra teorico-sistematico discende quindi la previsione del potere del giudice di ordinare d'ufficio l'integrazione dell'atto in conformità ai requisiti aggiuntivi, secondo una valutazione modulata sulle peculiarità della singola controversia (*Rule 53(3) MERCP*)⁵¹.

Invero, anche sulla scorta delle indicazioni ricavabili dai commenti ufficiali alle *Model Rules*, non sembra azzardato ravvisare al riguardo una parziale trasposizione delle soluzioni caratterizzanti l'assetto delle *Civil Procedure Rules* inglesi. È noto come la disciplina dell'atto introduttivo risulti ivi imperniata sulla previsione di un «*claim form*» standardizzato (*Rule 7.2 CPR*), il cui livello di specificità è destinato a variare in base alla tipologia di lite (*Rules 16.2-16.3 CPR*), in virtù di appositi requisiti aggiuntivi predeterminati dal legislatore (*Rule 16.4 CPR*). In sostanza, nel sistema inglese non si rinviene una distinzione generale fra requisiti minimi e aggiuntivi dell'atto, riscontrandosi piuttosto la presenza di requisiti contenutistici differenziati a seconda della tipologia di controversia⁵². Per converso, in coerenza con la scelta di delineare un unico schema procedimentale dotato di ampi margini di flessibilità, nel sistema delle *Model Rules* l'effettiva configurazione dei requisiti dell'atto introduttivo viene rimessa al giudice, quale parte integrante del potere di determinare «*the type and the form of procedure*» (*Rule 49(3) MERCP*)⁵³. Un potere, insito nella concezione di *case management*, che il giudice è tenuto a esercitare alla luce della «*nature, importance and complexity of the particular case*», attuando così il valore cardine della proporzionalità processuale (*Rules 5 e 8 MERCP*)⁵⁴.

Alla previsione di tale prerogativa corrisponde specularmente la facoltà del giudice di ammettere anche le domande per le quali non sia stato possibile soddisfare i più stringenti oneri allegatori e probatori imposti dai requisiti aggiuntivi (*Rule 53(3) MERCP*). In particolare, ove la parte dimostri l'esistenza di una giusta causa che le abbia impedito di ottemperare a detti oneri, ma sussistano comunque elementi idonei a rendere plausibile la fondatezza della pretesa, il giudice è chiamato a valutare se ulteriori fatti e prove rilevanti possano ragionevolmente emergere nel corso dell'istruzione probatoria (*Rule 53(3) MERCP*)⁵⁵.

Una simile disposizione sollecita alcune riflessioni in merito alla sua derivazione e alle sue possibili declinazioni pratiche. Per un verso, essa sembra recepire – anche a livello propriamente linguistico – la nota evoluzione della giurisprudenza federale statunitense in ordine allo *standard* di specificità delle allegazioni introduttive, culminata nelle pronunce

to *Civil Litigation*, in 8 *IJPL*, 2018, pp. 82-83, nonché, *amplius*, *Id.*, *Towards Harmonised European Rules of Civil Procedure*, cit., pp. 21-22.

⁵¹ Cfr. *Rule 53 MERCP*, *Cmt.* 3, cit., p. 100.

⁵² Cfr., infatti, H. WOOLF, *Access to Justice*, cit., ch. 12, §§ 5, 11-12, nonché, *amplius*, L. PASSANTE, *Processo civile inglese*, cit., 977-980.

⁵³ Cfr. *ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., *Preamble*, p. 9.

⁵⁴ Cfr. *Rule 49 MERCP*, *Cmts.* 2-3, cit., pp. 91-92, nonché, per più ampie considerazioni, L.P. COMOGLIO, *Il principio di proporzionalità nei modelli più recenti del processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, pp. 444 ss., spec. 452-453.

⁵⁵ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., p. 188.

Twombly e *Iqbal*, consacranti il parametro del «*plausible pleading*»⁵⁶. Se da tale angolo di visuale sembra cogliersi una conferma della già segnalata tendenza dei sistemi anglosassoni verso una configurazione maggiormente rigorosa degli oneri allegatori e probatori connessi all'atto introduttivo, in una prospettiva europeo-continentale la situazione appare parzialmente diversa. Sembra infatti lecito ipotizzare che la norma in commento recepisca altresì i risultati di note ricostruzioni dottrinali tedesche, riconducibili anche all'opera di Rolf Stürner (del quale è superfluo rimarcare il contributo all'elaborazione delle *Model Rules*). Senza addentrarsi in un dibattito tanto complesso quanto vivace anche presso la nostra dottrina, sembra possibile limitarsi a evidenziare la rilevanza di una previsione che, in presenza di giustificati motivi, consenta al giudice di temperare il rigore delle preclusioni connesse all'atto introduttivo. Per questo tramite, sembrano trovare esplicito riconoscimento le esigenze di tutela riconducibili ai non rari casi in cui la parte versi in una condizione di asimmetria informativa non superabile o comunque comportante un notevole aggravio degli oneri allegatori e probatori a suo carico. In simili circostanze, potrebbe finanche ipotizzarsi l'insorgenza, in capo alla controparte, di un cosiddetto onere di chiarificazione (*Aufklärungspflicht*) relativamente alle informazioni in suo esclusivo possesso⁵⁷. Una siffatta tesi ricostruttiva appare, del resto, in sostanziale consonanza sia con la valenza assiologica che il dovere di collaborazione delle parti riveste nel sistema delle *Model Rules*, sia con le deroghe

⁵⁶ Per il rilievo di tale parallelismo con l'evoluzione della giurisprudenza federale in materia di *standard of pleading*, si v., ancora, E. D'ALESSANDRO, *o.u.c.*, p. 189. Relativamente al parametro del cosiddetto «*plausible pleading*», oltre ai riferimenti già precedentemente indicati, si v., nella dottrina italiana, S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, cit., pp. 200-219, nonché, per un effettivo riscontro del notevole impatto di tale *overruling* nella pratica del processo statunitense, A.B. SPENCER, *Plausibility Pleading*, in 49 *B.C. L. Rev.*, 2008, p. 431 ss.; D. FREEMAN ENGSTROM, *The Twiqbal Puzzle and Empirical Study of Civil Procedure*, in 63 *Stan. L. Rev.*, 2013, p. 1203 ss.; S. DODSON, *New Pleading in the 21st Century. Slamming the Federal Courthouse Doors?*, Oxford, 2013, spec. p. 79 ss.; R. MICHALSKI, A.K. WOOK, *Twombly and Iqbal at the State Level*, in 14 *J. Empirical Legal Stud.*, 2017, p. 424 ss.; L.H. ROSENTHAL, *Pleading, for the Future: Conversations after Iqbal*, in 122 *Dick. L. Rev.*, 2017, p. 383 ss.; Z.D. CLOPTON, *Procedural Retrenchment and the States*, in 106 *Calif. L. Rev.*, 2018, pp. 413 ss., spec. 423-430; C. BACH, *A Real Options Analysis of Pleading Standards*, in 33 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, 2019, p. 495 ss.; R.J. EFFRON, *Putting the "Notice" Back into Pleading*, in 41 *Cardozo L. Rev.*, 2020, p. 981 ss.; A.N. STEINMAN, *Notice Pleading in Exile*, in 41 *Cardozo L. Rev.*, 2020, pp. 1057 ss., spec. 1071-1078.; S.E. PROVENZANO, *Can Speech Act Theory Save Notice Pleading?*, in 96 *Ind. L.J.*, 2021, p. 1157 ss.; B.W. ESLER, *The Particularities of Pleading Fraud*, 30 *Pretrial Prac. & Disc.*, 2022, p. 8 ss.; J. ENGELHARDT, C. ENGELHARDT, *Best Practices in Pleading and Proving Exemplary Damages*, in 103 *Mich. B.J.*, 2024, 34 ss.; T. PIERCE, A. SHORT, *Averting Plausibility Pleading's Threats to Novel FHA Legal Claims*, 109 *Iowa L. Rev.*, 2024, p. 1611 ss.

⁵⁷ Cfr., spec., R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, 1976, spec. 4 ss., 134 ss.; Id., *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., pp. 444-448, 452-453; nonché, nella dottrina italiana, anche per ampie riflessioni e indicazioni bibliografiche, A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile. Parte prima*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 47 ss., spec. 70-76; S. DALLA BONTÀ, *Asimmetria informativa e processo civile. Un'indagine dall'angolatura dell'atto introduttivo del giudizio*, in 46 *Rev. proc.*, 2021, pp. 409-423; Id., *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, cit., pp. 275 ss., spec. 299 ss.; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, spec. 157 ss., 759 ss.

al consolidato principio *nemo tenetur edere contra se* introdotte dalle disposizioni in tema di esibizione delle prove (*Rules 25(2), 100 ss. MERCP*)⁵⁸.

5. Contenuti e modalità di adempimento degli oneri di contestazione del convenuto

Volgendo ora l'attenzione alla disciplina dell'atto introduttivo del convenuto, appare innanzitutto significativo osservare come il termine di costituzione in giudizio presenti un'ordinaria estensione di appena trenta giorni, decorrenti dalla notificazione della domanda attorea. Tale *spatium deliberandi* può essere ampliato dal giudice, sia d'ufficio sia su apposita istanza di parte (*Rule 54(1) MERCP*). Ciononostante, seppur con le rilevanti eccezioni di cui si dirà, l'omessa contestazione della domanda entro il termine prescritto può comportare l'emissione di un «*default judgment*» nei confronti del convenuto, attivabile su istanza dell'attore (*Rules 136 e 138 (2) MERCP*)⁵⁹.

Come già segnalato, la disciplina dei contenuti della comparsa del convenuto si risolve in larga misura in una complessa serie di rinvii ai requisiti previsti per l'atto introduttivo del giudizio. A titolo esemplificativo, quanto alla domanda riconvenzionale, il sistema opera un integrale rinvio alle disposizioni dettate per lo «*statement of claim*» (*Rule 54(6) MERCP*), inducendo a ritenere applicabili anche i peculiari meccanismi posti a presidio dell'effettività degli oneri allegatori e probatori già esaminati con riferimento alla domanda principale (§ 4). Analoghe considerazioni valgono per le regole sulla proposizione delle eccezioni, ove al mirato richiamo ai requisiti dell'atto introduttivo si accompagna la generica previsione dell'onere del convenuto di formulare allegazioni e deduzioni tali da consentire al giudice di valutarne la fondatezza (*Rule 54(5) MERCP*). Per basilari esigenze di tutela del contraddittorio, le norme in commento contemplano altresì una facoltà di replica dell'attore tanto alla riconvenzionale quanto alle eccezioni del convenuto (*Rule 54(5)-(6) MERCP*). Tuttavia, né le modalità né il termine per l'esercizio di tale facoltà risultano espressamente disciplinati, sebbene sia prospettabile un'applicazione analogica delle disposizioni relative agli «*amendments of pleading*» (§ 6). Una simile lacuna non si riscontra, per converso, né nel modello statunitense

⁵⁸ Cfr., ancora, anche per un'analisi dell'assetto già delineato in materia dai *Principles* e dalle relative *Rules of Transnational Civil Procedure* del 2004, M. GRADI, o.u.c., pp. 297-308, nonché, *amplius*, M. TARUFFO, *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: An Evidentiary Epistemology*, in 25 *Penn State Int. L. Rev.*, 2006, p. 509 ss.; N. TROCKER, *From ALI/UNIDROIT Principles to Common European Rules on Access to Information and Evidence? A Preliminary Outlook and some Suggestions*, in 19 *Unif. L. Rev.*, 2014, pp. 239 ss., spec. 251 ss. Per più ampie considerazioni sulle modalità di acquisizione delle prove contemplate dalle *Model Rules*, si v., in particolare, A. STADLER, M. STRANDBERG, *General and Procedural issues (Rules 87-110, 128-129)*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI (Eds.), *European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 252 ss. e, ivi, M. STÜRNER, *Types of Evidences (Rules 111-124, 126-127)*, p. 307 ss.; nonché, di recente, V. CAPASSO, *Metodo e merito della disciplina dell'istruzione probatoria nelle ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure*, in *questa Rivista*, 2026, p. 113 ss.

⁵⁹ Cfr., criticamente, E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., pp. 190-191.

né in quello inglese, ove la replica dell'attore alle difese svolte dal convenuto è oggetto di puntuali previsioni normative (*Rules 7(a)(7), 12 (a)(1)(c) FRCP* e *15.8 CPR*)⁶⁰.

Regole piuttosto analitiche sono invece dettate con riferimento agli oneri di contestazione connessi all'atto introduttivo del convenuto. Innanzitutto, grava su quest'ultimo l'onere di articolare le proprie difese, specificando quali allegazioni fattuali debbano considerarsi ammesse e quali contestate. Un'analoga tecnica di strutturazione dell'atto difensivo è prescritta sia nella normativa federale statunitense (*Rule 8(b) FRCP*), sia nelle *Civil Procedure Rules* inglesi (*Rule 16.5 CPR*). Diversamente da quanto accade in tali sistemi (*Rules 10 FRCP* e *16.2 CPR*), le *Model Rules* non contemplano specifici canoni redazionali dell'atto introduttivo volti ad agevolare l'adempimento degli oneri di contestazione posti a carico del convenuto (quali, ad esempio, la suddivisione della parte narrativa in paragrafi numerati). Per converso, in piena consonanza con le soluzioni ivi adottate, anche nelle *Model Rules* viene accolta una nozione ampia di contestazione, ricomprendendovi tanto le allegazioni rispetto alle quali sia prospettata una diversa ricostruzione, quanto le circostanze non oggetto di espressa ammissione o diniego (*Rule 54(4) MERCP*)⁶¹.

Invero, con riferimento a tali ultime circostanze, l'assolvimento dell'onere di contestazione esige formalmente l'indicazione delle ragioni per le quali la parte non sia stata in grado di prendere posizione sulle allegazioni avversarie. Come evidenziato nei commenti ufficiali, non è improbabile che una simile condizione possa comunque ritenersi soddisfatta mediante una semplice dichiarazione di non conoscenza del fatto, ovvero attraverso un «*bare denial*»⁶². Cionondimeno, nel sistema delineato dalle *Model Rules* i possibili rischi di utilizzazione distorta di tale previsione risultano attenuati dalla pregnanza dell'obbligo di diligenza delle parti (*Rules 3 e 47 MERCP*), nonché dalla particolare incisività delle sanzioni applicabili tanto nei confronti della parte quanto del suo difensore (*Rule 27 MERCP*)⁶³.

⁶⁰ Cfr., *amplius*, A. DONDI, V. ANSANELLI e P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 163 ss.

⁶¹ Cfr. *Rule 54 MERCP*, *Cmt.* 4, cit., p. 103.

⁶² Cfr., ancora, *Rule 54 MERCP*, *Cmt.* 4, cit., p. 103.

⁶³ Come pure sinteticamente si dirà nel testo, recependo uno dei principali tratti distintivi della tradizione processuale di *common law*, le *Model Rules* configurano autonome forme di responsabilità etico-professionale del difensore, direttamente sanzionabili dall'organo giudicante nel corso del giudizio (*Rule 3 MERCP*, *Cmt.* 7, cit., p. 32). Rientra in tale contesto anche il dovere deontologico dell'avvocato di informare il cliente riguardo alla disponibilità e ai potenziali vantaggi dei metodi di soluzione consensuale della lite (*Rule 9(2) MERCP*, *Cmt.* 2, cit., p. 37), la cui violazione può essere sanzionata dal giudice in sede di liquidazione delle spese processuali (*Rule 241(2) MERCP*, *Cmts.*, 5-6, cit., pp. 276-277). A tale ultimo riguardo, si v., ad es., A. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, pp. 399 ss. spec. 411-41; M. GRADI, *Il dovere dell'avvocato di informare il cliente*, in *Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia*, a cura di S. Dalla Bontà, Napoli, 2025, pp. 123 ss., spec. 127 ss., nonché, per un'analisi delle soluzioni accolte nel *Model Code of Conduct for European Lawyers* del 2021, F. NOCETO, *Doveri di informazione e strumenti di giustizia consensuale. Spunti di raffronto con la disciplina statunitense*, in *Avvocato e cliente. Tradizione e innovazione*, a cura di S. Dalla Bontà, Napoli, 2025, p. 369 ss. Si v., inoltre, più in generale, quanto già previsto nei *Principles of Transnational Civil Procedure*, spec. *Principles 7.2 e 17.3*, con le puntuali osservazioni di A. DONDI, *Legal Ethics and Lawyering in Transnational Litigation. Some Scattered Hints*, in *DPCE online*, 2022, p. 51 ss.

Al di là di siffatte ipotesi limite, l'effettività delle disposizioni in esame è affidata a un meccanismo di *ficta confessio* (Rule 54(3) *MERCP*), teoricamente destinato a operare in tutti i casi di mancata contestazione delle allegazioni avversarie, con conseguente esonero della controparte dal relativo onere probatorio (Rules 88(1)(b) e 93 *MERCP*)⁶⁴. Simili automatismi dovrebbero tuttavia essere scongiurati da un esercizio particolarmente prudente dei poteri discrezionali attribuiti al giudice in tale contesto. Sebbene non sia previsto un criterio normativo virtualmente idoneo a orientare la valutazione del giudice – come, ad esempio, quello della specificità della contestazione prescritto dall'art. 115 c.p.c. italiano – alcune indicazioni interpretative di rilievo si rinvencono nelle annotazioni ufficiali alle *Model Rules*⁶⁵. L'indirizzo ermeneutico ivi delineato appare volto a circoscrivere i gravosi effetti della *ficta confessio* ai soli casi di assoluta carenza di qualsiasi presa di posizione in merito alle allegazioni avversarie⁶⁶. In taluni passaggi, sembra finanche prospettarsi l'insorgenza di un dovere del giudice di accertare l'effettiva consapevolezza della parte in ordine al significato e alle ricadute pregiudizievoli della propria condotta processuale, specialmente in presenza di una tardiva costituzione in giudizio⁶⁷. Sembra dunque potersi desumere che le *Model Rules* abbiano adottato, nel complesso, una visione del meccanismo della non contestazione capace di bilanciare le ineludibili esigenze di economia processuale con l'imprescindibile aspirazione al conseguimento di decisioni giuste, in quanto fondate su un accertamento tendenzialmente veritiero dei fatti controversi⁶⁸.

6. Ulteriori atti difensivi finalizzati alla circoscrizione del *quod decidendum et probandum*

Come già rilevato, la configurazione di un sistema di progressiva precisazione del *quod decidendum et probandum*, incentrato sullo scambio di memorie integrative o modificative degli atti introduttivi, rappresenta un tratto distintivo degli ordinamenti processuali anglosassoni, coerentemente recepito dalle *Model Rules* (§1).

Probabilmente anche in ragione della peculiare natura dell'opera, la disciplina da esse dettata in materia risulta tuttavia priva del medesimo livello di analiticità riscontrabile tanto nella normativa federale statunitense (Rule 15 (a)-(c) *FRCP*), quanto in quella inglese (Rules 17.1-

⁶⁴ Cfr., rispettivamente, Rule 54 *MERCP*, Cmt. 3, cit., p. 103, Rule 88 *MERCP*, Cmt. 2, cit., p. 138 e Rule 93 *MERCP*, Cmts. 1-3, cit., pp. 144-145.

⁶⁵ Per un inevitabile riferimento, si v., nella letteratura monografica italiana, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, spec. p. 206 ss., nonché M. TARUFFO, *Disponibilità delle prove*, in A. CARRATTA e M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 447 ss. e, più di recente, G. DELLA PIETRA, *Le preclusioni e l'irreversibilità della "non contestazione": l'armonia perduta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 1173 ss.

⁶⁶ Si v., in senso analogo, E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., pp. 191-192.

⁶⁷ Cfr., ancora, Rule 54 *MERCP*, Cmt. 3, cit., p. 103, nonché quanto già previsto nei *Principle of Transnational Civil Procedure*, spec. *Principle* 11.3.

⁶⁸ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari, 2009, spec. p. 113 ss.

17.4 CPR). In una prospettiva di riforma ispirata alla recezione delle *Model Rules*, tale circostanza potrebbe ritenersi espressione della volontà di riservare al legislatore nazionale significativi margini di adattamento della disciplina alle specificità del proprio modello processuale. Ed in effetti, sembra ragionevole ipotizzare che una simile esigenza possa manifestarsi con particolare evidenza qualora si tratti di innestare, entro modelli di matrice europeo-continentale, soluzioni comunque riconducibili alla tradizione di *common law*.

Per altro verso, la presenza di lacune settoriali non esclude che l'interprete possa rinvenire, all'interno delle stesse *Model Rules*, elementi idonei, se non a colmarle, quanto meno a suggerire alcune opzioni praticabili. Un esempio significativo è offerto dalla già segnalata assenza di disposizioni volte a definire i termini e le modalità di esercizio della facoltà di replica dell'attore alla riconvenzionale e alle eccezioni svolte dal convenuto (*Rule 54(5)-(6) MERC*P). Accogliendo l'impostazione delle *Model Rules*, la questione potrebbe essere risolta richiamandosi al potere del giudice di determinare il numero e finanche la lunghezza massima delle memorie integrative degli atti introduttivi (*Rule 49(5) MERC*P)⁶⁹. Appare nondimeno lecito supporre che l'attribuzione al giudice di una simile prerogativa possa sollevare fondate riserve, innanzitutto in ordine alla sua compatibilità con il sistema delle garanzie difensive apprestato dai singoli ordinamenti nazionali, anche alla luce del diritto sovranazionale⁷⁰.

Altre riflessioni sembrano invece poter concernere il potere/dovere dell'organo giudicante di assicurare un'adeguata tutela alla posizione processuale della parte destinataria dello scritto integrativo o modificativo delle difese avversarie. In particolare, assume rilievo la facoltà del giudice di concedere un termine per la replica idoneo a garantire alla parte il tempo necessario per predisporre le proprie difese (*Rule 55(3) MERC*P). Un'analoga previsione è peraltro dettata, in via speculare, a tutela della parte istante, nel cui interesse potranno essere disposti sia brevi differimenti dei termini sia veri e propri rinvii d'udienza (*Rule 55(2) MERC*P). Inoltre, nell'ottica di assicurare un equo contemperamento degli interessi in gioco, la modificazione del *thema decidendum et probandum* potrà sempre essere autorizzata dal giudice in presenza di giustificati motivi, con contestuale adozione di misure compensative a favore delle altre parti (*Rule 55(2) MERC*P)⁷¹.

Prima di procedere a una più puntuale disamina dei limiti imposti alla facoltà delle parti di disporre dell'oggetto della controversia, qualche indicazione appare opportuna con riguardo al regime delle preclusioni previsto per il giudizio di primo grado. In estrema sintesi, nel sistema

⁶⁹ Cfr. *Rule 49 MERC*P, Cmt. 4, cit., pp. 92-93, nonché, per un parallelismo con il § 273 della *Zivilprozessordnung* tedesca, R. CAPONI, *Processo di cognizione. Modelli Europei, regole Eli-Unidroit, riforma italiana del 2022*, cit., p. 265 e, *amplius*, in argomento, ID., *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 523 ss.

⁷⁰ Per alcune considerazioni attinenti al versante italiano, si v., anche per ulteriore bibliografia, F. NOCETO, *Chiarezza e sinteticità degli atti processuali*, cit., p. 625 ss.

⁷¹ Si v., *amplius*, E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., pp. 192-193.

delle *Model Rules* la chiusura della fase preparatoria segna il maturare delle preclusioni, sia assertive sia probatorie (*Rule 63(1) MERC*)⁷². Da tale momento, e sino alla conclusione dell'udienza dibattimentale, saranno infatti ammissibili soltanto le allegazioni e le prove che la parte dimostri di non aver potuto proporre in precedenza per gravi e giustificati motivi (*Rule 64(4) MERC*)⁷³. Parallelamente, nell'ambito delle «*general provisions*», si stabilisce che il giudice non possa tener conto delle attività assertive e probatorie compiute dalle parti oltre i termini stabiliti dalle *Rules* ovvero fissati con apposito provvedimento giudiziale (*Rule 27(1) MERC*). È peraltro significativo osservare come tale precetto sia collocato all'interno di una disposizione dedicata alle «*sanctions for non-compliance with rules and Court orders*», nella quale sono altresì disciplinate le sanzioni applicabili alle parti e ai relativi difensori (*Rule 27(3)-(4) MERC*)⁷⁴. In ragione della sua riconduzione nell'alveo delle misure sanzionatorie, l'operare delle preclusioni risulta assoggettato ai medesimi principi che ne governano l'applicazione, *in primis* quello di proporzionalità (*Rule 7 MERC*)⁷⁵. Da tale inquadramento sistematico discende inoltre il principio secondo cui le preclusioni non dovrebbero trovare applicazione quando i loro effetti siano imputabili a un'omissione o a un errore della parte che il giudice abbia rilevato, senza tuttavia invitarla a porvi tempestivo rimedio (*Rule 27 (1) MERC*)⁷⁶.

L'impianto ricostruttivo così sinteticamente delineato fornisce una chiave di lettura particolarmente utile per l'esame dei presupposti legittimanti l'emendamento degli atti introduttivi. Segnatamente, la modifica delle domande e delle eccezioni formulate nelle difese iniziali può essere autorizzata dal giudice qualora ricorrano giustificati motivi, purché essa non determini un irragionevole ritardo del procedimento né arrechi un ingiusto pregiudizio alle altre parti (*Rule 55(1) MERC*). La medesima disposizione individua, peraltro, una vasta serie di ipotesi nelle quali tale modifica deve ritenersi ammissibile. Ciò avviene, ad esempio, qualora essa riguardi fatti sopravvenuti o conosciuti solo successivamente al deposito degli atti introduttivi, ovvero concerna prove non acquisibili in precedenza secondo l'ordinaria diligenza o, comunque, emerse all'esito della reciproca esibizione fra le parti (*Rule 55(1) MERC*)⁷⁷. Per converso, in assenza di previsioni esplicite, occorre ricorrere a un'interpretazione sistematica per estendere il medesimo regime di ammissibilità anche alle ipotesi in cui la modificazione dell'atto risponda a esigenze di sviluppo dialettico del contraddittorio (*Rule 92(4) MERC*)⁷⁸. Non meno rilevante appare, del resto, la carenza di puntuali indicazioni in merito alla possibile estensione di tali modifiche, dovendosi desumere in via ermeneutica l'ammissibilità della

⁷² Cfr. *Rule 63 MERC*, *Cmts.* 2-3, cit., pp. 112-113, nonché E. VALLINES GARCÍA, *Proceedings before a final hearing and final hearing (Rules 61-67)*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI (Eds.), *European Rules of Civil Procedure*, cit., pp. 352-355.

⁷³ Si v., ancora, E. VALLINES GARCÍA, *o.u.c.*, pp. 354-355.

⁷⁴ Oltre alle indicazioni contenute nella precedente nota n. 63, si v. *Rule 27 MERC*, *Cmts.* 1-3, cit., pp. 72-73.

⁷⁵ Cfr. *Rule 7 MERC*, *Cmts.* 1-2, cit., pp. 35-36.

⁷⁶ Cfr., nuovamente, *Rule 27 MERC*, *Cmt.* 2, cit., p. 73.

⁷⁷ Si v., in proposito, E. D'ALESSANDRO, *Procedural steps and contents of initial documents*, cit., p. 194.

⁷⁸ Cfr. *Rule 92 MERC*, *Cmt.* 4, pp. 143-144.

cosiddetta *reconventio reconventionis* e delle eccezioni proposte in replica alle difese avversarie⁷⁹.

Sotto un connesso profilo, la necessaria autorizzazione del giudice esclude la configurabilità di un vero e proprio *ius poenitendi* in capo alle parti, non essendo ammessa la modifica unilaterale delle domande o delle eccezioni già formulate⁸⁰. Appare dunque condivisibile quanto osservato in dottrina, secondo cui la previsione di una preventiva autorizzazione del giudice segna una forte discontinuità rispetto alle soluzioni tradizionalmente accolte sia nel sistema italiano (art. 171-ter c.p.c.) sia nei modelli a esso più prossimi, come quello francese (artt. 63-70 c.p.c.) e quello tedesco (§§ 263-264 ZPO)⁸¹. Tale previsione può, d'altronde, essere letta come un ulteriore esempio della trasposizione, all'interno delle *Model Rules*, dei tratti caratteristici dell'assetto anglosassone in materia di *pleadings*. Appare difatti agevole constatare come la medesima regola trovi chiaro riscontro nella normativa inglese (*Rules 17.2-17.4 CPR*) e, pur con sfumature diverse, nelle *Federal Rules* statunitensi (*Rule 15(a)(2) FRCP*). Ad ogni modo, il principale ostacolo alla virtuale trasposizione di questa regola nel processo civile italiano non sembra risiedere tanto nella sua derivazione genetica, quanto nella difficoltà di garantire le condizioni logico-funzionali che essa sottende. Subordinare l'esercizio dello *ius poenitendi* a una preventiva autorizzazione del giudice postula infatti che l'organo giudicante acquisisca una compiuta conoscenza degli atti introduttivi sin dalle fasi iniziali del procedimento⁸². Non è difficile osservare, tuttavia, come tale condizione sia rimasta largamente insoddisfatta dalle riforme succedutesi nell'ultimo cinquantennio, come pure emblematicamente confermato, più di recente, dalle discrasie applicative emerse in relazione all'istituto delle verifiche preliminari introdotto dalla cosiddetta riforma Cartabia⁸³.

⁷⁹ Cfr., criticamente, E. D'ALESSANDRO, *o.u.c.*, p. 193.

⁸⁰ Pare invece significativo rilevare come la modificazione delle domande risulti ammessa nel giudizio d'appello, sia su accordo delle parti sia qualora il giudice la ritenga opportuna nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia (*Rule 167(3) MERC, Cmts.*, 3-4, cit., pp. 208-209). Si v., in proposito, L.J. GIANNINI, *Los recursos en las reglas modelo europeas de proceso civil (ELI/UNIDROIT)*, in 11 *IJPL*, 2021, pp. 64 ss., spec. 74-75.

⁸¹ Cfr. C. CONSOLO, M. STELLA, *Claim Amendment*, *Lis Pendens and Res Judicata under the ELI/UNIDROIT Model Rules and Further Transnational Litigation Instruments*, in 15 *IJPL*, 2025, pp. 47-49. Per il tramite di un'interpretazione sistematica delle disposizioni in commento, pare lecito ritenere che la parte interessata possa richiedere la revoca o la modifica del provvedimento con cui il giudice abbia dichiarato l'inammissibilità delle allegazioni o delle produzioni tardive (*Rule 28 MERC, Cmts.* 1-3, cit., pp. 75-76). Del pari, sembra ragionevole sostenere che il diniego opposto a una richiesta di emendamento dell'atto introduttivo sia suscettibile di autonoma impugnazione immediata (*Rule 66 (2) MERC, Cmt.* 3, cit. p. 117), da proporsi entro due settimane dalla pronuncia del provvedimento (*Rule 179 (2)-(3) MERC, Cmts.* 2-3, cit., p. 215). La proposizione di tale impugnazione non determina, tuttavia, l'automatica sospensione del giudizio di merito, essendo essa subordinata a una valutazione discrezionale del giudice di primo grado (*Rule 130(2) MERC, Cmt.* 7, cit. p. 176). Si v., al riguardo, *amplius*, J. SORABJI, *Means of Review and Appeal (Rules 153-183)*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI (Eds.), *European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 433 ss.

⁸² Cfr., ancora, C. CONSOLO, M. STELLA, *Claim Amendment*, *Lis Pendens and Res Judicata*, cit., p. 50.

⁸³ Su tale delicato profilo della nuova disciplina del processo ordinario di cognizione, così come riformata a seguito degli interventi del d.lg. n. 149/2022 e del successivo d.lg. n. 164/2024, sia consentito il rinvio, anche per ampi rimandi bibliografici,

7. Brevi considerazioni conclusive in prospettiva di riforma

Svolgere qualche considerazione di sintesi sui profili della disciplina delle *Model European Rules* sin qui esaminati impone un necessario *caveat* preliminare. Appare infatti evidente come la pretesa di trarre da un'opera di tale respiro sistematico soluzioni e suggestioni immediatamente trasponibili nella normativa processuale italiana presenti un inevitabile margine di arbitrarietà. Muovendo da una siffatta premessa, occorre precisare che le riflessioni che seguono non riguarderanno quegli aspetti delle *Model Rules* rispetto ai quali la distanza delle vigenti disposizioni codicistiche riveste un rilievo prevalentemente tecnico-applicativo, come nel caso della portata operativa del principio di non contestazione (§ 5). Per converso, pur nei limiti appena indicati, appare di qualche interesse soffermarsi su taluni spunti di ordine più generale emersi nel corso dell'indagine.

Non appare, in primo luogo, superfluo interrogarsi sulla possibilità di introdurre nel nostro modello processuale un meccanismo analogo a quello delineato dalla *pre-action phase*, anche mediante un ripensamento della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa del conflitto (§ 2). Come si è osservato, nel sistema delle *Model Rules* la previsione di una fase precontenziosa obbligatoria persegue l'obiettivo di incentivare la composizione consensuale della lite e, in subordine, di predisporre le condizioni per una sua più rapida ed efficiente definizione in sede giurisdizionale (*Rule* 51(1) *MERCP*). Si tratta di finalità non dissimili da quelle ascritte, nel nostro ordinamento, a istituti come la consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c., la consulenza tecnica in mediazione (art. 8 d.lg. n. 28/2010) e l'istruzione stragiudiziale in sede di negoziazione assistita (artt. 4-bis e 4-ter ss. d.l. n. 132/2014); il cui esperimento integra, peraltro, una condizione di procedibilità della domanda giudiziale per un'ampia serie di controversie⁸⁴. Diversamente da tali strumenti, tuttavia, nella *pre-action phase* il nesso funzionale con il successivo giudizio di merito si estrinseca nella configurazione di puntuali doveri di collaborazione delle parti, preordinati ad anticipare talune attività di delimitazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* (*Rule* 51(2) *MERCP*). In una

a F. NOCETO, *Preparazione della causa, verifiche preliminari e contraddittorio fra rito ordinario e semplificato dopo il c.d. correttivo Cartabia*, in *Judicium online*, 25 giu. 2025, p. 1 ss.

⁸⁴ Per il riscontro di tali tendenze, si v., ad es., V. ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi art. 696 e 696-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1245 ss.; ID., *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, 2011, p. 253 ss.; ID., *Qualche minimo update sulla composizione del conflitto tramite consulenza tecnica preventiva*, in *Giust. cons.*, 2024, p. 529 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, p. 97 ss.; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, 2ª ed., Bologna, 2022, p. 433 ss.; B. FICCARELLI, *Istruzione stragiudiziale nella negoziazione assistita da avvocati. Nuova sfida culturale per il legislatore italiano e metodi complementari di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 503 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Consulenza tecnica e mediazione*, in *La consulenza tecnica d'ufficio. Funzione, oggetto, sindacabilità*, a cura di S. Patti e R. Poli, Torino, 2024, p. 321 ss.; nonché, più di recente, anche con riguardo ai diversi casi in cui l'esperimento di tali procedure costituisce condizione di procedibilità, C. ASPRELLA, *La negoziazione assistita*, Milano, 2024, pp. 110 ss., 285 ss.; R. METAFORA, *La mediazione*, Milano, 2024, pp. 124 ss. 261 ss.

siffatta prospettiva, l'eventuale acquisizione preventiva di prove – in prevalenza di natura documentale – rappresenta soltanto una delle possibili attività destinate a confluire nel successivo giudizio, come conferma la previsione della facoltà dell'attore di replicare, già nell'atto introduttivo, alle difese svolte dalla controparte in sede stragiudiziale (*Rule* 53(6) *MERCP*)⁸⁵.

Il riscontro di parziali affinità, e persino di possibili margini di compenetrazione, fra i due modelli sembra nondimeno imporre alcune riflessioni in ordine alle tendenze manifestatesi nel nostro ordinamento, tanto sul piano dell'elaborazione *de iure condendo*, quanto su quello della prassi applicativa. È infatti agevole constatare come nell'ultimo ventennio si siano susseguite riforme e progetti di riforma accomunati dall'intento di potenziare gli strumenti di formazione della prova prima del processo. Basti pensare, ad esempio, alle forme di «attività istruttoria di parte» contemplate nel progetto Vaccarella del 2003 e nella cosiddetta Proposta fiorentina del 2017, ove si delineavano modalità di preventiva acquisizione della prova testimoniale non lontane da quelle introdotte dalla riforma Cartabia nell'ambito della negoziazione assistita⁸⁶. Un ulteriore riscontro si rinviene, sotto un connesso profilo, nella riscrittura delle disposizioni sull'utilizzabilità processuale della consulenza tecnica svolta in mediazione, risoltasi nella mera positivizzazione delle soluzioni già accolte nella prassi⁸⁷. Si tratta di elementi che sembrano segnalare l'emersione di una consapevolezza ormai diffusa circa la funzione non meramente deflattiva, ma anche strutturalmente preparatoria del giudizio, assolta dagli strumenti di giustizia consensuale. Invero, seppur sullo sfondo di un retaggio culturale oggi in via di sostanziale riconsiderazione, accade non di rado che sia proprio la potenziale proiezione processuale di tali strumenti ad assumere preminente rilievo pratico⁸⁸.

In un simile stato di cose non sembra irragionevole ipotizzare che un più marcato allineamento del nostro sistema processuale alla disciplina delle *Model Rules* possa sottendere specifici

⁸⁵ Si v. le indicazioni bibliografiche contenute nel § 2 del presente lavoro.

⁸⁶ Il testo del cosiddetto Progetto Vaccarella del 2003, trasfuso nel d.d.l. A.C. 4578/XIV, 19 dicembre 2003, può leggersi in www.camera.it, p. 17 ss. Sulle soluzioni ivi prospettate in tema di «attività istruttoria di parte», si v., spec., G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sui lavori della commissione Vaccarella per la riforma del processo civile*, in *Foro. it.*, 2002, 233 ss. Con riferimento alla più recente rielaborazione di tali prospettive di intervento nell'ambito della cosiddetta «proposta fiorentina» del 2017, si v., invece, S. PAPARO, M. MONNINI, A. PROTO PISANI e M.S. ZAMPETTI, *Intervento di «pronto soccorso» per un processo (...un po' più civile)*, in *Foro it.*, 2017, p. 208 ss., nonché, spec., A. PROTO PISANI, *Problemi del processo civile rivisti da un ottantenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pp. 1429 ss., spec. 1443-1444.

⁸⁷ Si v., in proposito, F. NOCETO, *Consulenza tecnica in mediazione. Profili sistematici e criticità applicative*, in *Giust. cons.*, 2025, p. 199 ss.

⁸⁸ Si v., criticamente, P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in *Giust. cons.*, 2021, p. 15 ss.; ID., *La giustizia consensuale anche a beneficio della sostenibilità*, in *Giustizia sostenibile. Sfide organizzative e tecnologiche per una nuova professionalità*, a cura di P. Lucarelli, Firenze, 2023, p. 169 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in *Giust. cons.*, 2021, p. 3 ss.; ID., *La funzione sociale dell'avvocato*, cit., p. 99 ss.; M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e mediazione demandata*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, pp. 476 ss., spec. 478-485.

profili di criticità. In particolare, la pur preminente funzione conciliativa formalmente attribuita all'istituto della *pre-action phase* non si accompagna alla previsione di un generale obbligo di riservatezza delle informazioni acquisite dalle parti in sede stragiudiziale. Una eventuale riconfigurazione, in detta prospettiva, della già non del tutto dissimile procedura di negoziazione assistita fra avvocati potrebbe produrre effetti distorsivi, non limitati alla sola svalutazione delle sue finalità conciliative e deflative. La previsione di meccanismi di formazione anticipata della prova, svincolati dall'accordo delle parti e interamente gestiti in forma privata, appare inoltre idonea a comportare effettivi pregiudizi per l'attuazione paritaria del contraddittorio e, conseguentemente, per l'attendibilità epistemica delle risultanze probatorie così acquisite. Né sembra che le ulteriori criticità inerenti alla tutela della parte economicamente o professionalmente svantaggiata possano essere adeguatamente fronteggiate dall'attuale assetto delle forme di responsabilità disciplinare dell'avvocato relative alle attività di acquisizione della prova in sede stragiudiziale. È sufficiente rilevare, al riguardo, come la recente riforma del codice deontologico si sia tradotta nella previsione di una generica fattispecie disciplinare concernente la violazione degli obblighi di lealtà e buona fede nelle attività di istruzione stragiudiziale svolte nell'ambito della negoziazione assistita, peraltro sanzionata con la sola censura (art. 62-*bis*, comma 1, cod. for.)⁸⁹. È, del resto, proprio sotto tale profilo che emerge un netto distacco rispetto all'impostazione di *law of lawyering* sistematicamente accolta dalle *Model Rules* anche con riferimento ai doveri di leale collaborazione gravanti sull'avvocato nella fase precontenziosa, la cui violazione può essere direttamente sanzionata dal giudice in sede processuale (*Rule 27 MERCP*)⁹⁰.

Un ultimo ordine di considerazioni sembra infine poter concernere le suggestioni offerte dalle *Model Rules* relativamente alla disciplina dell'atto introduttivo del giudizio (§§ 3-4). È noto come il nostro codice di rito accolga, in via generale, un paradigma di atto introduttivo essenzialmente unitario e aspecifico sotto il profilo della configurazione dei requisiti attinenti all'*editio actionis*, con eccezioni prevalentemente circoscritte ai procedimenti speciali. Simili caratteristiche distintive appaiono, d'altronde, coerenti con la scelta di delineare un prototipo di atto indistintamente applicabile a una categoria eterogenea di controversie, quali quelle devolute al processo ordinario di cognizione e al rito semplificato. È proprio tale insieme di

⁸⁹ R. DANOVÌ, *Ordinamento forense e deontologia*, 20ª ed., Milano, 2025, pp. 148-149.

⁹⁰ Per alcuni inevitabili riferimenti al versante italiano del dibattito, si v., spec., A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 261 ss.; G. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L.J.*, 2006, p. 59 ss.; G. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics: a Comparative Study*, Stanford, 2004, p. 233 ss.; nonché, più di recente, A. DONDI, V. ANSANELLI, *Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo*, in *Il rapporto avvocato-cliente*, cit., 15 ss.; V. ANSANELLI, *Minime considerazioni su poteri disciplinari e sanzioni*, in *Per i centocinquanta'anni degli ordini forensi. Dialogo fra università e avvocatura su indipendenza della professione e tutela dei diritti*, a cura di R. Bianchi Riva, Milano, 2025, p. 129 ss. Id., *Etica forense e «law of lawyering». Prospettive di diritto comparato*, in *Etica e giust.*, 2025, p. 407 ss.

elementi a determinare una sensibile divergenza rispetto all'approccio adottato dalle *Federal Rules* statunitensi, ove il grado di specificità delle allegazioni richiesto ai fini dell'ammissibilità della domanda risulta modulato in funzione della particolare natura di determinate controversie (*Rule 9 FRCP*). Un'impostazione analoga è seguita, in termini per certi aspetti ancor più rigorosi, nell'ambito delle *Civil Procedure Rules* inglesi, nelle quali la differenziazione degli oneri allegatori e probatori si riflette in una corrispondente articolazione della struttura redazionale dell'atto (*Rules 16.2-16.4 CPR*). L'impianto delle *Model European Rules* si colloca invece in una posizione intermedia rispetto alle predette opzioni, affidando al giudice il compito di modulare l'effettiva configurazione dei contenuti dell'atto in ragione delle peculiarità della singola controversia, ordinandone l'integrazione secondo predeterminati requisiti aggiuntivi (*Rule 53(3) MERCP*).

La prospettiva di garantire, in tal modo, un principio di proporzionalità e un'allocazione delle risorse processuali commisurata alla «*nature, importance and complexity of the particular case*» (*Rule 8 MERCP*) ha trovato un primo riscontro anche nel nostro ordinamento⁹¹. Ci si riferisce, come è agevole intendere, alla codificazione di un generale principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali (art. 121 c.p.c.), cui si sono affiancati sia l'introduzione di *format* redazionali standard (d.m. n. 110/2023), sia il richiamo all'osservanza di canoni di chiarezza e specificità anche nell'assolvimento degli oneri allegatori connessi all'atto introduttivo⁹². Ad ogni modo, pur ipotizzando un superamento degli attuali limiti di tale assetto, appare arduo immaginare la strutturazione di canoni e requisiti redazionali dell'atto differenziati in funzione della tipologia di controversia, come avviene nel modello inglese e, in parte, in quello statunitense. Non meno problematica appare l'alternativa di delinearne una configurazione flessibile, rimessa in concreto a valutazioni discrezionali dell'organo giudicante, come previsto nelle *Model Rules*. In entrambi i casi sembrano infatti difficilmente eludibili le ricadute sul piano dell'ammissibilità dell'atto e, quindi, i potenziali profili di contrasto con l'effettività del diritto di azione. Non è del resto un caso se le stesse *Model Rules* abbiano deliberatamente optato per non disciplinare tali aspetti cruciali, riservandone la definizione ai legislatori nazionali.

Cionondimeno, il timore di introdurre surrettiziamente nuovi filtri formali di accesso alla giustizia non dovrebbe impedire di riconoscere i rilevanti profili di criticità che caratterizzano l'attuale assetto delle conseguenze connesse alla violazione dei canoni e dei requisiti redazionali dell'atto. In particolare, laddove tali violazioni si traducano in condotte processuali sleali – poiché, ad esempio, finalizzate a ostacolare l'adempimento dell'onere di contestazione specifica gravante sul convenuto – non appare del tutto soddisfacente che le conseguenze si

⁹¹ Cfr., per più ampie e autorevoli considerazioni, A. PANZAROLA, *Principi e regole in tema di utilitarismo processuale*, Bari, 2022 (e, ivi, *Principio di proporzionalità e processo civile. La «nuova» procedura civile utilitaristica*, pp. 25 ss.), nonché, spec., L.P. COMOGLIO, *Il principio di proporzionalità nei modelli più recenti del processo civile italiano*, cit., pp. 447-448.

⁹² Cfr., *amplius*, F. NOCETO, *Chiarezza e sinteticità degli atti processuali*, cit., p. 619 ss.

esauriscano sul piano delle spese di lite, gravando esclusivamente la parte assistita⁹³. Un simile assetto finisce, in ultima analisi, per escludere ogni forma di responsabilità deontologica del difensore al quale la parte abbia affidato la propria rappresentanza tecnica. Ne risulta così confermata la distanza del nostro modello processuale dalle tendenze che attribuiscono ai doveri di leale collaborazione dei difensori un rilievo non solo funzionale/efficientistico, ma anche etico-professionale; tendenze oggi sistematicamente valorizzate nelle *Model European Rules of Civil Procedure*. D'altra parte, è probabilmente in quest'ottica che lo strumento delle tecniche redazionali degli atti può cessare di essere mera fonte di formalismo e tornare a svolgere una funzione di garanzia delle forme.

Filippo Noceto

Ricercatore dell'Università di Genova

⁹³ Cfr., ancora, F. NOCETO, *o.u.c.*, pp. 628-629, nonché V. ANSANELLI, *Sanzioni disciplinari e deontologia forense. Uno sguardo comparato di «procedural ethics»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, pp. 675 ss., spec. 689 e, *amplius*, per la prospettiva nel cui solco si sono inseriti i lavori precedentemente citati, A. DONDI, *Conduite de l'avocat et loyauté procédurale. Une tentative de mise à jour*, in J.Y. CHEROT (Ed.), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bérge*, Bruxelles, 2012, p. 867 ss.; Id., *Buona pratica della difesa in giudizio come law o f lawyering. Un breve riepilogo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 1 ss.



DAVIDE CASTAGNO

Il *case management* giudiziale nelle *ELI-Unidroit Model Rules* tra cooperazione, proporzionalità e metodi (non più) alternativi di risoluzione delle controversie: verso una riforma di principi?

Il contributo esamina il modello di *case management* delle *ELI-Unidroit Model Rules*, evidenziando il ruolo centrale del giudice-*manager*. Dotato di ampi poteri di direzione e organizzazione del procedimento, il giudice è chiamato a garantire una gestione proporzionata ed efficiente della controversia, favorendo in larga misura soluzioni consensuali e il ricorso agli strumenti di ADR. Ne emerge un sistema di giustizia plurale e integrato, in cui processo e “altri” metodi di risoluzione della controversia operano in chiave complementare e non più alternativa. A partire da tali premesse, l’Autore indaga in che misura questo diverso modo di intendere la procedura civile trovi spazio nell’ordinamento italiano, non senza una previa comparazione con due sistemi, quello anglosassone e quello francese, le cui recenti riforme processuali paiono aver recepito un tale mutamento di principi.

This article analyses the case management framework established by the ELI-Unidroit Model Rules, focusing on the evolving role of the judge as case manager. Equipped with extensive powers to shape and steer proceedings, the judge is entrusted with ensuring that disputes are handled proportionately and efficiently, while actively encouraging consensual settlements and the use of ADR mechanisms. The Model Rules thus endorse a plural and integrated vision of civil justice, where adjudication and alternative dispute resolution operate as complementary tools rather than mutually exclusive options. Against this background, the article assesses whether and to what extent this shift in procedural culture has influenced the Italian legal system, drawing on a comparative perspective that considers recent procedural reforms in the United Kingdom and France.

Sommario: 1. La ricerca di soluzioni alternative al processo tra i poteri di *case management* nelle *Model Rules*; 2. *Case management* e *court-attached ADR* nella recente esperienza anglosassone; 3. L’ultima riforma del *Code de procédure civile* francese: un nuovo modello di *justice plurielle*; 4. Processo civile e ADR (*recte* mediazione demandata) in Italia: situazione attuale e prospettive future.

* Il contributo rielabora in forma scritta l’intervento dell’Autore presentato in occasione del Seminario de *Il Diritto processuale civile italiano e comparato* “ELI/UNIDROIT Model Rules e processo civile italiano: quali prospettive?”, svoltosi a Napoli il 6 febbraio 2026.

1. La ricerca di soluzioni alternative al processo tra i poteri di *case management* nelle *Model Rules*

Alla gestione del processo, *case-management* nella versione ufficiale delle *Model Rules*, è dedicato un apposito Titolo, il terzo, rubricato – nella traduzione italiana – “Della direzione e della gestione manageriale del procedimento” (*Part III*).

Dopo aver richiamato la diligenza delle parti nella conduzione del processo (*Rule 47*), da un lato, e il controllo del giudice sul suo andamento (*Rule 48*), dall’altro, la *Rule 49* – che costituisce l’essenza di tale Titolo – procede ad elencare una serie di poteri del giudice necessari per una “corretta gestione del procedimento” (*the proper management of proceedings*). Si tratta, in particolare, della possibilità di:

- incoraggiare le parti ad attivarsi per addivenire ad una definizione consensuale di tutta o di parte della controversia e, se del caso, anche a fare ricorso a metodi alternativi di risoluzione della lite;
- fissare udienze per la gestione della causa;
- determinare il tipo e le forme del procedimento;
- fissare un calendario del processo, con l’indicazione di termini perentori entro cui le parti ed i loro difensori devono compiere determinate attività processuali;
- limitare il numero e la lunghezza delle memorie che saranno presentate nel corso del procedimento;
- stabilire l’ordine in cui le questioni controverse devono essere trattate e decidere in ordine alla riunione o alla separazione di procedimenti;
- individuare preliminarmente le questioni relative alla giurisdizione e alla competenza, alla richiesta di misure cautelari o alla prescrizione e decadenza, in modo che possano essere oggetto di una decisione autonoma e anticipata, a seguito di udienze appositamente fissate;
- esaminare le questioni attinenti all’assistenza e alla rappresentanza delle parti, nonché le questioni relative all’intervento di terzi o alla partecipazione di altri soggetti interessati;
- valutare l’ammissibilità di modificazioni alle domande, eccezioni e deduzioni istruttorie avanzate negli atti introduttivi, in considerazione delle allegazioni formulate dalle parti;
- ordinare la comparizione personale delle parti o dei loro legali rappresentanti, che devono essere a conoscenza di tutte le questioni relative al procedimento;
- valutare la disponibilità, l’ammissibilità, la forma, la comunicazione e l’esibizione reciproca dei mezzi di prova e, in considerazione dello stato del procedimento: a) ammettere o non ammettere mezzi di prova; b) ordinare l’assunzione dei mezzi di prova ammessi.

Tali poteri – che come suggerisce l’espressione “*in particular*” non possono considerarsi esaustivamente elencati – si inseriscono nella più ampia cornice della *Rule 5*, ove si afferma il dovere del giudice di garantire che il processo di risoluzione della controversia sia

“proporzionato”¹. Proporzione da stabilirsi, prosegue la *Rule*, a fronte della natura, dell’importanza e della complessità del caso in esame, in funzione di una “giusta”, “corretta” amministrazione della giustizia (*the proper administration of justice*), verso cui il dovere manageriale del giudice è rivolto.

Ne emerge la figura di un giudice-*manager*, capace di gestire – oltretutto decidere – la controversia, allocando le risorse disponibili per risolverla nel miglior modo possibile, sia con riguardo alle sue caratteristiche particolari (*micro case-management*) sia con riferimento all’intero sistema giustizia, in cui essa si inserisce (*macro case-management*). E in quest’ottica, risulta significativo – quantomeno agli occhi dello studioso italiano – che il primo dei poteri di direzione del procedimento elencati alla *Rule 49* sia quello di incoraggiare le parti ad attivarsi per addivenire ad una definizione consensuale di tutta o di parte della controversia, anche facendo ricorso a metodi alternativi di risoluzione della lite. Un potere a cui, vale la pena sottolineare, fa da *pendant* il primo dei doveri che la *Rule 3* pone a carico delle parti: adottare misure ragionevoli e appropriate per risolvere le controversie in via amichevole. Se a ciò si aggiunge che il “*Settlement*” (*Section 2.C*) figura nelle *Model Rules* come terzo principio, in immediata successione a quello di collaborazione (*Section 2.A*) e proporzionalità (*Section 2.B*), ecco che la ricerca di metodi alternativi di risoluzione della controversia sembra porsi come il naturale completamento di quel “trittico di principi”² che informa tutte le regole ivi contenute. Così, se da un lato le parti sono chiamate a cooperare nel tentativo di risolvere la loro disputa consensualmente, sia prima che dopo l’inizio del procedimento (*Rule 9*), dall’altro il giudice deve facilitare una tale risoluzione consensuale in qualsiasi fase del processo (*Rule 10*). E ciò non solo istruendo le parti in merito alla possibilità di avvalersi di metodi diversi per la risoluzione consensuale della controversia, ma anche suggerendo o raccomandando loro il ricorso ad un metodo specifico, secondo le diverse possibilità offerte dai vari ordinamenti nazionali³.

Si tratta, beninteso, di una strada differente rispetto a quella della conciliazione giudiziale, che è un istituto radicato negli ordinamenti continentali, rientrando la funzione conciliativa tra quelle tradizionalmente riconosciute al giudice. Invero, lo schema procedimentale proposto dalle *Model Rules*, che pure non rinnegano tale funzione ed anzi la incoraggiano⁴, sembra

¹ Quanto all’esercizio di tali poteri, il riferimento alla “necessarietà” per la corretta gestione del procedimento segna evidentemente il limite e la proporzione del loro impiego: cfr. S. HUBER, (*Rules 47-50*) *Case Management*, in A. Stadler, V. Smith e F. Gascón Inchausti (a cura di), *European Rules of Civil Procedure. A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Cheltenham, 2023, p. 156, spec. 174 s.

² L’espressione è di R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 717, spec. 727.

³ I singoli metodi di ADR non sono infatti contemplati dalle *Model Rules*.

⁴ È infatti la stessa *Rule 10(3)* a prevedere che il giudice possa partecipare ai tentativi compiuti dalle parti per addivenire ad un accordo ed assisterle nel raggiungimento di una risoluzione consensuale della controversia, anche nella fase di stesura di

suggerire un vero e proprio sistema plurale e integrato di giustizia, costituito dal processo (con i suoi istituti tipici, tra cui la conciliazione) e dagli “altri” metodi di risoluzione della lite. Un sistema in cui i diversi modi di composizione della controversia – tra cui quello giudiziale, sia esso aggiudicativo o conciliativo – non si pongono in termini di alternativa (*aut aut*), ma piuttosto di “alternanza” (*et et*), in funzione del principio di proporzionalità⁵. Un sistema, cioè, in cui la linearità della procedura – di norma introduzione, trattazione e decisione – può essere rotta in nome di una giustizia più efficiente, demandando la soluzione della lite – anche parzialmente e non solo *in toto* – ad altri soggetti. Un sistema scomponibile e ricomponibile, a seconda delle caratteristiche della controversia, con possibili “*allers et retours*” verso e dalle aule di giustizia⁶, secondo un approccio olistico in cui la decisione giudiziale non rappresenta necessariamente la *best option*⁷.

Fulcro di tale sistema resta però il giudice, i cui poteri di *case management* non si limitano alla gestione del procedimento, bensì – come suggerisce l’espressione stessa – si estendono alla gestione del “caso” ovvero della controversia nella sua globalità, al fine di individuare il metodo più adatto (*tailored-made*) alle esigenze delle parti, ma anche del sistema giustizia in cui il giudice è chiamato ad operare⁸.

L’esito del procedimento ambisce così a una vittoria collettiva, per usare la felice espressione di Ost⁹: una soluzione *win-win* resa possibile con il passaggio dal giudice “arbitro” – passivo di fronte al gioco processuale delle parti, di cui deve solo assicurare il rispetto delle regole – al

un accordo conciliativo o transattivo (non potendo poi, se del caso, giudicare di quella controversia se ciò gli ha permesso di ricevere informazioni in assenza di contraddittorio).

⁵ In questi termini v. L. CADIEU e S. AMRANI-MEKKI, (*Rules 2-8*) *General principles: Co-operation and Proportionality*, in A. Stadler, V. Smith e F. Gascón Inchausti (a cura di), *European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 11, spec. 20 ss. Evidenzia come nelle *Model Rules* il principio di proporzionalità rappresenti l’espressione primaria del *case management* anche L.P. COMOGLIO, *Il principio di proporzionalità nei modelli più recenti del processo civile europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 443 spec. 454.

⁶ L’espressione è di S. AMRANI-MEKKI, *Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends - Audience de règlement amiable et césure du procès*, in *JCP G*, 2023, n° 37, doct. 1040.

⁷ Di guisa che, come sottolinea P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 318, spec. 322 ss., l’alternatività del metodo di risoluzione della controversia si pone in questo modo rispetto all’esito “normale” del processo, che è la decisione giudiziale. Dello stesso avviso anche R. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, *ivi*, 2002, p. 844, spec. 850.

⁸ Cfr. L. ERVO, (*Rules 9-10, 141*) *Facilitating ADR and Settlements: An Extension of the Co-operation Principle*, in A. Stadler, V. Smith e F. Gascón Inchausti (a cura di), *European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 94, spec. 97. In questa prospettiva, secondo M. DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 282, spec. 283, il *case management* «si configura primariamente quale mezzo di adattamento della disciplina procedimentale alle peculiarità del caso concreto, sì da non comprimere le esigenze di difesa e di approfondimento delle parti e al contempo però consentendo a ciascun contenzioso il “giusto” grado di attenzione da parte del servizio giustizia (non troppo poco, ma neppure troppo)».

⁹ V. F. OST, *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice*, in P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (a cura di), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, 2019, p. 1, spec. §81.

giudice “allenatore”, che le parti consiglia e orienta verso la soluzione più efficiente, oltre che più efficace, della lite e, possibilmente, del conflitto che le contrappone¹⁰.

Se ciò è vero, trattare del *case management* descritto nelle *Model Rules* significa allora far emergere, anzitutto, un diverso modo di intendere il processo civile, evidenziandone un cambiamento negli aspetti culturali (*a change in mindset*), più che nelle regole tecniche¹¹. Un mutamento di prospettiva, in cui la soluzione endo-processuale partecipa con altri strumenti eso-processuali di risoluzione delle controversie, con una marcata preferenza, quando possibile, per questi ultimi¹².

Una rinnovata concezione del sistema giustizia, questa, di cui si trova un esempio lampante nelle disposizioni preliminari al nuovo Codice di procedura civile del Québec del 2014: «Il presente Codice si propone, nell’interesse pubblico, di predisporre strumenti di prevenzione e composizione delle controversie, nonché di contenimento del ricorso alla giurisdizione, attraverso procedure adeguate, efficienti ed eque, capaci di valorizzare la partecipazione attiva dei soggetti interessati». Parimenti rilevanti, seppur più tenui, le affermazioni di principio contenute nelle norme fondamentali del processo civile poste in apertura al *Código de Processo Civil* brasiliano del 2015, secondo cui, da un lato, «Lo Stato promuove, ove possibile, la soluzione consensuale dei conflitti» (Art. 3° §2) e, dall’altro, «La conciliazione, la mediazione e gli altri metodi di soluzione consensuale dei conflitti devono essere incoraggiati da giudici, avvocati, difensori pubblici e membri del pubblico ministero, anche nel corso del procedimento giudiziario» (Art. 3° §3).

In questa prospettiva, prima di esaminare in che misura il processo italiano si stia – o meno – muovendo verso tale direzione, è dunque opportuno soffermarsi su due recenti riforme processuali che, anche a livello europeo, tale cambiamento di prospettiva sembrano recepire. Mi riferisco, in particolare, alla riforma delle *Civil Procedure Rules* (CPR) del 2024, nel Regno Unito, e a quella del *Code de procédure civile* (CPC) della scorsa estate (2025), in Francia.

2. Case management e court-attached ADR nella recente esperienza anglosassone

La nozione di *judicial case management*, originatasi nel contesto del processo civile americano, è stata formalmente “importata” nell’ordinamento anglosassone nel 1998, con l’adozione

¹⁰ Sulla distinzione tra i concetti di lite e conflitto, alla luce del quadro delineato dalle *Model Rules*, v. S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali. Per una gestione responsabile del conflitto*, in *Giust. cons.*, 2024, p. 283, spec. 284 ss.

¹¹ V. M. DE BENITO, A. NYLUND, J. SORABJI e R. STÜRNER, *Case Management*, in M. De Benito (a cura di), *Colloquies on European Civil Procedure. Exploring the ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, Leiden-Boston, 2025, p. 17, spec. 23.

¹² Sui limiti del ricorso a tali strumenti, al di là dell’accordo delle parti e della disponibilità dell’oggetto della lite, v. ancora R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit*, cit., p. 733 ss., che pone lo stesso principio di proporzionalità ad argine del loro impiego “sempre e comunque”, laddove «l’intervento della giustizia civile statale, specialmente quando culmini in una guida autorevole di coerenza affidata alla corte suprema, assicura un adeguato parametro di giudizio che vale *erga omnes* nella sua efficacia persuasiva».

delle *Civil Procedure Rules* (CPR)¹³. Si trattò, come noto, di una vera e propria riforma culturale, posto che, in precedenza, il processo inglese si basava sul modello c.d. “*adversial*”, relegando il giudice a un ruolo perlopiù passivo rispetto all’attività delle parti¹⁴. Rivedendo tale impostazione di fondo, con le sue inevitabili derive in termini di economia processuale, le nuove *Rules* introducevano tra i principi fondamentali del processo (*overriding objective*) un vero e proprio dovere di “*active case management*” in capo al giudice (*Rule 1.4*), al fine di trattare le cause in modo giusto e con costi proporzionati (*Rule 1.1*), anche grazie alla collaborazione delle parti (*Rule 1.3*)¹⁵.

Emergeva in questo modo quel binomio cooperazione-proporzionalità – da cui le *Model Rules* hanno certamente attinto – che, a sua volta, “triangolava” con i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, metodi di cui anche il giudice doveva farsi promotore nell’ottica di una migliore – “*justly*” e non solo “*just*” – gestione del caso¹⁶. E così, tra i poteri di *case management* figurava anche quello di incoraggiare le parti a ricorrere a metodi di ADR, ove considerati appropriati, nonché quello di facilitarne l’utilizzo, come previsto dalla *Rule 1.4(2)(e)*. Un potere diverso, è bene ribadirlo, da quello di conciliare le parti, pure incluso nella *Rule 1.4(2)*, ma alla lettera (*f*).

Tale modello di *court-attached ADR*, che nel disegno riformatore di Lord Woolf avrebbe dovuto contribuire a rafforzare l’idea del processo come *last resort remedy*, configurazione già avvalorata nei *Pre-action Protocols*¹⁷, ha conosciuto tuttavia un considerevole ridimensionamento in seguito alla pronuncia *Halsey v. Milton Keynes*, resa nel 2004 dalla *Court of Appeal*¹⁸. Secondo Lord Dyson, estensore della decisione, non spettava infatti al giudice il

¹³ Nel processo americano, il *judicial case management* si è sviluppato – con il nome di *caseflow management* – a partire dagli anni ’70 del secolo scorso, per poi confluire, nei primi anni ’80, nelle *Federal Rules of Civil Procedure* e segnatamente nella *Rule 16 (Pretrial Conferences; Scheduling; Management)*. Per una puntuale ricostruzione dell’evoluzione americana dell’istituto v. F. BARBIERI, *La direzione del giudice e l’economia processuale*, Napoli, 2024, p. 55 ss. Per il recente approdo di tale potere direzionale con riferimento ai metodi di ADR di cui *infra* nel testo, anche in chiave comparata, v. inoltre A. CARRATTA e C. CAVALLINI, *Judicial settlement e modelli di tutela a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 427 ss.

¹⁴ Cfr. A. MERONE, *L’evoluzione delle civil procedure rules tra case e costs management: all’alba del general pre-action protocol e della seconda riforma Jackson*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 1375, spec. 1377 s. Sul tema, all’indomani della riforma, v. anche L. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese. Principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1353, spec. 1362 ss.

¹⁵ Sull’evoluzione del *case management* giudiziale nel contesto delle *Civil Procedure Rules* v. B. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 91 ss., nonché, più recentemente, A. MERONE, *Il modello semplificato di cognizione tra principi e regole del processo*, Napoli, 2025, p. 374 ss.

¹⁶ Sul concetto di “*proportionate justice*” emergente dalle *Civil Procedure Rules* cfr. A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, p. 42 ss.

¹⁷ Sull’influenza esercitata dai *Pre-action Protocols* inglesi sulle *Model Rules* e in particolare sulla *Rule 51(1)* ovvero sul dovere delle parti, prima dell’inizio del processo, di cooperare tra loro al fine di evitare controversie e costi inutili, facilitando la rapida risoluzione consensuale della controversia, v. E. D’ALESSANDRO, *(Rules 51-60) Procedural steps and contents of initial documents*, in A. Stadler, V. Smith e F. Gascón Inchausti (a cura di), *European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 180, spec. 182 ss.

¹⁸ *Court of Appeal (Civil Division), Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576.

compito di gestire la controversia al punto da ordinare alle parti il ricorso ad un metodo di risoluzione alternativo della controversia, che poteva soltanto essere loro suggerito, ma non imposto.

Benché con alcune (significative) eccezioni, il principio di diritto stabilito dalla *Court of Appeal* è stato successivamente seguito dalle corti inglesi sino al recente *overruling* inaugurato dalla medesima *Court of Appeal* nel caso *Churchill v. Merthyr Tydfil*¹⁹, preludio alla riforma delle *Civil Procedure Rules* del 2024.

In particolare, la corte ha (re)incluso tra i poteri del giudice di controllo del processo quello di sospenderlo per ordinare alle parti il ricorso ad un metodo alternativo di risoluzione della controversia, a prescindere dalla sua denominazione tipica (o atipica, includendovi financo semplici trattative informali tra le parti). E ciò, ancora una volta, in maniera “proporzionale” a raggiungere una soluzione della controversia «*fairly, quickly and at reasonable cost*».

La trasmissione *streaming* delle udienze dibattimentali, che ha raggiunto oltre un migliaio di visualizzazioni, testimonia della portata anche “sociale” della decisione, in grado di recare con sé una vera e propria riforma culturale del sistema di *court-attached ADR* delineato dalle CPR del 1998 e già caratterizzato per la sua interazione con il processo mediante penetranti poteri del giudice²⁰. Una riforma culturale presto concretizzatasi in precetto normativo, giacché tradottasi, nel giro di un anno appena, nella riforma dei “principi” delle *Civil Procedure Rules*²¹. In seguito alla riforma, in particolare, le *court-attached ADR* concorrono direttamente al perseguimento dell’*overriding objective* di cui alla *Rule 1*, dove si prevede che la trattazione della causa in modo giusto e a costi proporzionati contempla, per quanto praticabile, di promuovere o utilizzare strumenti di risoluzione alternativa delle controversie [*Rule 1.2(2)(f)*]. La *Rule 1.4(2)(e)*, dal canto suo, include adesso anche il potere di “ordinare” – oltreché incoraggiare – le parti ad utilizzare metodi di ADR. E così, tra i *general powers of management* del giudice, la *Rule 3.1(2)(o)* include quello di ordinare alle parti di impegnarsi in meccanismi di *alternative dispute resolution*, mentre in tutte le *Rules* dedicate ai diversi *tracks* si ribadisce che, nell’impartire le “direttive” procedimentali, il giudice deve valutare se disporre o incoraggiare le parti a ricorrere a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie [*Rule 28.7(d)* per il *Fast Track*, *Rule 28.14(f)* per l’*Intermediate Track*, *Rule 29.2(1A)* e *PD29.4.10(9)* per il *Multi Track*]. Quanto alle conseguenze della mancata ottemperanza all’ordine del giudice, la *Rule 44.2(5)(e)* include ora tale condotta tra quelle rilevanti ai fini della ripartizione delle spese processuali.

¹⁹ *Court of Appeal (Civil Division), Churchill v. Merthyr Tydfil County Borough Council*, [2023] EWCA Civ 1416. Per un commento alla pronuncia v. A.M. FELICETTI, *ADR per ordine del giudice nella common law inglese. I nuovi orizzonti aperti da Churchill v. Merthyr Tydfil*, in *Giust. cons.*, 2024, p. 107 ss., ove si riportano altresì le decisioni che, in passato, si erano discostate dal precedente *Halsey*.

²⁰ Cfr. R. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo*, cit., p. 880.

²¹ 2024 No. 839 (L. 11) *The Civil Procedure (Amendment No. 3) Rules 2024*.

Va detto, infine, che né la decisione della *Court of Appeal* in *Churchill* né la riforma delle *Civil Procedure Rules* precisano il tempo in cui il giudice può ordinare alle parti il ricorso ad un metodo di ADR. Di guisa che, in alcune recenti decisioni, i giudici inglesi hanno fatto uso di tale potere in fasi ormai avanzate del processo ed anche a fronte del fallimento di precedenti tentativi di soluzione consensuale della controversia autonomamente intrapresi dalle parti, dando così prova di un'applicazione dell'istituto in chiave non meramente deflattiva, ma realmente funzionale alla miglior definizione della lite²².

3. L'ultima riforma del *Code de procédure civile* francese: un nuovo modello di *justice plurielle*

Passando agli ordinamenti continentali c.d. “di *civil law*”, la presenza di norme di coordinamento (*passageways*) in grado di permettere il passaggio dal processo a metodi alternativi di risoluzione della controversia è fenomeno non certo nuovo. Quantomeno con riferimento alla mediazione, d'altronde, tale possibilità è espressamente prevista dall'art. 5 della Direttiva 2008/52/CE, trovando così applicazione per tutti gli Stati membri e talvolta figurando addirittura tra i principi fondamentali del processo, come nel caso del Codice di procedura civile romeno del 2010²³. Né sono estranee alle codificazioni europee disposizioni di *case management* che prevedono il dovere del giudice di attivarsi per raggiungere una soluzione “proporzionata” della controversia, anche mediante la cooperazione delle parti. Emblematiche, a questo proposito, le due previsioni contenute tra i principi fondamentali del nuovo Codice di procedura portoghese del 2013 (*Código de Processo Civil Novo*) dedicate rispettivamente al “*Dever de gestão processual*” (Artigo 6.º) e al “*Princípio da cooperação*” (Artigo 7.º).

Se, però, è alla reciproca influenza di tali aspetti che si guarda ovvero al modo in cui essi si coordinano nello svolgimento del processo, dando vita a un vero e proprio “*renewed concept of civil procedure*”²⁴, bisogna allora rivolgere l'attenzione all'esperienza francese. Qui, dove a far data dal “nuovo” codice di procedura civile del 1975 il compito di conciliare le parti rientra nella *mission* del giudice, come previsto tra i principi generali (art. 21 CPC), tale funzione è stata via via delegata a soggetti esterni alla magistratura, a vantaggio dell'altra – più nobile – funzione del giudice: *trancher le litige conformément aux règles de droit* (art. 12 CPC)²⁵. Nel

²² V. ad es. *High Court of Justice, DKH Retail Ltd and others v City Football Group Ltd* [2024] EWHC 3231 (Ch). La decisione è annotata, anche con riferimento al panorama italiano, da A.M. FELICETTI, *Il momentum della mediazione demandata in Inghilterra. Considerazioni a margine di DKH Retail v City Football*, in *Giust. cons.*, 2025, p. 553 ss.

²³ Art. 21, comma 1, *Codul de procedură civilă*: «Il giudice raccomanda alle parti la risoluzione amichevole della controversia mediante la mediazione, secondo quanto previsto dalla legge speciale».

²⁴ Così L. CADIET e S. AMRANI-MEKKI, (*Rules 2-8*) *General principles*, cit., p. 18.

²⁵ Introdotta nel codice di rito nel 1975 (*Décret n° 75-1123*), la funzione conciliativa del giudice è così descritta da Gérard Cornu, suo promotore: «la conciliation [...] constitue, pour le juge, à tout moment, une mission (c'est-à-dire tout à la fois un

corso degli anni, si è così assistito al proliferare di figure professionali para-giudiziali, alternative e complementari rispetto al giudice.

Il *Décret n°78-381* del 20 marzo 1978 ha dapprima istituito la figura dei conciliatori di giustizia, incaricati di facilitare una soluzione amichevole della controversia “*en dehors de toute procédure judiciaire*”. In seguito, la *Loi n° 95-125* dell’8 febbraio 1995, istitutiva della mediazione in materia civile e commerciale, ha permesso al giudice, *ante tempo* rispetto alla Direttiva del 2008, purché con l’accordo delle parti, di rinviare queste ultime davanti a un conciliatore o un mediatore, per cercare una soluzione consensuale della lite. Con la *Loi n° 2010-1609* del 22 dicembre 2010 è stata quindi introdotta la negoziazione assistita (*procédure participative*), la cui portata è stata successivamente ampliata dalla *Loi n° 2016-1547* del 18 novembre 2016 (la “*loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*”), che ne ha permesso l’utilizzo anche in corso di causa. La convenzione di procedura partecipativa – a quel tempo – disciplinata all’art. 2026 del *Code civil* è così divenuta uno strumento utilizzabile dalle parti non soltanto per raggiungere un accordo sull’an della controversia (*la résolution amiable de leur différend*), ma anche sul *quomodo* della sua istruzione davanti al giudice (*la mise en état de leur litige*)²⁶.

Nel frattempo il *Décret n° 2012-66* del 20 gennaio 2012, in un’ottica di razionalizzazione dei vari strumenti di ADR, ha introdotto un nuovo Libro V nel codice di procedura, dedicato appunto alla *résolution amiable des différends*, così implementando – a tutti gli effetti – tali strumenti nella disciplina codicistica del processo civile.

Hanno proseguito tale percorso, da un lato, il *Décret n° 2022-245* del 25 febbraio 2022, con cui il legislatore francese ha introdotto il potere del giudice di rinviare le parti in mediazione a prescindere dal loro consenso e, dall’altro, il *Décret n° 2023-686* del 29 luglio 2023, recante “*mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire*”. Con quest’ultimo, in particolare, il legislatore francese ha introdotto l’*audience de règlement amiable* (ARA), un nuovo metodo di composizione alternativa della controversia demandato a un giudice diverso da quello davanti a cui pende la causa (oggi confluito, con applicazione generalizzata, negli artt. 1532 et suiv. CPC), e la *césure du procès*, un meccanismo di “scomposizione” del processo che mira ad agevolare una definizione consensuale della controversia, almeno parziale (artt. 807-1 et suiv. CPC)²⁷.

Completa questa evoluzione l’ultima riforma del *Code de procédure civile*, operata dal *Décret n° 2025-660* del 18 luglio 2025 ed entrata in vigore lo scorso 1° settembre, che, oltre ad

pouvoir et un devoir), une vocation naturelle, inhérente à son office» (v. G. CORNU, *L’élaboration du code de procédure civile*, in *RHFD*, 1995, n° 16, p. 254).

²⁶ Sul tema v. il recente contributo di L. DE BARBIERI, *Accordi processuali e gestione collaborativa della controversia in un raffronto fra l’ordinamento francese e quello italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 1259, spec 1274 s.

²⁷ Su tali istituti sia permesso il rinvio a D. CASTAGNO, *Audience de règlement amiable (ARA) e césure du procès (CP): due recenti riforme francesi verso un processo “modulare”*, in *questa Rivista*, 2024, p. 442 ss.

interventi di dettaglio e riorganizzazione sistematica delle norme in materia di *modes amiables de résolution des différends*, interviene direttamente sui “principi direttori del processo”. E ciò fa, in particolare, modificando l’art. 21 CPC, l’unico di cui si compone la Sezione VII che, precedentemente rubricata “*La conciliation*”, diviene ora “*La résolution amiable du litige*”. Alla tradizionale funzione conciliativa del giudice si aggiunge così quella di determinare con le parti il metodo di soluzione della controversia “*le plus adapté à l’affaire*” (art. 21, al. 1, CPC), ferma restando la possibilità che le parti decidano in ogni momento di risolvere consensualmente tutta o parte della controversia (art. 21, al. 2, CPC).

Si tratta, come sottolineato da parte della dottrina, dell’innovazione più generale e simbolica della riforma, incidente su quei principi del processo da toccare con “*la main tremblante*”, considerate le potenziali ricadute che ogni loro modifica può recare alla conformazione del processo stesso²⁸. Ciò anche se, nel caso di specie, la modifica appare più “estetica” che pratica, non essendo stata accompagnata da altri rilevanti cambiamenti a livello di regole operative, fatta salva la possibile sanzione sino a 10.000 € per chi – senza giustificato motivo – non ottempera all’ingiunzione del giudice di incontrare un conciliatore o un mediatore (art. 1553-3 CPC)²⁹. Un’innovazione, questa, che sembra peraltro andare in direzione opposta ad un modello realmente “collaborativo” in cui giudice e parti cooperano verso la migliore soluzione della lite.

Certo è, tuttavia, che la modifica dell’art. 21 CPC segna una considerevole evoluzione nel modo di guardare al processo civile e a chi quel processo deve gestire, ovvero il giudice, in maniera funzionale all’affermazione di una nuova politica di giustizia³⁰. Una giustizia pluralista e integrata, versione continentale della *multi-door court house* già preconizzata oltreoceano da Sander negli anni ’70 del secolo scorso³¹. Un autentico mutamento di paradigma, dunque, che

²⁸ In questi termini v. M. BARBA, *La réforme de l’instruction et des modes alternatifs en matière civile : un amiable décret (première partie : lignes de force, dispositions transitoires et principes directeurs)*, in *Dalloz actu.*, 17 settembre 2025.

²⁹ Vi si aggiungono una serie di modifiche minori, soprattutto di risistemazione del Libro V, dedicato ai metodi di risoluzione alternativi delle controversie, nonché l’introduzione, nel Titolo VI del Libro I, delle convenzioni relative all’istruzione della causa (articoli da 127 a 131-8), con l’aggiunta, non irrilevante, della regola secondo cui, nel rispetto dei principi direttori del processo, le cause saranno d’ora in poi istruite su accordo delle parti e, solo in mancanza di tale accordo, dal giudice. Per un approfondimento su quest’ultimo aspetto v. ancora M. BARBA, *La réforme de l’instruction et des modes alternatifs en matière civile : un amiable décret (deuxième partie : le principe d’instruction conventionnelle)*, in *Dalloz actu.*, 18 settembre 2025 e Id., *La réforme de l’instruction et des modes alternatifs en matière civile : un amiable décret (troisième partie : les modalités de l’instruction conventionnelle)*, *ivi*, 19 settembre 2025.

³⁰ Così S. AMRANI-MEKKI, *Modes amiables de résolution des différends - Une nouvelle conception du procès civil à l’aune de la contractualisation. - À propos du décret n° 2025-660 du 18 juillet 2025*, in *JCP G*, 2025, n° 35, doct. 958.

³¹ Si tratta del noto intervento di Frank Sander alla *National Conference on the Causes of Dissatisfaction with the Administration of Justice* (altresì conosciuta come *Pound Revisited Conference*) del 7-9 aprile 1976, successivamente pubblicato come F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, in *70 F.R.D.*, 1976, p. 111. In Francia, sulla nozione di “*système pluriel de justice*” v. L. CADIET, *La justice face aux défis du nombre et de la complexité*, in *Cah. just.*, 2010, p. 13 ss., nonché C. CHAINAIS, *Quels principes directeurs pour les modes amiables de résolution des différends ? Contribution à la construction d’un système global de justice plurielle*, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Loïc Cadiet*, Parigi, 2023, p. 265 ss.

consacra la figura del giudice quale istanza di sostegno e di accompagnamento alla composizione dei conflitti ad opera delle parti stesse, entro un assetto in cui la dimensione contrattuale e quella giurisdizionale si intrecciano secondo una logica di complementarità, nel rispetto dei principi di cooperazione e proporzionalità nella gestione del procedimento³².

4. Processo civile e ADR (*recte* mediazione demandata) in Italia: situazione attuale e prospettive future

In Italia, dove la funzione conciliativa del giudice è stata rafforzata dalla riforma Cartabia (d.lgs. n. 149/2022)³³, la possibilità di invitare le parti a intraprendere un percorso di risoluzione alternativa della controversia a lite pendente è fenomeno piuttosto recente (quantomeno in rapporto ai due ordinamenti visti poc'anzi).

Fu il d.lgs. n. 28/2010, sulla scorta della menzionata Direttiva 2008/52/CE, a introdurre per la prima volta un meccanismo di “comunicazione” tra processo e ADR, prevedendo – nella sua versione originale – la possibilità che il giudice, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, le invitasse a tentare la strada della mediazione³⁴. Come noto, già in occasione della riforma portata dal d.l. n. 69/2013, conseguente alla declaratoria di incostituzionalità della norma previgente (che non aveva in realtà toccato l'istituto *de quo*³⁵), l'invito si trasformò in obbligo e fu accompagnato dalla sanzione dell'improcedibilità della domanda giudiziale.

Con la mediazione “sollecitata” dal giudice, ben presto ribattezzata “demandata”, per la prima volta un metodo di ADR veniva così a “interferire con il processo”, come si legge nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 28/2010³⁶. Una precisazione non irrilevante e dal forte sapore programmatico, nella misura in cui, oltre a rimarcare il rapporto di alterità tra il rimedio extra-processuale e quello processuale, essa sembrava addirittura prefigurare un'incidenza unilaterale del primo sulla regolazione del secondo. Del resto, a distanza di oltre quindici anni dalla sua introduzione, la mediazione demandata continua a restare disciplinata dalla normativa speciale (oggi in via autonoma, all'art. 5-*quater*, d.lgs. n. 28/2010). Né sono state inserite nel codice di rito altre ipotesi ad applicazione generale – la precisazione è doverosa, dopo che il legislatore della riforma Cartabia ha introdotto la mediazione familiare all'art. 473-*bis*.10 c.p.c. – in cui il giudice può indirizzare le parti verso metodi di risoluzione consensuale

³² Cfr. S. AMRANI-MEKKI, *Modes amiables de résolution des différends*, cit.

³³ Sul tema v. il recente contributo di S. CIRILLO, *La dea (s)bendata? L'impatto della conciliazione sull'imparzialità e sulla terzietà del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 1240 ss.

³⁴ In precedenza, invero, meccanismi analoghi erano già stati introdotti, mediante protocolli, presso alcuni tribunali italiani, come ricorda R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, p. 45 s., spec. nota 99.

³⁵ Cfr. Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272.

³⁶ V. Relazione illustrativa al D.Lgs. 28/2010, Schema di decreto legislativo recante: “Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”, p. 6.

della controversia, la mediazione *in primis*, a differenza di quanto si è verificato, nel corso degli anni, in quasi tutti gli ordinamenti continentali³⁷.

Considerata tale situazione, sorge dunque spontaneo domandarsi in che misura il nostro processo civile rifletta quella triangolazione tra principi che, sulla scia delle *Model Rules*, costruisce l'area della complementarietà tra processo civile e ADR sui cateti di cooperazione e proporzionalità.

Un segnale, in questo senso, veniva invero dalla legge delega di riforma del processo civile (l. n. 206/2021), che tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 4, lett. b) proponeva un riordino di tutte le procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie previste dalla legge in un testo unico degli strumenti "complementari" alla giurisdizione, suggerendo così un nuovo modo di intendere il rapporto tra processo e ADR, non più in termini di alternatività³⁸.

Rimasta tale proposta – allo stato – lettera morta, può dirsi che, sul punto, la riforma Cartabia abbia innovato ben poco. Da un lato, resta infatti la disciplina codicistica del processo e, dall'altro, il sistema delle normative speciali in materia di negoziazione assistita (d.l. n. 132/2014) e di mediazione (d.lgs. n. 28/2010). Solo con riferimento a quest'ultima, inoltre, il nuovo art. 5-*quater* d.lgs. n. 28/2010 si offre – come faceva in precedenza l'art. 5, comma 2 – quale strumento di *case management* a disposizione del giudice per far uscire la decisione della controversia dai binari del processo, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e – in seguito alla riforma – "ogni altra circostanza"³⁹. Valutazione che deve ora essere compiuta, dopo le modifiche introdotte dal decreto correttivo (d.lgs. n. 216/2024), entro il momento in cui viene fissata l'udienza di rimessione della causa in decisione, con la conseguenza di sottrarre al giudice l'intero arco temporale – di regola non trascurabile – che precede tale udienza, prima utilizzabile in base alla disciplina previgente (che consentiva il rinvio in mediazione fino al momento della precisazione delle conclusioni).

³⁷ Per altri esempi, oltre a quelli già menzionati nel testo, cfr. senza pretesa di completezza: §278a(1) *Zivilprozessordnung* (ZPO), in Germania; §204 *Zivilprozessordnung* (ZPO), in Austria; *Artículo 428 Ley de Enunciamento Civil* (LEC), in Spagna; *Artigo 273.º Código de processo civil (novo)*, in Portogallo; §17 *Chapter 42 Rättegångsbalkene*, in Svezia; art. 214 Codice di procedura civile (CPC), in Svizzera; §8-3 *Dispute Act (tvisteloven)*, in Norvegia.

³⁸ Sulla natura "complementare" delle soluzioni negoziali rispetto alla tutela giurisdizionale v. R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Quest. Giust.*, 2023, I, p. 30, spec. 31 ss. In senso critico v. tuttavia F. LOCATELLI, *Complementarietà tra mediazione e processo nel D. Lgs 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in *Judicium*, 25 novembre 2022, §1, la cui sensazione «è che in questa riforma di complementarietà, nel senso di integrazione reciproca tra processo e adr negoziali al fine di consentire il raggiungimento di un risultato migliore mediante impiego congiunto dei due schemi, ci sia ben poco».

³⁹ L'aggiunta di tale generica espressione, idonea a consentire al giudice di dare adeguata e piena motivazione della decisione di demandare le parti in mediazione (come si legge nelle Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 149/2022), evocherebbe secondo L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione. Dallo spaesamento a una nuova consapevolezza*, in Aa.Vv., *Il senso della mediazione dei conflitti. Tra diritto, filosofia e teologia*, Torino 2024, p. 115, spec. 135, un "respiro culturale", non riducibile ad alcuna casistica particolare.

Tutto ciò, in un contesto in cui l'istituto della mediazione demandata è perlopiù inteso in chiave deflativa, piuttosto che collaborativa, ed è dunque sovente impiegato come rimedio utile a smaltire i ruoli, anziché come strumento di *case management* funzionale a raggiungere una decisione "migliore", nell'ottica della proporzionalità processuale⁴⁰. Concezione a cui certo contribuisce la "rigidità" dell'istituto stesso, che non ammette – almeno espressamente – un rinvio soltanto parziale della controversia in mediazione, al fine di tentare la definizione di alcuni suoi aspetti in quella sede; di modo che o la si rinvia tutta, oppure non la si rinvia affatto. Siamo dunque ancora distanti da quel sistema di giustizia pluralista e integrato che emerge dalle *Model Rules* e a cui le recenti riforme processuali inglesi e francesi paiono dare nuova linfa, almeno in termini di principi. Un apparente immobilismo, quello del processo italiano, rispetto a cui si può affermare che qualcosa... eppur si muove. E un tale movimento, una tale spinta riformatrice sembra invero provenire dall'art. 5-*quinquies* d.lgs. n. 28/2010, introdotto *ex novo* dalla riforma, che non concerne direttamente alcun potere di gestione manageriale del processo, bensì chi quel potere esercita ovvero il giudice. Posto infatti che individuare quali controversie rinviare in mediazione richiede senz'altro nuove competenze, diverse dall'applicazione della regola di diritto, il legislatore delegato ha posto l'accento sulla formazione e l'aggiornamento dei magistrati in materia di mediazione. Ciò, in particolare, mediante la frequentazione di seminari e corsi, anche con il coinvolgimento di università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria; esperienze di collaborazione che, negli ultimi anni, si stanno progressivamente moltiplicando⁴¹. Tutto questo, nell'ottica di favorire quanto più possibile il ricorso alla mediazione demandata da parte del giudice, tenuto altresì conto che sia il tempo dedicato alla formazione sia il numero delle cause definite con ordinanza di mediazione – oggetto di specifica rilevazione statistica – costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato⁴².

⁴⁰ Cfr. R. TISCINI, *Il ruolo del giudice*, cit., p. 51 s., per la quale, da questo punto di vista, la mediazione demandata risulta financo preferibile alla conciliazione giudiziale, posto che, ai vantaggi per l'accordo conseguito, si aggiunge quello dello sgravio per il giudice adito.

⁴¹ A partire, in particolare, dal Progetto Con-Senso, sviluppato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, sotto la direzione scientifica della Professoressa Paola Lucarelli, che ha coinvolto numerosi distretti di Corte d'appello, oltre a quello toscano.

⁴² Sicché, come sottolinea ancora R. TISCINI, *Il ruolo del giudice*, cit., p. 55, per il legislatore della riforma Cartabia «puntare sulla mediazione non significa soltanto rivederne le dinamiche procedurali, per estenderne l'applicazione, ma anche guardare a monte a colui che è titolare del potere di demandare tale attività, sia formandolo puntualmente, sia anche valorizzandone il ruolo proprio allo scopo di rendere esplicita l'attività dal medesimo compiuta». Si tratta di una strategia adottata anche in Francia (per opera della *Circulaire CIV/06/23 du 17 octobre 2023 du garde des Sceaux, ministre de la Justice relative à la mise en œuvre, dans les procédures judiciaires civiles, de la politique publique de l'amiable*), la cui legittimità è stata recentemente confermata dal Consiglio di Stato (*Conseil d'État, 6ème - 5ème chambres réunies, 06 février 2026, 490205*), che, rigettando il ricorso promosso dall'*Union syndicale des magistrats*, ha precisato che la *résolution amiable des litiges* concorre al buon funzionamento del servizio pubblico della giustizia, sicché considerare il suo impiego, da parte dei magistrati, ai fini di determinare la componente retributiva variabile loro spettante non comporta l'introduzione di un nuovo

Ne esce così rafforzata quella figura di giudice “fulcro” del sistema, tanto più capace di garantire l’osmosi tra processo e altri metodi di risoluzione della controversia quanto più formato a dialogare con tutti gli attori coinvolti nella gestione del caso, anche grazie all’aiuto che gli potrebbe provenire in tal senso dal personale addetto all’Ufficio per il processo (UPP), a cui l’art. 5 d.lgs. n. 151/2022 attribuisce espressamente, tra gli altri compiti, la selezione dei presupposti di mediabilità della lite⁴³. Ed è proprio in questo dialogo costante, in queste forme di interazione capaci di sviluppare interrelazioni, in fondo, che al giudice è richiesto di indossare l’abito del *case-manager*, quale descritto nelle scienze sociali: una nuova figura professionale in grado di garantire facilitazione, attivazione e coordinamento del complesso delle prestazioni, attivando e mettendo in rete le risorse disponibili per la gestione del caso⁴⁴. Un nuovo “paradigma di organizzazione giudiziaria”, dunque, ancor prima che un nuovo paradigma di giudice, come già da altri opportunamente messo in luce⁴⁵. Certo, resta la scarsità delle risorse che il “*case management* all’italiana”⁴⁶ mette sul piatto per gestire il caso e di cui la mediazione demandata rappresenta l’unica freccia, nella faretra del giudice, per indirizzarlo verso un bersaglio diverso dalla sentenza (fatta sempre salva la – rara – eventualità della conciliazione giudiziale)⁴⁷. In prospettiva, tuttavia, mi sembra che l’impulso “culturale” portato dall’art. 5-*quinquies* d.lgs. n. 28/2010 meriti comunque adeguata attenzione, rappresentando un passaggio fondamentale verso qualsiasi futura riforma, di regole o di principi, senza cui, anche nelle più felici esperienze straniere, il rischio è che tutto continui come prima.

Davide Castagno

Ricercatore dell’Università di Torino

criterio di attribuzione di tale componente, rispetto a quelli ordinariamente previsti per la funzione giudiziaria (come previsto dall’art. 1, al. 3, del *Décret n° 2023-768 du 12 août 2023*). Il fatto che, nel corso dei colloqui di valutazione, il ricorso agli strumenti di composizione amichevole debba essere oggetto di esame con il magistrato sottoposto a valutazione è stato ribadito con la *Circulaire CIV/06/2025 du 27 juin 2025 du garde des Sceaux, ministre de la Justice*.

⁴³ Su tale “funzione poliedrica” del giudice, in un nuovo sistema di giustizia integrata, nonché sull’importanza del ruolo degli addetti all’ufficio del processo, v. anche M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e mediazione demandata*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 476, spec. 497 ss.

⁴⁴ Cfr. M. PAYNE, *Case management e servizio sociale. La costruzione dei piani assistenziali individualizzati nelle cure di comunità*, Trento, 1998.

⁴⁵ Così S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 21, spec. 25 ss.

⁴⁶ L’espressione è di M.A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all’italiana?*, Bologna, 2018, il quale a sua volta sottolinea che con l’istituto della mediazione demandata «si attua un coordinamento tra tentativo alternativo di soluzione della controversia e processo civile» (p. 101).

⁴⁷ Un’altra possibilità, in questo senso, è invero prevista dall’art. 1 d.l. n. 132/2014, recante “trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all’autorità giudiziaria”. Tuttavia, oltre a trattarsi di un istituto di fatto mai affermato nella pratica, esso dipende esclusivamente dalla volontà delle parti e non è dunque nella disponibilità del giudice.



PASQUALE MAZZA

La tutela collettiva dei diritti secondo le ELI/Unidroit Model Rules

Si pubblica il testo dell'intervento al Convegno sulle ELI/Unidroit Model Rules tenutosi il 6 febbraio 2026 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. Dopo aver rappresentato a grandi linee il modello di azione collettiva venuto fuori dall'iniziativa di ELI e Unidroit, nell'intervento l'analisi si è incentrata su due profili: il requisito della similarità dei diritti individuali come condizione per l'ammissibilità dell'azione collettiva; i rimedi al problema della c.d. "consapevole apatia" dei danneggiati, i quali, a fronte della prospettiva di ottenere risarcimenti di risibile valore, potrebbero decidere di non aderire all'azione collettiva oppure di non "riscuotere" l'esiguo importo spettante *uti singulus*.

This paper sets out the text of the speech at the Conference on the ELI/Unidroit Model Rules, held on 6 February 2026 at the Department of Law of the University of Naples Federico II. After outlining the model for collective proceedings developed by ELI and Unidroit, the presentation focused on two issues: the requirement of similarity of individual rights as a condition for the admissibility of collective proceedings; and the remedies for the so-called "rational apathy" of the injured parties, who, faced with the prospect of obtaining compensation of negligible value, may decide not to join the collective proceedings or not to claim the modest amount due to them individually.

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'ammissibilità dell'azione collettiva: profili generali – 2.1. La (solo apparentemente) maggiore ampiezza (rispetto al modello italiano di tutela di classe) del requisito di ammissibilità dell'azione per ragioni di similarità dei diritti individuali dei danneggiati: il valore dell'analisi caso per caso – 3. Sul potere del giudice di convertire il regime dell'azione collettiva dall'*opt-in* all'*opt-out*: tra la *rational apathy* dei danneggiati, la maggiore latitudine del giudicato e l'ossimoro del *private enforcement* indotto (dal giudice) – 4. La fase finale dell'azione collettiva, in particolare: la liquidazione extragiudiziale dei risarcimenti, di nuovo la *rational apathy* e il problema della distribuzione del fondo-risarcimenti (con possibile soluzione all'americana)

1. Introduzione

Le Regole Modello europee di procedura civile redatte da ELI (European Law Institute) e Unidroit (Institut international pour l'unification du droit privé) dedicano alla tutela collettiva dei diritti l'intero Titolo XI (rubricato "Delle azioni collettive", in inglese "Collective Proceedings"), ossia ben 35 articoli (dal 204 al 238)¹.

¹ Da notare la differenza con i *Principles of Transnational Civil Procedure* redatti dall'American Law Institute e da Unidroit (risalenti al 2005), che alla tutela collettiva dei diritti non dedicano spazio.

Trattandosi di regole concepite per fungere da parametri di riferimento e di confronto in prospettiva *de iure condendo*, rispetto tanto alla normativa euro-unitaria (ossia la Direttiva UE 1828/2020) quanto a quella domestica dei singoli Stati membri² (ossia, per l'Italia, gli artt. 840-*bis* e segg. c.p.c. e gli artt. 140-*ter* e segg. d.lgs. 206/2005), mi limiterò ad una comparazione su alcuni dei passaggi che mi sembrano di maggiore interesse.

Il modello di tutela collettiva venuto fuori dall'iniziativa di ELI e Unidroit è del resto degno di attenzione soprattutto perché per larghi tratti si allontana (e non poco) dai nostri riferimenti di diritto positivo³.

Il Titolo a me assegnato è diviso in quattro Capi: il primo, "Delle ingiunzioni nell'interesse collettivo"; il secondo, "Delle azioni collettive"; il terzo, "Delle questioni transfrontaliere all'interno dell'Unione europea"; il quarto, "Delle spese del processo e del finanziamento delle azioni collettive".

Mi occuperò in particolare del Capo II, che si compone di sei Sezioni ed è quello più lungo e dettagliato.

2. L'ammissibilità dell'azione collettiva: profili generali

Seguendo l'ordine degli articoli, cominciamo col dire che ai sensi della Rule 207 le «azioni collettive risarcitorie sono azioni esercitate da un attore qualificato per conto di un gruppo di soggetti che si presume siano vittime di un danno collettivo (ossia, causato da una violazione della medesima natura)».

L'impostazione, dunque, è quella classica: vi è un attore qualificato (*qualified claimant*), che corrisponde al *class representative* e (ai sensi della Rule 208) può essere sia una persona fisica facente parte del gruppo sia un ente (a condizione che il suo «scopo abbia un rapporto diretto con l'evento dannoso», oppure che sia stato costituito *ad hoc* in vista dell'azione)⁴, e vi sono

² Così, L.P. COMOGLIO, *Il principio di proporzionalità nei modelli più recenti del processo civile europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 443.

³ Ricorda R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 721, che l'intento di chi ha redatto le Model Rules «non è stato quello di consolidare *standard* minimi comuni alle variegate culture processuali europee, bensì di combinare armonicamente principi comuni a queste ultime, elementi salienti della disciplina processuale dell'Unione europea e risultati di indagini comparatistiche paneuropee. Gli sforzi sono stati assistiti da una costante ricerca del più ampio consenso verso la soluzione valutata come migliore».

⁴ La Rule 209 aggiunge: «Una persona o un ente non può ritenersi legittimato ad agire se: (a) ha conflitti di interesse con un membro del gruppo; (b) non ha capacità sufficienti per condurre la procedura collettiva. Nel valutare questo aspetto, il giudice deve tenere conto delle risorse finanziarie, umane e di ogni altro tipo di cui dispone il potenziale soggetto legittimato. Se del caso, il tribunale può richiedere una cauzione per le spese in applicazione dell'articolo 243; (c) non è rappresentato in giudizio da un difensore; e (d) è un avvocato o esercita un'altra professione legale».

Molto più scarna è la disciplina contenuta nel Capo I, relativa alla legittimazione a domandare ingiunzioni nell'interesse collettivo (si prevede solamente, nella Rule 205, che «[q]ualsiasi ente legittimato dal diritto nazionale a proporre un'azione nell'interesse collettivo può chiedere al tribunale un'ingiunzione per la cessazione di qualsiasi atto o fatto illecito»). In mancanza di ulteriori chiarimenti, non escluderei che i *drafters* abbiano inteso rinviare alle Rules sulla legittimazione attiva contenute nel Capo II.

le vittime del danno collettivo, che – come gli aderenti, *ex art. 840-quinquies*, comma 1, c.p.c. – «non sono parti del procedimento» (Rule 207).

La domanda introduttiva di un procedimento collettivo, ai sensi della Rule 210, deve contenere «tutte le informazioni rilevanti e disponibili» che riguardino: (a) l'evento che ha dato origine al danno collettivo; (b) il gruppo⁵; (c) il nesso di causalità tra l'evento dannoso e il pregiudizio subito dai membri del gruppo; (d) l'analogia tra le richieste dei membri del gruppo in diritto e in fatto; (e) i danni richiesti o le altre forme di riparazione domandate; (f) le risorse (in particolare finanziarie) di cui l'istante dispone per condurre il procedimento collettivo; (g) la prova del fatto che l'istante abbia preliminarmente esperito un tentativo di risoluzione amichevole della controversia.

Dopodiché, iscritta a ruolo la causa⁶, il giudice dichiara ammissibile l'azione collettiva se ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni: (a) l'azione collettiva permette di risolvere la controversia in modo più efficiente rispetto alla riunione delle azioni individuali dei membri del gruppo; (b) le pretese dei componenti del gruppo derivano dallo stesso evento o da una serie di eventi correlati che hanno causato lo stesso tipo di danno collettivo; (c) le richieste di risarcimento sono simili in fatto e in diritto; (d) «salvo casi di urgenza», l'attore qualificato ha dato al convenuto almeno tre mesi di tempo per decidere se aderire a una proposta di risoluzione amichevole della controversia (Rule 212, comma 1).

⁵ Rispetto al gruppo, nel commento alla Rule 210 si afferma che, ove possibile, il ricorrente deve indicare (addirittura) i nomi e gli indirizzi di tutti i membri del gruppo; se però il gruppo è composto da persone non identificate, deve limitarsi a fornire i dettagli sufficienti per descriverlo esattamente. Tale passaggio, a mio avviso, è indicativo del fatto che l'azione collettiva è stata ipotizzata dai redattori come uno strumento per far valere i diritti dei danneggiati a prescindere dal requisito della elevata numerosità del gruppo. Del resto, sebbene la presenza di un certo numero di vittime incida sulla valutazione di ammissibilità che il giudice deve rendere nella fase introduttiva, come si evince dal commento alla Rule 212, il giudice deve altresì tenere in considerazione il rischio che l'esiguo valore del risarcimento *uti singuli* finisca per disincentivare la proposizione della domanda in forme individuali (onde si potrebbe pensare che in una situazione del genere tale rischio vada a controbilanciare la scarsa numerosità dei componenti del gruppo, indirizzando la decisione del giudice nel senso dell'ammissione dell'azione collettiva).

⁶ In un registro elettronico che dev'essere accessibile al pubblico. Le ragioni della pubblicità sono chiarite nel commento alla Rule 211: «Rule 211 provides the basis through which information concerning pending collective proceedings can be disseminated. The easiest way to provide such information is through a partially publicly accessible electronic register, which can be consulted by all potential qualified claimants, lawyers, group members etc. The effect of registration is not, however, restricted to the provision of information. Rule 211(2) helps to prevent parallel collective proceedings in respect of the same mass harm event. Traditional *lis pendens* rules cannot preclude a second collective proceeding being filed against the same defendant by another qualified claimant because the parties to the actions will be different. In small European jurisdictions, one court may have exclusive jurisdiction to try collective proceedings, but in other jurisdictions, it is necessary to have a rule which prevents parallel actions within the same country. Rule 142(1) gives priority to the first action filed in cases where proceedings involve the same cause of action and the same parties. If the qualified claimant is not the same in a second collective proceeding, Rule 142 will not apply, and according to Rule 144 which refers to related proceedings and which does not require the identity of the parties in both proceedings to be the same, a stay of the second proceedings will not be mandatory. To protect defendants in collective proceedings Rule 211(2) bars any other collective proceeding against the same defendant with respect to the same mass harm event».

Ai sensi della Rule 213, la decisione che dichiara l'ammissibilità dell'azione collettiva deve riportare i dati rilevanti per l'identificazione dell'attore qualificato (*i.e.*, il nome o la denominazione, l'indirizzo, etc.), una descrizione concisa dell'evento dannoso da cui scaturisce l'azione, il tipo di regime scelto per il procedimento (cioè se *opt-in* o *opt-out*; al riguardo v. *infra*), e «i nomi di tutte le persone presumibilmente colpite dal danno collettivo e la descrizione degli elementi che identificano il gruppo, con dettagli sufficienti a consentire a qualsiasi persona che si presume sia stata colpita dal medesimo evento dannoso di stabilire se rientra o meno nel gruppo»⁷.

Va fatto notare, in particolare, che il comma 2 della Rule 212 prevede il dovere per il giudice di «rendere pubblica la bozza della decisione e fissare un termine per la presentazione di domande da parte di altri potenziali istanti ai sensi dell'articolo 207».

Non vi è alcuna affinità tra questo termine e quello fissato dal giudice *ex art. 840-quinquies*, comma 1, c.p.c. (ossia, il termine perentorio per l'adesione all'azione di classe, da fissare nell'ordinanza con cui il Tribunale ammette l'azione), dal momento che la Rule 212, per le «domande da parte di altri potenziali istanti» si riferisce non alle richieste di adesione da parte delle vittime del danno collettivo, bensì alle domande di cui alla Rule 207, vale a dire quelle proposte nelle vesti di attore qualificato.

Viene infatti data la possibilità al giudice di individuare nella stessa pronuncia sull'ammissibilità dell'azione la figura del *qualified claimant*, o meglio, la possibilità di individuare un *qualified claimant* diverso da quello che inizialmente si era accreditato come tale, o anche di individuare più attori qualificati che avranno il compito di portare avanti assieme il “fardello” dell'azione collettiva (*recte*, il dovere di «agire congiuntamente» nell'interesse del gruppo)⁸.

⁷ E così di decidere se aderire (quando il regime è di tipo *opt-in*) o non aderire (quando il regime è di tipo *opt-out*) all'azione collettiva. Il contenuto previsto per la decisione finisce invero per essere gravoso, poiché c'è da credere che non sia semplice indicare i nomi di tutte le persone presumibilmente colpite dal danno collettivo (peraltro, non è chiaro il motivo per cui appesantire a tal punto il passaggio sull'ammissibilità dell'azione, dato che la scelta di aderire dovrebbe essere compiuta dalla vittima in base soprattutto agli elementi forniti per definire il danno collettivo).

⁸ Nel commento alla Rule 213 si precisa che la possibilità di individuare un diverso attore qualificato (o anche più di uno) trae origine dall'esperienza olandese, che ha dimostrato come la presenza di più enti costituiti *ad hoc* per tutelare le vittime di un danno collettivo possa mettere in difficoltà sia i membri del gruppo (i quali potrebbero trovarsi a dover valutare l'ente preferibile per la difesa dei propri diritti) sia il convenuto (il quale potrebbe non avere un unico interlocutore nelle trattative per arrivare a un accordo transattivo). Si aggiunge poi nel commento che la scelta (da parte del giudice) dell'attore qualificato deve avvenire non secondo la regola “first come, first served”, bensì in ragione dell'idoneità dell'aspirante *qualified claimant*. Il commento alla Rule 214 dà un'idea di quali potrebbero essere i casi in cui l'attore qualificato non risulta adeguato al ruolo che ricopre. Si individuano, in particolare, tre potenziali conflitti di interesse: (1) conflitti all'interno del gruppo; (2) conflitti tra l'attore qualificato e il gruppo nel suo complesso; (3) conflitti tra il gruppo e/o l'attore qualificato, da un lato, e l'avvocato che rappresenta i ricorrenti, dall'altro. Il primo conflitto dovrebbe risolversi mediante la creazione (ai sensi della Rule 218, comma 1, lett. d) di sottogruppi e l'individuazione di un attore qualificato per ogni sottogruppo; il secondo conflitto dovrebbe risolversi dando modo al giudice di far rispettare la Rule 214, ai sensi della quale «[l']attore qualificato deve sempre agire nell'interesse dell'intero gruppo o, nel caso sia l'attore qualificato di un sottogruppo, nell'interesse del suo sottogruppo» (si pensi soprattutto alla Rule 218, comma 1, lett. a) e b), che permette al giudice di rimuovere l'attore qualificato che non soddisfi più le condizioni previste dalle Rules 208 e 209 o che non agisca nell'interesse di tutti i membri del gruppo, con

La decisione sull'ammissibilità dell'azione collettiva, afferma l'ultimo comma della Rule 212, «può essere impugnata dal convenuto o dall'attore qualificato», senza però aggiungere altro⁹.

2.1. La (solo apparentemente) maggiore ampiezza (rispetto al modello italiano di tutela di classe) del requisito di ammissibilità dell'azione per ragioni di similarità dei diritti individuali dei danneggiati: il valore dell'analisi caso per caso

Venendo ad approfondire un profilo pregiudiziale per la buona riuscita delle azioni collettive, si può dire che, a tutta prima, il grado di omogeneità delle pretese dei singoli componenti del gruppo (non della classe, secondo la terminologia impiegata) appare basso¹⁰.

Nel commento¹¹ alla Rule 207 si legge che la locuzione “danno collettivo” abbraccia qualsiasi evento che causa danni ad almeno due persone («[t]he term “mass harm” is not restricted to particular fields of law and it can be any event which causes injury or damage to at least two persons»), e che tale approccio, quantunque sembri fissare una soglia molto bassa, è lo stesso adottato dall'Unione europea¹² e finisce per consegnare (volutamente) al giudice il potere di valutare caso per caso se la tutela collettiva rappresenti lo strumento più efficace per assicurare l'accesso alla giustizia tanto ai presunti danneggiati quanto al presunto danneggiante¹³.

successiva individuazione di un nuovo attore qualificato); il terzo conflitto dovrebbe trovare soluzione in disposizioni come quelle sul controllo del giudice rispetto all'accordo transattivo (Rules 224, 225 e 226) e quelle relative alle spese e al finanziamento dell'azione collettiva (Rules 237, 238 e 245).

⁹ La mancanza di una pronuncia di ammissibilità dell'azione collettiva non preclude la possibilità di concludere un accordo transattivo stragiudiziale, che qualsiasi soggetto legittimato come attore qualificato ai sensi della Rule 208, lett. a) e b), potrebbe stipulare nell'interesse del gruppo, al termine di un «negoziato in buona fede a beneficio di tutti i membri del gruppo» (Rule 229). Dopodiché, l'istanza di omologazione dev'essere rivolta al giudice «da tutte le parti dell'accordo», e deve specificare se l'accordo è soggetto al regime dell'*opt-in* o dell'*opt-out* (Rule 230).

¹⁰ Vedi P. PELLEGRINELLI, *European rules of civil procedure: analisi delle prime indicazioni dei principi e delle regole elaborati nei lavori delle commissioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 642 s.

¹¹ Sull'importanza delle glosse che accompagnano le singole Rules, CAPONI, *op. loc. cit.*, afferma: «[i] commenti sono un gioiello incastonato in un altro gioiello. Non ci si lasci trarre in inganno dalla frammentazione secondo la sequenza delle regole: il loro respiro culturale, unitamente alla fittissima trama di rinvii interni, li profilano come un vero e proprio trattato di diritto processuale civile comparato, che sarà la base di partenza dialettica di qualsiasi altra opera di studio e di commento delle regole».

¹² Nonché in diversi Stati membri.

¹³ Si precisa, però, che l'assenza di una soglia di tipo numerico non deve far pensare che (per esempio) la tutela collettiva possa essere lo strumento adatto in caso di lesioni causate da un incidente stradale che abbia coinvolto soltanto tre persone. Per quanto riguarda l'accesso alla giustizia come garanzia fornita (non solo ai danneggiati, ma pure) al danneggiante (il quale evita così di dover subire numerose separate azioni processuali), nella Rule 212, comma 2, è prevista la possibilità su istanza di parte (quindi anche, e anzi verosimilmente, su istanza del danneggiante) di chiedere che l'azione individuale «avente lo stesso oggetto» venga proseguita sotto forma di azione collettiva (in tema, cfr. F. AULETTA, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1673 s.).

In effetti, la Raccomandazione della Commissione europea del 2013 (2013/396/UE), rivolta agli Stati membri per fissare dei principi comuni in materia di tutela collettiva dei diritti riconosciuti a livello euro-unitario, all'art. 3, paragrafo 1, lett. b), si avvale della medesima espressione (*danno collettivo*) per fare riferimento ai danni provocati a due o più persone dalla stessa attività illecita.

La Direttiva UE 1828/2020, diversamente, seppure circoscritta alla sola tutela dei diritti dei consumatori, adotta una formula se vogliamo ancor più vaga quando parla di "interessi collettivi dei consumatori", quali «gli interessi generali dei consumatori e, in particolare ai fini dei provvedimenti risarcitori, gli interessi di un gruppo di consumatori» (art. 3 n. 3).

Anzi, l'impressione che il *conditor* europeo abbia cercato di non mettere paletti (se escludiamo quello *ratione personae*, inevitabile, trattandosi di una direttiva sulle azioni a tutela dei consumatori) trova conferma nella lettura del considerando 12, dove è scritto che «dovrebbe spettare agli Stati membri decidere in merito al grado richiesto di similarità delle pretese individuali o al numero minimo di consumatori interessati da un'azione rappresentativa per provvedimenti risarcitori affinché il caso sia ammesso al trattamento come un'azione rappresentativa».

Come sappiamo, il nostro legislatore, fin dall'art. 140-*bis* d.lgs. 206/2005 (oggi abrogato), ha coniato la locuzione "diritti individuali omogenei"¹⁴ per indicare quei diritti soggettivi che devono appartenere alla medesima categoria, alla medesima tipologia, e risultare perciò omogenei¹⁵.

La stessa formula è stata ripresa negli artt. 840-*bis* e segg. c.p.c., nonché nell'art. 140-*septies*, comma 8, lett. c), d.lgs. 206/2005 (anche se per il resto nella disciplina dell'azione rappresentativa si parla sempre di "interessi collettivi dei consumatori", alla maniera europea)¹⁶.

¹⁴ Sui diritti individuali omogenei secondo la prima definizione data dal codice del consumo, ampiamente, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, p. 206 ss.

¹⁵ Cfr. G. CONTE, *I «diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 613 ss.

Sul superamento del concetto di identità dei diritti, cui (nonostante il richiamo alla sola omogeneità nel comma 1) si rifacevano i commi 2 e 6 dell'art. 140-*bis* d.lgs. 206/2005, vedi R. CAPONI, *Azione di classe: il punto, la linea e la discontinuità*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 150 ss.

¹⁶ Per una definizione di "interessi collettivi dei consumatori", vedi G. DE CRISTOFARO, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140-ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, p. 21 ss., il quale chiarisce il motivo per cui solamente nell'art. 140-*septies*, comma 8, lett. c), d.lgs. 206/2005 si parla di diritti individuali omogenei.

Il perimetro tracciato dalle Model Rules è pertanto apparentemente più esteso, viepiù se si considerano i vari passaggi in cui la connessione tra le pretese dei membri del gruppo viene ravvisata in elementi assai blandi: ad esempio, come detto, la Rule 210 stabilisce che vi dev'essere una mera «analogia tra le richieste dei membri del gruppo in diritto e in fatto»; e la Rule 236 prevede addirittura che, quando la lesione assuma caratteri transfrontalieri, «[a]i membri del gruppo non può essere impedito di partecipare ad un unico procedimento collettivo anche se sono soggetti a leggi sostanziali diverse».

Direi tuttavia che l'impressione di un minore livello di omogeneità dei diritti tutelati non trova conforto in altri passaggi delle Model Rules, come la già menzionata lett. b) della Rule 212, per la quale l'azione collettiva può essere ammessa dal giudice se (*inter alia*) «tutte le domande proposte nell'azione collettiva derivano dallo stesso evento o da una serie di eventi correlati che hanno causato lo stesso tipo di danno collettivo ai membri del gruppo»¹⁷.

Aggiungerei poi che, come le Model Rules, anche la (poca) giurisprudenza finora formatasi sulle regole processuali italiane di ultimo conio sembra dare grande valore all'analisi caso per caso.

In particolare, segnalo l'ordinanza del Tribunale di Venezia, Sez. spec. Impresa, del 2 febbraio 2023, che rifacendosi ad alcuni precedenti di merito abbastanza recenti¹⁸, ha affermato che

¹⁷ Con un'espressione dalla dubbia precisione tecnica, la lett. c) prosegue elencando l'esigenza che le richieste di risarcimento siano simili in fatto e in diritto.

Sul profilo della similarità delle pretese, dal commento alla Rule 212 si evince che: «a collective proceeding is admissible only if all the individual claims for relief arise from the same event and therefore raise common questions of fact or law. The same event could be a so-called "single event mass harm", e.g., a mass accident such as a plane crash, a chemical plant explosion etc., or it could arise from a series of related events, e.g., a so-called "single cause mass harm" such as the use of unfair contract terms, product liability cases, or liability for misleading information in capital market brochures, etc. Rule 212(1)(c) provides a requirement which is familiar to most forms of collective proceedings in European Union Member States. It deliberately does not indicate what degree of closeness is required. Most European Union approaches use 'similar' claims with some extending to 'related' claims. Claims for relief that are related might still warrant collective proceedings, therefore the court should to decide on a case-by-case basis what degree of closeness suffices to authorise such proceedings. Similarity of the claims may arise from the same facts underlying each claim, but also from the applicable law. In cases in which according to the conflict-of-laws rules different sets of substantive law apply, but all claims are based on the same event, the collective proceeding should be admissible in principle (Rule 236). The court may, however, divide the group in sub-categories according to the applicable law (Rule 218(1)(d))».

Sicché, l'unicità dell'evento dannoso (inteso non solo come evento singolo ma pure come più eventi correlati tra loro) è un requisito indispensabile e allo stesso tempo verosimilmente idoneo a far scaturire comuni questioni di fatto e di diritto tra le singole pretese. Dopodiché, viene dato grande rilievo alla capacità del giudice di misurare il grado necessario di comunanza che deve sussistere nella fattispecie.

¹⁸ Corte di Appello di Milano, Sez. II civ., ord. 3 marzo 2014, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1281 ss., con nota di F. PORCARI, *Sul rapporto tra causa petendi, «omogeneità» dei diritti e criteri di liquidazione del danno nell'azione di classe?*, e in *Giur. it.*, 2014, p. 1910 ss., con nota di A. GIUSSANI, *Ancora sulla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti "omogenei"*, che ha ribaltato la decisione di Tribunale di Milano, Sez. X civ., ord. 8 novembre 2013, pubblicata in *Giur. it.*, 2014, p. 603 ss., con nota di A. GIUSSANI, *Intorno alla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti "omogenei"*, ma è stata poi riformata da Cass., 31 maggio 2019, n. 14886, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 356 ss., con nota di A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati*

l'omogeneità dei diritti individuali va rintracciata nell'unicità del fatto generatore del danno¹⁹, oppure nella presenza di più condotte illecite reiterate nel tempo con analoghe conseguenze dannose, a fronte della necessità di risolvere comuni questioni di fatto e di diritto²⁰ e della possibilità di quantificare il risarcimento secondo criteri uniformi²¹.

In sintesi, su questo passaggio pregiudiziale pare tutto sommato ravvisabile una convergenza tra le Model Rules e il diritto domestico, vale a dire: ferma restando l'importanza della valutazione del giudice da svolgere caso per caso, il necessario standard di omogeneità presuppone che una o più condotte abbiano arrecato danni dello stesso tipo.

Sicché, in un'ipotetica vicenda di inquinamento fluviale (per fare un esempio), non sarebbe possibile aggregare le pretese risarcitorie di chi sostiene di aver subito un danno biologico dalla contaminazione delle acque con le pretese dell'imprenditore che sostiene di aver subito un danno alla reputazione nei mercati presso cui vende i prodotti coltivati nelle vicinanze del fiume: in tal caso, infatti, il *tipo* di danno sarebbe diverso²².

nell'azione di classe, e in *Corr. giur.*, 2020, p. 952 ss., con nota di V.C. CASTALDO, *Il danno non patrimoniale nell'azione di classe: il quantum sul letto di Procuste*; nonché, Tribunale di Venezia, Sez. III civ., ord. 25 maggio 2017.

Da ultima, Tribunale di Roma, Sez. spec. Impresa, ord. 12 giugno 2025 (reperibile tramite il sito web del Ministero della Giustizia), nell'ambito di un'azione rappresentativa, non ha ravvisato omogeneità nei diritti dei consumatori che in sede di estinzione anticipata di finanziamenti concessi dalla società resistente si erano visti negare la restituzione dei costi c.d. *up-front*, data l'eterogeneità dei contratti di credito e la genericità delle relative clausole che avrebbero leso i diritti dei consumatori, da cui discendeva l'impossibilità di individuare precisamente quali consumatori fossero interessati dall'azione rappresentativa.

¹⁹ A proposito della «plurioffensività del fatto illecito» come elemento connotante l'omogeneità dei diritti individuali, D. AMADEI, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel Codice di procedura civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1051.

²⁰ Sul rilievo della «comunanza di questioni di fatto e diritto che giustifica il trattamento congiunto di una pluralità di crediti seriali ed isomorfi», M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria «di classe»: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1944. Cfr. inoltre A.D. DE SANTIS, *Profili dell'azione di classe a tutela di consumatori e utenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1069 s., M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 114 s., C. CONSOLO e B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.: lineamenti processuali*, Padova, 2012, p. 70 ss., R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in *Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di Bruno Sassani, Pisa, 2019, p. 22 ss., C. PETRILLO, *Situazioni soggettive implicate*, *ivi*, p. 59 ss., E. SILVESTRI, *Rebooting Italian Class Actions*, in *Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail?*, a cura di Alan Uzelac e Stefaan Voet, Cham, 2021, p. 205 s., e A.M. TEDOLDI, *Next generation e rimedi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 380.

²¹ Sul rapporto tra l'omogeneità dei diritti individuali e la quantificazione del danno, vedi M. LORENZOTTI, *Azione di classe e diritti individuali omogenei: opportunità o limite?*, in *Contratto e impresa*, 2022, p. 692 s.

²² Si consideri che il comma 3 della Rule 217 parla addirittura di «danno identico» («Il termine di prescrizione previsto dal diritto nazionale per le azioni individuali relative ad un danno identico a quello oggetto dell'azione collettiva è sospeso a partire dal momento in cui l'azione collettiva è promossa»), benché poi il riferimento al concetto di identità non vada preso alla lettera.

3. Sul potere del giudice di convertire il regime dell'azione collettiva dall'*opt-in* all'*opt-out*: tra la *rational apathy* dei danneggiati, la maggiore latitudine del giudicato e l'ossimoro del *private enforcement* indotto (dal giudice)

Un altro profilo meritevole di attenzione è quello relativo alla possibilità data al giudice di effettuare uno *switch* dall'*opt-in* all'*opt-out*.

La Rule 215 prevede al comma 1 che «[a] meno che il giudice non emetta un provvedimento ai sensi del comma seguente, l'azione collettiva è soggetta al regime dell'adesione».

L'impostazione predefinita per la tutela collettiva è dunque di tipo *opt-in*²³.

Se però il giudice «ritiene che: (a) in considerazione dell'esiguo valore della loro pretesa, i membri del gruppo non abbiano un interesse sufficiente a proporre le loro domande in azioni individuali; e (b) è probabile che molti membri del gruppo non aderiscano all'azione collettiva», egli «può ordinare che il procedimento includa tutti i membri del gruppo che non hanno optato per l'auto-esclusione dal procedimento» (Rule 215, comma 2).

Ai sensi del comma 3, quando il giudice adotta il provvedimento di conversione fissa un termine «entro il quale i membri del gruppo devono notificare la loro volontà di auto-escludersi dall'azione collettiva» (ma «[i]n circostanze eccezionali il giudice può consentire ai membri del gruppo di auto-escludersi dopo la scadenza del termine»).

Viene così consegnato al giudice un potere molto incisivo nella gestione del processo e soprattutto nella determinazione dei limiti soggettivi del futuro giudicato: un potere d'indirizzo che conferisce alla tutela collettiva una marcata impronta dirigista, dando attuazione al principio di proporzionalità sancito dalla Rule 5²⁴.

²³ La Rule 216 stabilisce che le modalità di adesione vanno rimesse alla determinazione del giudice, che inoltre «si assicura che le adesioni siano inserite in un apposito registro pubblico, che potrà essere istituito secondo il disposto dell'articolo 220» (ai sensi del quale il giudice «deve creare o autorizzare la creazione di una piattaforma elettronica sicura per la gestione efficiente della procedura collettiva»).

Una volta compiuta l'adesione, in caso di omologazione da parte del giudice di un eventuale accordo transattivo, il membro del gruppo è automaticamente vincolato all'accordo (così afferma la Rule 225; se invece il regime dell'azione collettiva è divenuto di tipo *opt-out*, ai sensi della Rule 226 l'accordo transattivo è vincolante se non si esercita l'opzione di uscita prima dell'omologazione).

²⁴ «Il giudice deve garantire che il processo di risoluzione della controversia sia proporzionato alla causa trattata. | Nel determinare se la proporzionalità sia rispettata, il giudice deve valutare la natura, l'importanza e la complessità del caso in esame e della necessità di dare attuazione al suo dovere generale di gestione del procedimento in tutti i suoi aspetti, tenendo conto di una buona amministrazione della giustizia».

Rispetto al principio di proporzionalità, per COMOGLIO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 450, le ELI/Unidroit Model Rules seguono la strada aperta dai *Principles of Transnational Civil Procedure* di ALI/Unidroit, ossia «[i]l modello processuale [...] angloamericano, in cui, nell'esercizio della giurisdizione, il giudice (o la corte), con forti garanzie di indipendenza e di imparzialità, assume (e gestisce anche d'ufficio) la piena responsabilità nella direzione del procedimento, oltretutto nell'accertamento dei fatti e nell'applicazione delle norme giuridiche, assicurando in ogni caso alle parti (in condizioni di concreta eguaglianza) l'esercizio, fattivo e sollecito, dei propri diritti fondamentali».

Guardando proprio ai Principi redatti da ALI/Unidroit, sebbene manchi una disciplina della class action, nel Principle 12.5 si legge: «The court may order separation of claims, issues, or parties, or consolidation with other proceedings, for fair or more

Nei commenti che accompagnano la Rule 215 si afferma che il “principio dell’autonomia delle parti che governa il Diritto processuale civile europeo” impone l’*opt-in* come configurazione regolare; ma dato che in presenza di danni di modesta entità la “consapevole apatia” (*rational apathy*) delle vittime (dovuta alla non allettante prospettiva risarcitoria) potrebbe indurle a non far valere le rispettive pretese²⁵, per motivi di effettiva applicazione delle norme in materia di responsabilità civile, ossia nell’interesse pubblico²⁶ («[f]or the sake of an efficient enforcement of liability rules, which is a public good»), devono essere ammesse delle eccezioni alla “inefficienza” del modello di tipo *opt-in*. In buona sostanza, una sorta di *private enforcement* indotto²⁷.

Talché, nell’interesse della giustizia²⁸, sulla scorta di un’analisi caso per caso (ovvero, tenendo conto delle caratteristiche della controversia quali l’ammontare stimato dei danni individuali, la dimensione del gruppo, la probabilità di informare tutti o quasi tutti i potenziali membri, nonché la realistica possibilità che questi promuovano azioni individuali), il giudice deve avere il potere di disporre il passaggio a un regime di tipo *opt-out*.

efficient management and determination or in the interest of justice. The authority should extend to parties or claims that are not within the scope of these Principles».

Si conferisce dunque al giudice il potere tanto di separare quanto di riunire i procedimenti in funzione di una più equa ed efficiente gestione del processo, nonché nell’interesse della giustizia.

²⁵ Problema indagato di recente da V. CAPASSO, *Il principio di proporzionalità e la «negative expected value suits» exception*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 1417 ss.

²⁶ Che alla base dell’impostazione di tipo *opt-out* sia ravvisabile un interesse pubblico, o comunque un interesse che trascende la posizione del singolo danneggiato, lo ha affermato di recente G. DE CESARE, *Incentivi all’azione di classe e compensi premiali per la difesa tecnica. Osservazioni a proposito di una riforma incompiuta*, in *Nuove dimensioni della strumentalità del processo*, a cura di Ferruccio Auletta e Valentina Capasso, Torino, 2026, p. 93, secondo cui: «la preferibilità del sistema dell’*opt-out* rispetto a quello dell’*opt-in* si coglie non appena si considera l’incidenza del primo sulla funzione di risoluzione dei conflitti generalmente attribuita alla tutela giurisdizionale dei diritti. In disparte la funzione di economia processuale assoluta dall’azione collettiva (e ancor più da quella caratterizzata dal sistema dell’*opt-out*), un sistema che privilegi la funzione di risoluzione dei conflitti al minor costo sociale possibile non può che preferire l’*opt-out*, dal momento che l’automatica deduzione in giudizio di tutte le pretese omogenee, oltre a favorire l’armonia delle decisioni e, dunque, l’uguaglianza sociale, consente di esacerbare il conflitto, siccome la sentenza resa sulla pretesa collettiva produce effetti (anche solo meramente persuasivi ma comunque tutt’altro che trascurabili) sul contenzioso satellitare innescato dall’esercizio della facoltà di recesso».

²⁷ In linea, direi, con la visione che il legislatore euro-unitario ha del rapporto tra gli strumenti di tutela collettiva dei diritti e il *private enforcement* (al riguardo, leggi le acute considerazioni di E. CAMILLERI, *La Dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il “sistema delle prove”. La promozione dell’interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 1086 s.).

²⁸ Nel commento alla Rule 215 viene specificato che: «[a]n often raised argument against opt-out systems is the allegedly higher potential for misuse and frivolous claims. However, in practice, those European jurisdictions that permit opt-out proceedings, such as Belgium, Bulgaria, Denmark, Norway, or Portugal have not experienced an excessively large number of those claims. Provided that safeguards like court authorisation of collective proceedings and qualified claimants, effective court case management and the European or loser pays costs rule are in place and punitive damages are not available, it cannot be expected that an excessive amount of unmeritorious collective proceedings will be promoted by way of an opt-out mechanism».

Se si fa una comparazione con la Direttiva UE 1828/2020 e con i nostri due modelli di tutela collettiva, si tratta sicuramente di una soluzione peculiare.

Non per la legittimazione in sé del modello *opt-out* (che almeno nella Direttiva è contemplato, laddove si prevede che i singoli consumatori possano esprimere la propria volontà di adesione all'azione collettiva tanto in modo esplicito quanto tacitamente; cfr. l'art. 9)²⁹, bensì per l'attribuzione al giudice di un potere di etero-direzione del procedimento direi inedito dalla nostra prospettiva.

Un potere che finisce per privare del diritto d'azione³⁰ il membro del gruppo che rimanga ignaro della pendenza del procedimento o della possibilità di esercitare l'opzione di uscita³¹, e al contempo per gravare (potenzialmente) sulla posizione del presunto danneggiante, dato che nello stesso commento alla Rule 215 si afferma che rispetto al modello di tipo *opt-in* l'*opt-out* tende ad aggregare un numero maggiore di danneggiati (insomma, più bocche da sfamare).

²⁹ Si legge nel considerando 43: «I consumatori interessati da un'azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti risarcitori dovrebbero disporre di adeguate opportunità, dopo la proposizione dell'azione rappresentativa, per dichiarare se intendano o meno essere rappresentati dall'ente legittimato nell'ambito di tale specifica azione rappresentativa e se intendano o meno beneficiare dei pertinenti risultati di tale azione rappresentativa. Per meglio rispondere alle loro tradizioni giuridiche, gli Stati membri dovrebbero prevedere un meccanismo di partecipazione o un meccanismo di non partecipazione, o una combinazione di entrambi. Nell'ambito di un meccanismo di partecipazione, i consumatori dovrebbero essere tenuti a esprimere esplicitamente la loro volontà di essere rappresentati dall'ente legittimato nell'azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti risarcitori. Nell'ambito di un meccanismo di non partecipazione, i consumatori dovrebbero essere tenuti a esprimere esplicitamente la loro volontà di essere rappresentati dall'ente legittimato nell'azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti risarcitori. Gli Stati membri dovrebbero poter decidere in quale fase del procedimento i singoli consumatori possano esercitare il loro diritto di partecipare o meno a un'azione rappresentativa».

³⁰ Da considerare, a proposito, sono anche le Rules 210, comma 2 («Prima della presentazione della domanda, il giudice può, su richiesta dell'attore qualificato, vietare a qualsiasi potenziale convenuto di intentare un'azione relativa all'evento che ha dato origine al danno per il quale si chiede la riparazione»), e 212, comma 2 («Su istanza di parte, il tribunale può decidere che un'azione individuale avente lo stesso oggetto venga seguita sotto forma di azione collettiva»).

Per quanto concerne il passaggio al regime dell'*opt-out*, la Rule 217, comma 2, prevede che l'esercizio dell'azione individuale contro il convenuto dell'azione collettiva durante il periodo in cui si può esercitare l'*opt-out* comporti di fatto l'esercizio dell'opzione di uscita (si può dire, per fatti concludenti). Analogamente, insomma, all'art. 75, comma 1, c.p.p., che qualifica come rinuncia agli atti nel processo civile il comportamento di chi dopo aver iniziato il processo in sede civile promuova l'azione civile in sede penale (possibilità concessa fino a quando nel processo civile non sia stata pronunciata una sentenza di merito anche non passata in giudicato). È invece vietata (dalla Rule 217, comma 1) l'azione individuale contro il convenuto dell'azione collettiva qualora sia scaduto il termine per esercitare l'*opt-out*.

³¹ Va detto che la pubblicità dell'azione collettiva (o meglio, la diffusione di informazioni come la nomina o la rimozione dell'attore qualificato, la composizione del gruppo, la pronuncia di qualunque decisione, etc.) «deve essere effettuata nel modo che il giudice ritiene più idoneo a raggiungere qualsiasi soggetto che possa essere stato colpito dall'evento che ha causato il danno e in tempo utile per consentire ai soggetti interessati di avere una ragionevole opportunità di partecipare al procedimento nel modo ritenuto opportuno» (Rule 219).

4. La fase finale dell'azione collettiva, in particolare: la liquidazione extragiudiziale dei risarcimenti, di nuovo la *rational apathy* e il problema della distribuzione del fondo-risarcimenti (con possibile soluzione all'americana)

Il motivo per cui effettuare il passaggio al modello *opt-out* ritorna in alcune osservazioni riguardanti la fase conclusiva dell'azione collettiva.

Ai sensi della Rule 227 la sentenza definitiva emessa nell'ambito di un'azione collettiva è vincolante per tutte le parti e i membri del gruppo che hanno aderito mediante l'*opt-in* o che (a seguito della conversione) non hanno esercitato l'*opt-out* nei termini previsti (in quest'ultimo caso il vincolo ricade solo sui membri del gruppo residenti nello Stato del foro dove si è svolto il processo)³². Il vincolo rende inammissibile qualsiasi nuova azione collettiva per il risarcimento dei danni già oggetto del giudicato³³.

Il risarcimento dei danni viene riconosciuto come importo totale dovuto al gruppo o al sottogruppo³⁴, dopodiché nella sentenza il giudice dovrà indicare i criteri di ripartizione delle somme tra i membri del gruppo e le modalità di gestione dei fondi (Rule 228)³⁵.

³² Per i non residenti nello Stato del foro il regime di tutela collettiva rimane dunque sempre di tipo *opt-in* (come si evince anche dai commi 2 e 3 della Rule 235: «Le decisioni assunte ai sensi dell'articolo 215, c. 2 non sono vincolanti per i membri del gruppo che risiedono al di fuori dello Stato della giurisdizione adita. I membri del gruppo che risiedono al di fuori dello Stato della giurisdizione adita sono autorizzati ad aderire all'azione collettiva se lo richiedono»). Cfr. nello stesso senso l'art. 9, paragrafo 3, della Direttiva UE 1828/2020.

³³ Nel commento alla Rule 227 si chiarisce che la precisazione è dovuta al fatto che la regola generale sui limiti soggettivi della *res judicata* (ossia la Rule 151, secondo cui il giudicato produce effetti solamente per le parti, i loro eredi e gli aventi causa) potrebbe non essere sufficiente a creare i necessari effetti preclusivi laddove le parti coinvolte nella successiva azione collettiva non siano le stesse. Occorre peraltro ricordare che ai sensi della Rule 211, comma 2, già durante la pendenza del procedimento collettivo (o meglio, dopo l'iscrizione della domanda nel registro elettronico) «qualsiasi altro giudice deve dichiarare irricevibile ogni ulteriore azione collettiva proposta contro la stessa parte per lo stesso oggetto».

Degna di segnalazione è inoltre la Rule 206, che nell'ambito delle ingiunzioni collettive (quindi nel Capo I del Titolo XI) prevede che «[u]n'ingiunzione nell'interesse collettivo vincola il convenuto in tutti i procedimenti futuri». Nel relativo commento si chiarisce il motivo di tale ampia portata: «Irrespective of general *lis pendens* and *res judicata* rules it seems appropriate that individuals should benefit from collective interest injunctions and should therefore be able to rely, in future proceedings, on a finding that the defendant violated the law».

³⁴ Occorre tener presente, infatti, che ai sensi della Rule 218, comma 1, lett. d), tra i poteri di gestione manageriale riconosciuti al giudice rientra quello di dividere il gruppo in sottogruppi (individuando, con l'accordo dei membri del gruppo, un attore qualificato per ogni sottogruppo), come nel caso in cui i membri del gruppo siano soggetti a leggi sostanziali diverse (Rule 236, comma 2).

La possibilità di dividere i danneggiati in sottogruppi (o sottoclassi), come si fa nelle *class actions* americane, così da rendere più semplice l'aggregazione dei (e la decisione sui) diritti individuali secondo criteri di omogeneità, è stata evocata da F. SANTANGELI e P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in *Judicium online*, p. 12 s., nt. 33 e 37, pp. 28 s. e 43, da C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, pp. 513 s. e 518, nonché da CASTALDO, *Il danno non patrimoniale nell'azione di classe*, cit., p. 961 s.

³⁵ Nell'ipotesi che il condannato sia inadempiente, il comma 3 della Rule 227 afferma che «[l]'esecuzione della sentenza definitiva può essere promossa dal rappresentante dall'attore qualificato», tuttavia, «[s]e questi non provvede entro un termine ragionevole, qualsiasi membro del gruppo può farlo al suo posto con l'autorizzazione del giudice».

A differenza quindi dell'azione di classe codicistica (dove *ex art. 840-octies*, comma 5, è riconosciuto al giudice delegato il potere di liquidare il *quantum*)³⁶, la determinazione del risarcimento è demandata ad una fase che si colloca al di fuori del processo e non è disciplinata dalle regole modello.

Tuttavia, nel commento alla Rule 228 (oltre alla previsione circa la possibilità per il giudice di nominare uno o più amministratori del fondo per i risarcimenti) si specifica che quando la legge nazionale permetta al giudice di stimare l'ammontare del danno, tale legge può trovare applicazione.

Sicché, assumendo che il riferimento sia all'ammontare del danno individuale (e non di quello collettivo)³⁷, dalla prospettiva del nostro ordinamento potrebbero essere valorizzate le norme che disciplinano la liquidazione mediante il giudice delegato, con la nomina di un rappresentante comune dei membri del gruppo che predisponga il progetto dei risarcimenti individuali.

Nel caso del procedimento riqualificato come di tipo *opt-out*, il commento alla Rule 215 precisa che la "consapevole apatia" (*rational apathy*) delle vittime dovuta all'esiguo valore del risarcimento liquidabile *uti singulus* (cioè la stessa inerzia che ha convinto il giudice ad effettuare lo *switch* verso l'*opt-out*), può verosimilmente persistere nella fase della liquidazione, ossia dopo che la sentenza ha accolto la domanda di risarcimento per i membri del gruppo e ha determinato l'entità dell'importo totale dovuto al gruppo.

Allora, onde evitare che la somma spettante ai singoli danneggiati disinteressati possa impedire la distribuzione completa dell'importo raccolto nel fondo, si ipotizza³⁸ come soluzione la destinazione della somma ad una finalità pubblica idonea a servire l'interesse collettivo più vicino alle vittime dell'illecito (a vantaggio di bilanci statali, enti benefici, etc.), mediante la distribuzione c.d. *cy-près*³⁹ delle somme "non reclamate".

A tale regime di distribuzione faceva riferimento anche l'art. 6, paragrafo 3, lett. b), della proposta di Direttiva del 2018 circa le azioni rappresentative a tutela dei consumatori, recepita

³⁶ Per rinvio fatto dall'art. 140-*novies*, comma 2, d.lgs. 206/2005, la disposizione si applica anche all'azione rappresentativa.

³⁷ Nel commento si parla infatti di *damage*, non di *damages* («Where national legislation permits a court to estimate the amount of damage, that may be applied in collective proceedings»).

³⁸ Non solo per i casi di accordo transattivo, mi sembra di capire.

³⁹ La distribuzione *cy-près* (dal francese, "così vicino" o "il più vicino possibile") è diffusa nei Paesi di *common law* ed è impiegata tipicamente nell'ambito del *trust law* quando si pone il problema di assegnare i beni che spetterebbero al beneficiario del trust nel frattempo venuto meno. Nella class action, un'esemplare applicazione della *cy-près doctrine* si è avuta nel caso *Frank v. Gaos*, in cui si decise di destinare la somma transatta (pari ad alcuni milioni di dollari) ad appositi enti operativi nel settore della privacy, dal momento che le vittime della violazione della privacy erano talmente numerose che a ciascuna sarebbe spettato un risarcimento risibile. In dottrina, vedi J. GOODLANDER, *Cy Pres Settlements: Problems Associated with the Judiciary's Role and Suggested Solutions*, in *Boston College Law Review*, Vol. 56, 2015, p. 733 ss., B.T. FITZPATRICK, *The Conservative Case for Class Actions*, Chicago-Londra, 2019, p. 87 ss., C.J. RYAN, *An Historical and Empirical Analysis of the Cy-Près Doctrine*, in *ACTEC Law Journal*, Vol. 48, 2023, p. 292 ss., nonché ID., *Class Action Cy Près Revisited*, in *Louisiana Law Review*, Vol. 85, 2025, p. 934 ss.

nella Direttiva UE 1828/2020, ma in forme meno “eversive” rispetto a quelle suggerite nel *draft*⁴⁰.

Pasquale Mazza
Ricercatore nell’Università Telematica Pegaso

⁴⁰ Il testo della proposta era il seguente: «Il paragrafo 2 non si applica ai casi, nei quali: [...] (b) i consumatori hanno subito una perdita di piccola entità e non sarebbe proporzionato ripartire il risarcimento tra loro. In questi casi, gli Stati membri garantiscono che il mandato dei singoli consumatori interessati non sia necessario. Il risarcimento è destinato a una finalità pubblica a servizio degli interessi collettivi dei consumatori». Si prevedeva, dunque, che l’intero ammontare del risarcimento avrebbe dovuto essere destinato a una finalità pubblica, senza alcuna distribuzione tra i danneggiati. Nell’art. 9, paragrafo 7, della Direttiva UE 1820/2020 è invece scritto che «[g]li Stati membri stabiliscono o mantengono norme relative ai limiti di tempo entro cui i singoli consumatori possono beneficiare di provvedimenti risarcitori. Gli Stati membri possono stabilire norme relative alla destinazione di eventuali fondi di risarcimento rimasti inutilizzati che non sono stati riscossi entro i limiti di tempo stabiliti».



GIUSEPPE MANCINO

L'evoluzione dell'art. 614-*bis* c.p.c. nel segno dell'effettività tra coazione giudiziale e garanzia del debitore

L'autore analizza l'evoluzione e la funzione delle misure di coercizione indiretta nel processo civile, con particolare attenzione all'art. 614-*bis* c.p.c. come modificato dal d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022. L'indagine ricostruisce la genesi dell'istituto e ne valuta la trasformazione da rimedio marginale a strumento di effettività, mettendo in luce le persistenti ambiguità tra la logica della coazione e quella della garanzia. La riforma, pur animata da finalità innovative, realizza una razionalizzazione conservativa: ordina l'istituto ma non ne scioglie tutte le contraddizioni. L'effettività resta affidata alla discrezionalità del giudice e frammentata tra cognizione, cautela ed esecuzione. Ne emerge un modello di effettività "regolata", in cui la giurisdizione assume un ruolo di persuasione più che di autorità. In prospettiva *de iure condendo*, si propone una disciplina organica della coazione indiretta, capace di unificare i poteri del giudice e di trasformare la misura da eccezione del sistema a strumento ordinario della giurisdizione dell'attuazione.

The Autor analyses the evolution and function of indirect coercive measures in civil proceedings, with particular attention to Article 614-*bis* of the Italian Code of Civil Procedure, as amended by Legislative Decree No. 149 of 10 October 2022. The study reconstructs the genesis of the institution and assesses its transformation from a marginal remedy into an instrument of judicial effectiveness, highlighting the enduring ambiguities between coercion and procedural safeguards. Although inspired by innovative aims, the reform achieves a conservative rationalisation: it organises the mechanism without all resolving its internal contradictions. The effectiveness of the remedy remains entrusted to judicial discretion and is fragmented among cognition, interim relief, and enforcement. The result is a model of "regulated effectiveness", in which jurisdiction assumes a persuasive rather than an authoritative role. From a *de iure condendo* perspective, the research proposes an organic framework for indirect coercion capable of unifying judicial powers and transforming the measure from an exceptional device into an ordinary tool of an enforcement-oriented jurisdiction.

Sommario: 1. Le innovazioni dell'art. 614-*bis* c.p.c. novellato, tra chiarezza formale e persistenti ambiguità sostanziali - 2. Il criterio della ragionevolezza delle misure come parametro di proporzionalità nella nuova disciplina della misura coercitiva - 3. Il termine di durata della misura tra funzione di garanzia e rischio di inefficacia - 4. Il nuovo ruolo del giudice dell'esecuzione nella disciplina delle misure coercitive: tra complementarità e sovrapposizione con il giudice della cognizione - 5. Il potere del giudice della cautela nella disciplina novellata e la sopravvivenza della comminatoria d'ufficio - 6. L'esclusione delle controversie di lavoro

dall'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c. - 7. Bilancio critico tra potenziamento dichiarato della misura coercitiva e permanenza dei limiti strutturali del sistema.

1. Le innovazioni dell'art. 614-bis c.p.c. novellato tra chiarezza formale e persistenti ambiguità sostanziali

L'intervento operato dal legislatore con la cosiddetta "Riforma Cartabia"¹ sull'art. 614-bis c.p.c. si inserisce in un quadro più ampio di revisione del processo civile, animato dall'intento di renderlo più rapido ed effettivo nella fase dell'attuazione dei provvedimenti del giudice². È infatti ormai acquisita la consapevolezza che l'efficienza della giustizia non si esaurisce nel momento della pronuncia, ma richiede che il comando giudiziale trovi attuazione concreta e tempestiva. L'idea che la tutela giurisdizionale debba garantire non soltanto l'accertamento del diritto, ma anche la sua realizzazione effettiva³, costituisce il filo conduttore delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022.

In questa prospettiva, la disciplina delle misure di coercizione indiretta assume un ruolo paradigmatico, dal momento che la loro efficacia rappresenta – o quanto meno dovrebbe rappresentare – la cartina di tornasole della capacità del sistema di assicurare la piena attuazione del diritto riconosciuto.

La legge delega n. 206 del 2021, all'art. 1, comma 12, lettera o), aveva attribuito al Governo un mandato preciso: da un lato, prevedere criteri per la determinazione dell'ammontare e della durata delle misure coercitive; dall'altro, attribuire anche al giudice dell'esecuzione il potere di comminarle quando il titolo esecutivo fosse diverso da un provvedimento di condanna o quando la misura non fosse stata richiesta in sede di cognizione⁴.

¹ D.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022.

² Sulle modifiche alla disciplina di cui all'art. 614-bis c.p.c. introdotte dalla riforma Cartabia, in particolare v. G. VERDE, *Diritto Processuale civile*, Vol. 3, *Processo di esecuzione. Procedimenti Speciali*, 7ª, 2025, Bologna, p. 136 s.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile III, Il processo esecutivo*, 15ª, Milano, 2025, pp. 245 ss.; G. BALENA, *Diritto Processuale Civile, Volume terzo, I processi speciali e l'esecuzione forzata*, 7ª, Bari, 2025, p. 89 s.; C. MANDRIOLI – A. CARATTA, *Diritto Processuale Civile, IV, Esecuzione Forzata, procedimenti cautelari e camerali*, Torino, 2025, p. 208 ss.; B. LIMONGI, commento a: art. 614-bis c.p.c. "Misure coercitive indirette" in *La riforma Cartabia del processo civile, Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149* a cura di R. TISCINI con il coordinamento di M. FARINA, Pisa, 2023, p. 732 ss.; S. VINCRE, *Le nuove norme sul processo esecutivo e sull'esecuzione indiretta*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 700 ss.; G. OLIVIERI, *Le misure coercitive indirette riformate. Riflessioni a seguito del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, in www.inexecutivis.it; A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 8ª edizione aggiornata alla "Riforma Cartabia" (l. 26 novembre 2021, n. 206 e d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) nonché al Codice della Crisi d'Impresa, Milano, 2022, p. 2267 ss.; A. CARATTA, *Le riforme del processo civile. D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, p. 195 ss.

³ G. BALENA, *Diritto Processuale Civile, Volume primo, I principi*, 7ª, Bari, 2025, p. 28 ss.

⁴ In particolare, la legge delega aveva previsto vari interventi volti ad un'ottimizzazione dell'istituto, dapprima all'art. 1, comma 12, lett. o), ove si leggeva «prevedere criteri per la determinazione dell'ammontare, nonché del termine di durata del termine di durata delle misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614 bis del Codice di procedura civile; prevedere altresì

Tale disposizione, rivelava un intento politico-giuridico più profondo, ossia la volontà di dare all'art. 614-*bis* c.p.c. una dimensione più operativa, superando quella che la dottrina⁵ aveva valutato come “timidezza applicativa” della disciplina originaria, dovuta all’incertezza sulla natura e sull’ambito della misura.

In realtà, proprio questa “operatività” proclamata sembra essere rimasta più programmatica che reale.

Ciò perché la riforma interviene prevalentemente sul piano dei criteri applicativi senza incidere davvero sul presupposto culturale che ha storicamente confinato la coercizione indiretta a strumento eccezionale.

Né, la trasposizione di questi criteri nella norma delegata è stata lineare. Si ha l’impressione che il legislatore abbia volutamente evitato una vera svolta sistemica.

Tale prudenza emerge dal fatto che le innovazioni introdotte operano per addizione di parametri e limiti, senza ridefinire il ruolo della coazione indiretta nel sistema dell’attuazione. Il legislatore, pur rispettando formalmente i parametri della delega, ne ha attenuato la portata, scegliendo di mantenere un equilibrio prudente tra esigenze di effettività e garanzie di proporzionalità. Il nuovo testo dell’art. 614-*bis* c.p.c. introduce infatti tre modifiche: la possibilità per il giudice di fissare un termine di durata della misura; l’inserimento, tra i criteri di commisurazione, del “vantaggio per l’obbligato derivante dall’inadempimento”; e, infine l’estensione della competenza al giudice dell’esecuzione, stando alla lettera della norma solo nei casi in cui la misura non sia stata richiesta nel giudizio di cognizione o il titolo non consista in un provvedimento di condanna.

La prima di queste innovazioni — la previsione di un termine massimo di durata — risponde all’intento di prevenire abusi e di evitare che la somma di denaro minacciata divenga sproporzionata rispetto all’obbligo principale. L’effettività della tutela giurisdizionale, in questo modo, viene subordinata a un calcolo di convenienza economica, con il rischio di trasformare la misura in un vero e proprio «prezzo del recesso» dall’obbligazione⁶. Tuttavia, se osservata in chiave sistematica, tale previsione rischia di indebolire la funzione deterrente della misura, come vedremo meglio in seguito.

La seconda novità — l’introduzione del criterio della ragionevolezza della misura — è volta a rendere più coerente la stessa con la sua funzione propria di coazione indiretta. Tale parametro appare più aderente alla logica dell’istituto, che mira a rendere l’inadempimento

l’attribuzione al giudice dell’esecuzione del potere di disporre di dette misure quando il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna oppure la misura non è stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento”.

⁵ B. CAPPONI, *Perché in Italia l’astreinte non si ama*, in www.giustiziainsieme.it, 2021, il quale ascrive la stentata operatività dell’art. 614-*bis* c.p.c. a una persistente aporia culturale e sistematica, osservando come la misura sia stata accolta dalla giurisprudenza «con molta timidezza e, forse, qualche eccessivo sospetto».

⁶ V. CAPASSO, *Sull’ambito applicativo dell’art. 614-*bis* c.p.c. novellato*, in questa rivista, 2024, p. 1068.

meno conveniente dell'adempimento⁷. È un passaggio concettuale rilevante, che avvicina la *ratio* della disciplina italiana a quella dell'*astreinte* francese, la quale si fonda proprio sulla funzione dissuasiva della misura, indipendentemente dal risarcimento del danno⁸. Tuttavia, l'assenza di parametri oggettivi per la quantificazione di tale "svantaggio" rischia di rendere l'applicazione della norma fortemente dipendente dalla discrezionalità giudiziale, con la conseguenza che la previsione, invece di favorire uniformità, potrebbe accentuare la disomogeneità dei criteri applicativi, già contestata in passato⁹. Anche su questo punto ci soffermeremo più analiticamente nei successivi paragrafi.

La terza innovazione consiste nell'aver attribuito anche al giudice dell'esecuzione il potere di comminare la misura e si presenta come la più rilevante sul piano sistematico. Essa mira ad ampliare l'operatività dell'art. 614-bis c.p.c. oltre la fase di cognizione, consentendo al creditore di attivare la coercizione anche in un momento successivo, ossia quando l'inadempimento si sia già manifestato. In questa prospettiva, la misura assume una funzione spiccatamente orientata all'effettività della tutela, svincolata dalla rigida scansione delle fasi processuali e coerente con l'evoluzione del processo civile verso modelli più flessibili e pragmatici¹⁰. Tale estensione di competenza solleva, tuttavia, delicate questioni di coordinamento con il principio della domanda e con il potere dispositivo delle parti¹¹. Proprio in questo passaggio emerge con maggiore evidenza l'ambivalenza della riforma. L'ampliamento dei poteri giudiziali non è accompagnato da una parallela ridefinizione dei confini funzionali tra cognizione ed esecuzione. *In species*, se la misura è richiesta solo in sede esecutiva, ci si interroga sulla possibilità per il giudice dell'esecuzione di pronunciarla in assenza di una previa domanda formulata nel giudizio di cognizione, e sul rischio di una deroga implicita al principio dispositivo. La dottrina ha evidenziato come una simile soluzione possa incidere sull'assetto tradizionale del processo esecutivo, chiamato ad attuare, e non a integrare, il titolo; nondimeno, è pacifico che il giudice dell'esecuzione possa intervenire solo se investito da un'esplicita richiesta¹², restando esclusa ogni applicazione officiosa delle misure di coercizione indiretta¹³.

E tuttavia, l'intervento del giudice dell'esecuzione risponde a esigenze di semplificazione, evitando al creditore l'attivazione di un nuovo giudizio e concentrando nella fase esecutiva sia

⁷ G. OLIVIERI, *Le misure coercitive indirette riformate*, cit.

⁸ In questo senso A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019, p. 25 ss.

⁹ A. CHIZZINI, *Commento all'art. 614-bis c.p.c.*, in *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009* a cura di G. BALENA, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, R. CAPONI, Torino, 2010, p. 70 ss.

¹⁰ In questo senso già prima della riforma v. S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 21 ss.

¹¹ Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, *Foro it.*, 2011, n. 1, 287; Cfr. Trib. Salerno, 20 luglio 2011, *Giue. Mer.*, 2013, n. 10, 2105.

¹² A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 2274.

¹³ A. CRIVELLI – E. MERCURIO, *Annotazioni alla legge di delegazione per la riforma del codice di rito, con riferimento alle disposizioni del processo esecutivo*, in *Riv. esec. forz.*, 2021, p. 1015 ss.

la decisione sulla coercizione sia la sua attuazione. Resta però incerto il confine tra mera attuazione del titolo e la sua integrazione. Infatti, la misura coercitiva, pur qualificata come accessoria, incide concretamente sulla posizione del debitore, producendo un effetto economico nuovo e autonomo. Ne consegue che, pur ampliando l'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c., la riforma non elimina del tutto le tensioni sistematiche tra funzione coercitiva e principio di legalità dell'esecuzione.

Per altro verso, ci si è chiesti se anche gli arbitri abbiano il potere di applicare le misure coercitive indirette in sede di pronuncia del lodo. Ebbene la risposta è sicuramente affermativa ove ci si riferisca lodo rituale che, come ben noto, è equivalente alla sentenza con l'unica necessità dell'omologazione al fine di acquistare efficacia di titolo esecutivo¹⁴.

In definitiva, la riforma dell'art. 614-bis c.p.c. si muove lungo una duplice direttrice solo apparentemente coerente, poiché da un lato, mira a razionalizzare l'istituto, colmando le incertezze della formulazione originaria; dall'altro, tende a contenere la discrezionalità giudiziale attraverso criteri formali, parametri di commisurazione e limiti temporali.

Nel complesso, si ritiene che la riforma abbia normalizzato la presenza della coazione indiretta più che rafforzarne la portata, privilegiando la compatibilità con i principi tradizionali del processo rispetto alla piena valorizzazione della funzione coercitiva. L'effettività si conferma così come un obiettivo proclamato più che realizzato.

L'*astreinte*, concepita come strumento di riequilibrio, resta, dunque, in bilico tra innovazione e cautela, tra promessa di effettività e rischio di inefficacia. In conclusione, la riforma non realizza un effettivo cambio di paradigma¹⁵, ma si esaurisce in un intervento di adeguamento

¹⁴ R. METAFORA, *Riforma del processo civile: le misure coercitive di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in questa rivista, 2022. Sul punto anche G. OLIVIERI, *Le misure coercitive indirette riformate*, cit.; V. già B. Sassani, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, in www.judicium.it, 16 gennaio 2018.

In ogni caso anche prima dell'ultima novella normativa, la dottrina maggioritaria riteneva che le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. fossero compatibili con il lodo arbitrale rituale. In argomento si veda L. SALVANESCHI, *L'Arbitrato*, sub art. 823, in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014; R. METAFORA, *Riforma del processo civile: le misure coercitive di cui all'art. 614 bis c.p.c.* in www.ilProcessocivile.it.

Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile III, Il processo esecutivo*, cit., p. 248; B. SASSANI, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, cit.

¹⁵ A dimostrazione di ciò si pone anche la persistente inapplicabilità dell'istituto in esame all'inadempimento del contratto preliminare ed alla ipotesi regolata dall'art. 2932 c.c. Sul punto, A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 2271; M. BOVE, *Riforme sparse in materia di esecuzione forzata tra il d.l. 83/2015 e la legge di conversione 132/2015*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, p. 24 ss.; I. GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1288; A. M. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 83/2015... in attesa della prossima puntata...*, in *Il corriere giuridico*, 2016, p. 179 ss.; Sul punto, per l'interpretazione ermeneutica si veda Cass. 5 settembre 2023, n. 25941, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 1361 ss., con nota di U. COREA, *Sentenza ex art. 2932 c.c. e condanna implicita*.

In senso contrario: C. V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, p. 184 ss.; C. CONSOLO, *Obblighi a contrarre (e anche solo a rinegoziare): gli artt. 2932, 2908 e 2009 c.c. e l'alternativa posta dall'art. 614 – bis c.p.c. (ante e post riforma del 2015)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto*, p. 83 ss.; C. CONSOLO - F. GODIO, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*,

formale e sistematico. La coazione indiretta continua a vivere nella zona grigia tra tutela e sanzione, affidata più alla sensibilità interpretativa del giudice che alla forza precettiva della legge.

2. Il criterio della ragionevolezza delle misure come parametro di proporzionalità nella nuova disciplina della misura coercitiva

Tra le innovazioni più significative introdotte dalla Riforma Cartabia in materia di coercizione indiretta vi è, dunque, l'inserimento, nel disposto di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., del nuovo parametro della "ragionevolezza della misura". L'aggiunta di questa formula, apparentemente marginale, rappresenta in realtà un punto di snodo concettuale nella logica stessa della misura coercitiva. In argomento, la scelta lessicale sembra rivelare una precisa opzione politico-legislativa. Il legislatore sposta la misura dalla dimensione dell'autorità del comando giudiziale a quella della gestione della protezione del debitore. Essa segna il tentativo del legislatore di precisare il criterio di commisurazione della somma dovuta, spostando l'asse dalla dimensione oggettiva del danno al creditore alla dimensione soggettiva della situazione in cui versa il debitore¹⁶.

La scelta del legislatore si inserisce in un processo di progressiva soggettivazione della coercizione indiretta, che mira a renderla più aderente alla sua funzione di pressione, e non di ristoro. Già la dottrina formatasi dopo la riforma del 2009 aveva sottolineato come l'*astreinte* italiana non potesse essere confusa con una misura risarcitoria o compensativa, ma avesse una funzione essenzialmente dissuasiva¹⁷.

Tuttavia, il testo originario dell'art. 614-*bis* c.p.c. si limitava a menzionare criteri generici — il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno prevedibile — che finivano per collocare la misura in un terreno ibrido, dove la logica dell'effettività conviveva con quella del risarcimento¹⁸. Con la novella del 2022, il legislatore ha voluto marcare più nettamente la differenza, affermando che l'importo della misura deve essere calibrato tenendo conto

in *Corr. giur.*, 2018, p. 370 ss.; ID., *Una buona "novella" al cod. proc. civ.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, ivi, 2009, p. 741.

Cfr. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2019, Vol. I (*Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*), p. 76-78. Sul punto, anche N. VENTURA, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre*, in *Giur. it.*, 2014, p. 767 ss.; R. MURONI, *L'azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018, p. 18 ss., 55 ss. e 191 ss.

¹⁶ R. MARUFFI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina delle misure coercitive di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Il diritto degli affari* n. 2/23, 2023, p. 141 s.; M. VANZETTI, *Sospensione ex art. 283 c.p.c. della sentenza poi confermata in appello e sorte delle misure coercitive indirette in caso di violazione medio tempore dell'inibitoria*, in *Il diritto degli affari* n. 2/23, 2023; In senso contrario si veda A. LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. 69 del 18 giugno 2009 in materia di processo di esecuzione*, in *Giur. merito*, 2009, p. 2079 ss.

¹⁷ C. V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, p. 184 ss.

¹⁸ A. LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. 69 del 18 giugno 2009 in materia di processo di esecuzione*, cit., p. 2080 s.

dell'utilità economica o relazionale che il debitore ricava dall'inadempimento, in modo che il costo della resistenza all'ordine giudiziale superi il vantaggio che essa procura.

In questa direzione, la valorizzazione della situazione in cui versa l'obbligato segna un passaggio dalla logica meramente coercitiva a una logica di tipo persuasivo, nella quale la misura mira a riequilibrare le posizioni delle parti più che a punire l'inadempimento. Il giudice diventa così l'arbitro di un equilibrio di convenienze, orientando la condotta dell'obbligato attraverso incentivi economici calibrati sulla sua utilità concreta¹⁹.

Sotto questo profilo, il nuovo criterio appare coerente con la *ratio* tipica delle misure coercitive indirette, che è quella di spostare il baricentro dell'effettività dal piano oggettivo dell'esecuzione a quello soggettivo della convenienza. In questo senso, l'introduzione del parametro del vantaggio mira a rendere la comminatoria più razionale, più proporzionata e, in definitiva, più efficace, in quanto adattata alla reale posizione dell'obbligato.

Tuttavia, come spesso accade nella tradizione legislativa italiana, la formula prescelta solleva più questioni di quante ne risolva. In primo luogo, la norma non specifica cosa debba intendersi per "vantaggio", né indica criteri concreti per la sua determinazione, non a caso è già annoverata tra le norme "in bianco"²⁰. Il concetto può riferirsi tanto a un beneficio economico diretto, quanto a un utile di altra natura, come l'evitare costi organizzativi, ritardi produttivi o perdita di potere contrattuale. Tale indeterminatezza, se da un lato consente al giudice di modulare la misura in modo elastico, dall'altro rischia di vanificare lo scopo di introdurre un parametro oggettivo. In assenza di criteri più stringenti, il giudice continua a esercitare una discrezionalità ampia, non dissimile da quella che già caratterizzava la disciplina previgente²¹.

Si può osservare che il parametro rischia di tradursi in una clausola di stile, poiché l'assenza di criteri verificabili consente al giudice di giustificare *ex post* decisioni maturate su basi prevalentemente equitative. È stato inoltre rilevato che il richiamo al "vantaggio" rischia di tradursi in una clausola di apparente razionalità, dietro la quale si nasconde una forte indeterminatezza applicativa. L'individuazione dell'utilità che il debitore trae dall'inadempimento dipende infatti da valutazioni fattuali e soggettive, che lasciano al giudice un margine di discrezionalità ancora più ampio rispetto al passato²².

¹⁹ U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, in www.judicium.it, 24 gennaio 2025, § 6.

²⁰ F. P. LUISO, *Diritto Processuale Civile III – Il processo esecutivo*, cit., p. 249.

²¹ R. MARUFFI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina delle misure coercitive di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 140.

²² In argomento vi è chi ha affermato che l'attribuzione di un adeguato margine di discrezionalità nella materia costituisce presupposto indispensabile per scongiurare "rigidi automatismi", sul punto B. LIMONGI, commento a: *art. 614-bis c.p.c. "Misure coercitive indirette"* in *La riforma Cartabia del processo civile, Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149* a cura di R. TISCINI con il coordinamento di M. FARINA, cit., p. 737 s.; C. CONSOLO – F. GODIO, sub *art. 614 bis c.p.c.*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, cit., p. 176; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., p. 22 ss.

In secondo luogo, la nuova formulazione solleva un problema teorico più profondo, relativo alla natura della proporzionalità nella misura coercitiva. Il richiamo al vantaggio del debitore sembrerebbe suggerire che la proporzionalità non si misuri più rispetto alla gravità della violazione, ma rispetto all'utilità che l'inadempimento procura, dunque, una concezione "relazionale" della misura, fondata sull'asimmetria di convenienza tra le parti. Tuttavia, questa impostazione può condurre a risultati distorsivi, poiché un debitore che trae un vantaggio minimo dall'inadempimento potrebbe essere soggetto a una misura lieve, anche se l'interesse del creditore è elevato, e viceversa. Si crea così una tensione tra proporzionalità soggettiva (commisurata al vantaggio del debitore) e proporzionalità oggettiva (commisurata all'interesse del creditore), che il legislatore non ha esplicitamente risolto. Questa tensione dimostra come la riforma abbia introdotto un criterio innovativo senza predisporre gli strumenti per governarne le ricadute applicative.

In tale prospettiva, è stato proposto di leggere il nuovo parametro come espressione di una proporzionalità relazionale, fondata non tanto sulla gravità dell'inadempimento quanto sulla distanza di utilità tra debitore e creditore. La misura assumerebbe così una funzione riequilibratrice più che sanzionatoria, volta a ristabilire un equilibrio di interessi concreti e non astratti²³.

Da un punto di vista sistematico, il nuovo criterio accentua la dimensione relativa e comparativa della coazione indiretta, infatti la misura diventa il punto di equilibrio tra due valori contrapposti — la libertà del debitore e la piena realizzazione del diritto del creditore. In questa prospettiva, la proporzionalità assume una funzione non solo di garanzia, ma anche di efficienza, nel senso che la minaccia economica deve essere tale da rendere l'inadempimento "irrazionale" dal punto di vista del debitore. Tuttavia, la mancanza di più specifiche linee guida normative rischia di lasciare questa valutazione al libero apprezzamento del giudice, con il pericolo di una frammentazione applicativa che mal si concilia con l'esigenza di prevedibilità delle decisioni²⁴.

La dottrina più recente ha evidenziato come la riforma Cartabia, nel tentativo di razionalizzare il sistema, abbia introdotto una proporzionalità flessibile; cioè affidata più al giudice che alla norma. Il legislatore ha scelto di "soggettivare" il potere coercitivo, accentuando la valutazione di convenienza dell'obbligato e riducendo l'ancoraggio a criteri oggettivi, con il rischio di riportare la disciplina su un terreno più equitativo che legale. Tale scelta riflette una tendenza ormai diffusa nel diritto processuale contemporaneo, che privilegia la discrezionalità giudiziale come strumento di effettività, ma che, al tempo stesso, riduce la certezza del diritto.

²³ In questo senso U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., § 6.

²⁴ G. CARUSO, *La riforma delle misure di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: spunti comparati con il modello dell'astreinte francese*, in www.judicium.it, 24 maggio 2023, § 6.

A ben vedere, l'introduzione del criterio del "vantaggio dell'obbligato" può essere interpretata come un tentativo di razionalizzazione economica della coercizione indiretta. Si può ritenere che la novella persegua una razionalizzazione economica della coercizione più che un rafforzamento dell'autorità del comando giudiziale. Il legislatore sembra voler comportarsi come "*homo economicus*", presupponendo che il debitore valuti costi e benefici dell'adempimento. Ma proprio questa visione economico-utilitaristica rischia di svuotare la misura della sua dimensione etica e simbolica, riducendola a una mera sanzione di convenienza. L'*astreinte* non è — e non dovrebbe diventare — un prezzo per il mancato adempimento, bensì uno strumento per riaffermare l'autorità del comando giudiziale e la doverosità dell'esecuzione.

Parte della dottrina ha tuttavia segnalato che una misura calibrata esclusivamente sul piano della convenienza economica rischia di svuotare la dimensione assiologica dell'obbligazione, trasformando la coazione giudiziale in un meccanismo di gestione dei comportamenti strategici. In tal modo, la minaccia economica perde la propria funzione simbolica di riaffermazione dell'autorità della decisione giudiziale²⁵.

Inoltre, la misura del vantaggio del debitore può condurre a una disparità di trattamento tra situazioni analoghe. Debitori con differenti capacità economiche o posizioni di mercato potrebbero essere soggetti a comminatorie di entità molto diverse, anche a fronte di obblighi identici. Si profila così un problema di uguaglianza sostanziale, che la giurisprudenza sarà chiamata a risolvere mediante l'applicazione del principio di proporzionalità in senso forte, bilanciando la deterrenza con la sostenibilità economica della misura.

Dal punto di vista sistematico, la previsione del vantaggio dell'obbligato contribuisce comunque a chiarire — più di quanto facesse la versione originaria — la natura non risarcitoria dell'*astreinte*. Essa conferma che la misura non è diretta a riparare un danno, ma a prevenire un comportamento inadempiente, collocandosi in una zona intermedia tra la sanzione e la garanzia.

Si è così parlato di una "effettività regolata", nella quale l'innovazione linguistica non si traduce in un vero salto funzionale. L'introduzione del criterio del vantaggio conferisce alla norma un volto più moderno e sistematicamente coerente, ma lascia immutata la dipendenza dell'effettività dall'apprezzamento discrezionale del giudice.

Resta però da chiedersi se questo spostamento di prospettiva rappresenti davvero un passo avanti nella proporzionalità, o piuttosto una sofisticazione terminologica che non modifica la sostanza del problema. In realtà, la proporzionalità non si misura solo sulla differenza tra vantaggio e costo dell'inadempimento, ma anche sul rapporto tra la gravità della violazione e la lesione dell'autorità della decisione giudiziale. Da questo punto di vista, il criterio del

²⁵ U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit.

vantaggio, pur utile a fini di equità, non garantisce necessariamente l'effettività della tutela, che richiede un'adeguata percezione sociale della forza vincolante del giudicato.

A tutto quanto sino ad ora analizzato si aggiunga che il legislatore nell'intervenire sulla disciplina in esame ben avrebbe potuto individuarne una indicazione edittale. Proprio in ragione di ciò un'autorevole dottrina si è posta il dubbio di legittimità costituzionale della norma in commento ritenendo che *“i criteri che indica il legislatore sono troppo evanescenti per soddisfare il principio di legalità”*²⁶.

Al solo fine di evitare una pronuncia di illegittimità costituzionale della norma in commento e quindi attendere un'interpretazione orientata della Consulta, taluni ritengono che si possa sopperire alle lacune normative esaminate mediante l'applicazione in via analogica di altre cornici edittali che emergono nella disciplina di ulteriori misure di coercizione indiretta tipiche²⁷.

In definitiva, l'innovazione in esame appare come una razionalizzazione più linguistica che sostanziale. Essa affina il discorso normativo, ma non risolve le incertezze applicative né elimina la dipendenza dell'effettività dalla discrezionalità del giudice. La riforma ha cercato di rendere la coercizione indiretta più “scientifica”, ma ne ha accentuato il carattere di misura individualizzata, adattata al caso concreto. Il risultato è un istituto più coerente sul piano teorico, ma non necessariamente più efficace nella pratica. Una misura che adatta il linguaggio dell'economia comportamentale, ma continua a vivere secondo la logica del diritto equitativo.

3. Il termine di durata della misura tra funzione di garanzia e rischio di inefficacia

L'introduzione, al primo comma dell'art. 614-bis c.p.c., del potere del giudice di stabilire un termine di durata della misura coercitiva rappresenta una delle novità più discusse della (cosiddetta) Riforma Cartabia²⁸. Si tratta di un intervento apparentemente tecnico, ma in

²⁶ Così F. P. LUIO, *Diritto Processuale Civile III – Il processo esecutivo*, cit., p. 250. In argomento è bene sottolineare che la commissione Luso aveva sollecitato l'indicazione, quanto meno, di un limite edittale massimo. Tuttavia, nella relazione illustrativa si legge: «Non è stato possibile determinare l'entità massima della sanzione pecuniaria, in quanto tale quantificazione esorbita da valutazioni di natura giuridica, investendo essenzialmente profili di politica legislativa. Se il governo riterrà opportuno, potrà valutare se inserire una determinazione quantitativa dei minimi / massimi della sanzione pecuniaria».

²⁷ Sul punto si rinvia a U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., § 6, secondo cui: il giudice – consapevole del vuoto normativo – dovrebbe far riferimento esplicito al perimetro edittale di altre norme quali ad esempio agli artt. 140-octies e 140-terdecies del codice di consumo, nel quale è stabilito che «...il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 1.000 euro a 5.000 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto tenuto conto della gravità e della durata della violazione...». Si veda anche A. TEDOLDI, G.M. SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 257.

²⁸ All'art. 12, lett. a), della legge n. 206 del 2021, era previsto che: “prevedere criteri per la determinazione dell'ammontare, nonché del termine di durata delle misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614-bis del codice di procedura civile; prevedere altresì l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di disporre dette misure quando il titolo esecutivo è diverso da un provvedimento di condanna oppure la misura non è stata richiesta al giudice che ha pronunciato tale provvedimento”.

realtà denso di implicazioni sistematiche, perché incide direttamente sull'essenza temporale della coercizione indiretta²⁹.

La misura, infatti, si caratterizza proprio per la sua idoneità a esercitare una pressione economico-psicologica che cresce nel tempo, la minaccia è tanto più efficace quanto più il debitore percepisce la sua potenziale indefinitezza. Introdurre un limite temporale a tale meccanismo significa ridefinire il rapporto tra tempo e coazione, trasformando la durata da fattore di effettività a parametro di equilibrio.

Secondo l'intento dichiarato del legislatore, il nuovo potere giudiziale risponde all'esigenza di razionalizzare e bilanciare l'applicazione della misura. È evidente che la scelta sia sintomatica della persistente diffidenza del legislatore verso le tecniche di pressione economica. Il limite temporale è presentato come strumento di garanzia e serve a evitare che la somma di denaro minacciata, crescendo in modo illimitato, assuma dimensioni sproporzionate rispetto all'obbligo principale e produca un indebito arricchimento del creditore o una pressione eccessiva sul debitore³⁰. In questa prospettiva, la previsione della durata si collega ai principi costituzionali di proporzionalità e di ragionevolezza, che impongono al giudice di calibrare la coazione in modo conforme alla natura dell'obbligazione e alle circostanze del caso. Tale nuova formulazione della disposizione pare sia stata accolta con benevolenza dai più³¹ e soprattutto da coloro che ne avevano sottolineato la necessità già prima della novella³².

L'idea che il legislatore sembra perseguire è quella di contenere la discrezionalità giudiziale mediante un parametro temporale, introducendo così un elemento di misurabilità oggettiva nella struttura della misura coercitiva.

In argomento, è comunque bene precisare che prima della novella la Giurisprudenza aveva già colmato tale lacuna, sul punto V. CAPASSO ricorda la pronuncia del Trib. Terni, 4 agosto 2009, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Esecuzione forzata di obblighi di fare o di non fare*, n. 17, secondo cui «[l]a misura coercitiva pecuniaria ex art. 614 bis c.p.c., il cui scopo è di rendere effettiva e sicura l'attuazione non solo degli obblighi di fare infungibile o di non fare, ma anche degli obblighi di fare fungibile riconosciuti da sentenze di condanna o da provvedimenti anticipatori della condanna (nella specie, denuncia per danno temuto), si applica trascorso un termine concesso ragionevolmente al debitore per adempiere l'obbligo e decorrente dalla notifica della sentenza o del provvedimento».

²⁹ La disciplina italiana, in questo modo, sembra essersi allineata, almeno nella prima parte, a quanto previsto dall'art. R. 131-1, comma 1, del *Code des procédures civiles d'exécution*, il quale stabilisce che «l'astreinte prend effet à la date fixée par le juge» («l'astreinte produce effetti dalla data stabilita dal giudice»). Anche se, il legislatore italiano non ha recepito la seconda proposizione del medesimo articolo, che precisa come la decorrenza della misura «ne peut être antérieure au jour où la décision portant obligation est devenue exécutoire» («non può essere anteriore al giorno in cui la decisione che contiene l'obbligazione è divenuta esecutiva»). Sul punto G. CARUSO, *La riforma delle misure di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: spunti comparati con il modello dell'astreinte francese*, cit.

³⁰ C. CONSOLO – F. GODIO, sub art. 614 bis c.p.c., in *Commentario del Codice di procedura civile*, cit., p. 180.

³¹ R. MARUFFI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina delle misure coercitive di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 142;

³² S. VINCRE, *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, p. 385.

In ogni caso, il giudice può e non deve predeterminarne la durata, consentendo alle parti di conoscere *ex ante* l'estensione dell'obbligo e le conseguenze dell'inadempimento³³. La misura è unicamente finalizzata a definire un quadro di prevedibilità, che dovrebbe rafforzare la tutela del debitore³⁴, non possiamo dire lo stesso per il diritto del creditore.

Infatti, la previsione normativa presenta un'ambiguità di fondo, ossia il tempo, da elemento funzionale della coazione, viene trasformato in limite alla sua efficacia. L'*astreinte* vive della propria estensione temporale, perché la sua forza deriva dall'idea che il debito possa crescere indefinitamente finché perdura la resistenza all'adempimento. Se il debitore conosce il termine oltre il quale la misura non potrà più operare, la minaccia economica perde gran parte della sua capacità di indurre il comportamento voluto. Egli può scegliere di procrastinare l'esecuzione, sapendo che la pressione giudiziale si estinguerà con lo spirare del termine. La riforma rischia così di convertire la misura da strumento di coazione in strumento di calcolo, dunque il debitore, razionalmente, può stimare il costo dell'inadempimento e decidere di "acquistare" il diritto di non adempiere. Si osserva che la coazione indiretta viene così ricondotta entro una logica di prevedibilità che attenua la sua funzione deterrente.

Il limite di durata, quindi, lungi dal rafforzare l'effettività, può tradursi in una razionalizzazione depotenziata, che garantisce la legalità formale, ma indebolisce la funzione deterrente della misura. La coazione indiretta, per sua natura, dovrebbe fondarsi sulla tensione tra incertezza e costrizione ed è efficace perché il debitore non sa fino a quando dovrà sopportare l'aggravio economico e quanto esso potrà aumentare. La certezza temporale neutralizza questa tensione, restituendo al soggetto obbligato un margine di controllo che vanifica la dimensione coercitiva della minaccia³⁵.

Inoltre, l'introduzione del termine di durata sposta il baricentro della valutazione giudiziale dal momento dell'inadempimento a quello della previsione prognostica; pertanto, il giudice dovrà stimare *ex ante* il periodo entro il quale l'adempimento può ragionevolmente essere ottenuto, assumendo su di sé una responsabilità che, nella versione originaria della norma, era demandata al decorso del tempo. L'effettività del comando dipende così dalla correttezza di questa previsione, la quale, per la complessità delle situazioni concrete, non può che basarsi su criteri presuntivi e discrezionali. Si sostituisce, in sostanza, l'incertezza dell'effetto con l'incertezza della previsione.

³³ Sul punto si veda G. CARUSO, *La riforma delle misure di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: spunti comparati con il modello dell'astreinte francese*, cit., § 6, secondo cui la previsione tende a evitare che la misura operi senza limiti temporali, prevenendo il rischio che essa degeneri in un obbligo accessorio di natura sostanzialmente sanzionatoria, non più proporzionato all'inadempimento originario.

³⁴ A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rivedute dalla riforma del 2022*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2022, p. 1215 s.

³⁵ B. LIMONGI, commento a: art. 614-bis c.p.c. "Misure coercitive indirette" in *La riforma Cartabia del processo civile, Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149* a cura di R. TISCINI con il coordinamento di M. FARINA, cit., p. 736; F. P. LUISO, *Diritto Processuale Civile III – Il processo esecutivo*, cit., p. 11 s.; C. CONSOLO – F. GODIO, sub art. 614 bis c.p.c., in *Commentario del Codice di procedura civile*, cit., p. 180.

In ogni caso è bene precisare che non si tratta di un obbligo “*strictu sensu*” inteso; la Relazione illustrativa al d.lgs. 149/2022 dichiara che la durata dovrà essere “adeguata alla natura dell’obbligazione e alle circostanze del caso”, riconoscendo quindi al giudice un ampio potere di modulazione. Ma questa elasticità, anziché garantire proporzionalità, rischia di riprodurre l’arbitrarietà che la norma voleva correggere. Il legislatore, nel tentativo di formalizzare la misura, finisce per riaffidarne la sorte alla discrezionalità interpretativa, spostando semplicemente il momento della decisione. Come è stato rilevato, si assiste a una formalizzazione apparente, in cui la nuova regola non restringe ma ridefinisce l’ambito del potere giudiziale.

Una parte consistente della dottrina ha evidenziato che l’introduzione di un termine rappresenta l’espressione di quella che può essere definita “effettività temperata”, ossia un’effettività controllata e compatibile con la tradizionale diffidenza del diritto processuale italiano verso gli strumenti di pressione economica³⁶. Il legislatore sembra riconoscere che l’effettività non può essere assoluta, ma deve sottostare a limiti derivanti dai principi di proporzionalità, libertà personale e tutela della dignità del debitore.

Ma questo equilibrio, pur apprezzabile sotto il profilo assiologico, non è privo di costi sistemici. Il tempo, che costituiva l’elemento dinamico dell’*astreinte*, diventa parametro di controllo. Nella misura originaria, la dimensione temporale era il fattore che accresceva la tensione coercitiva, infatti più il debitore resisteva, più il suo debito aumentava. Con la riforma, invece, la temporalità assume la funzione opposta, in quanto misura e non moltiplica all’infinito la pressione. È il segno di una trasformazione culturale del processo civile, che tende a privilegiare la stabilità e la prevedibilità rispetto alla forza effettiva del comando. Si tratta di una scelta che rivela una concezione ancora difensiva della giurisdizione dell’attuazione.

Da un punto di vista teorico, il limite di durata incide sul modo in cui si concepisce la volontarietà dell’adempimento. Se nella logica dell’*astreinte* l’adempimento è il frutto di una decisione indotta — ma pur sempre volontaria —, l’introduzione di un termine può alterare questa dialettica. L’adempimento perde così parte della sua spontaneità e la misura si riduce a un meccanismo di incentivo temporaneo, la cui efficacia si esaurisce con lo scadere del termine.

Un’ulteriore difficoltà emerge sul piano applicativo, poiché non è chiaro se il giudice possa prorogare la durata inizialmente fissata qualora l’inadempimento persista oltre il termine. La norma tace sul punto, lasciando aperto il dubbio se la proroga possa essere disposta e se d’ufficio o su istanza di parte. In assenza di una previsione esplicita, l’interprete dovrà bilanciare il principio di stabilità delle decisioni con quello di effettività, rischiando di creare divergenze applicative. È probabile che la giurisprudenza adotti soluzioni flessibili, riconoscendo la possibilità di successive proroghe (magari su istanza di parte), ma ciò

³⁶ A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla riforma del 2022*, cit., p. 1215 ss.

confermerebbe l'inadeguatezza del dato normativo a garantire una disciplina realmente chiara e uniforme.

In conclusione, il termine di durata della misura rappresenta un esempio emblematico del carattere ambivalente della Riforma Cartabia. Da un lato, costituisce un presidio di garanzia e un segnale di attenzione per il principio di proporzionalità; dall'altro, rischia di svuotare la funzione essenziale dell'*astreinte*, che è quella di mantenere viva la pressione sul debitore finché l'obbligo non sia adempiuto. Si potrebbe dire che il tempo, da alleato dell'effettività, diventa il suo limite, un fattore di equilibrio che si traduce in fattore di inefficacia.

La riforma, in tal senso, conferma la tendenza del diritto processuale italiano a preferire la garanzia dell'ordine formale alla piena effettività del comando giudiziale.

L'*astreinte* novellata diviene così una misura più "domestica", compatibile con la cultura giuridica nazionale, ma meno capace di assicurare quella realizzazione piena del diritto che rappresentava l'obiettivo dichiarato della riforma. L'effettività, ancora una volta, resta affidata non al testo della legge, ma alla capacità interpretativa del giudice e alla sua sensibilità nel bilanciare coercizione e proporzione.

4. Il nuovo ruolo del giudice dell'esecuzione nella disciplina delle misure coercitive: tra complementarità e sovrapposizione con il giudice della cognizione

In definitiva la Riforma Cartabia ha inciso profondamente sull'architettura dell'art. 614-bis c.p.c., ridefinendo non solo i criteri di commisurazione della misura coercitiva, ma anche il piano della competenza funzionale e dei poteri giudiziali nella sua applicazione. Tra le novità di maggiore rilievo emerge la possibilità di richiedere la misura anche in sede esecutiva³⁷ quando il titolo non derivi da una sentenza di condanna o quando non sia stata proposta istanza in sede di cognizione³⁸. Tale disposizione attribuisce al giudice dell'esecuzione un potere che, nella formulazione originaria del 2009, spettava esclusivamente al giudice della cognizione, in quanto funzionalmente connesso all'accertamento dell'obbligo³⁹.

L'obiettivo dichiarato dal legislatore è quello di ampliare l'operatività della coercizione indiretta, rendendola disponibile in ogni fase del ciclo processuale e superando il limite, spesso paralizzante, che subordinava la sua applicazione alla richiesta contestuale alla pronuncia di condanna. Si tratta, almeno sul piano teorico, di un passo avanti verso la piena effettività della tutela giurisdizionale, la misura può ora essere disposta anche quando il comando discende

³⁷ Possibilità già prospettata in passato, si veda F. P. LUIO, *Diritto Processuale Civile III – Il processo esecutivo*, cit., p. 246; A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, cit., p. 380 s.; B. CAPPONI, *Perché in Italia l'astreinte non si ama*, cit., § 8.

³⁸ In particolare, anche i titoli stragiudiziali quali l'accordo di conciliazione disciplinato dall'art. 11 del d. lgs. 28/2010 ove non provvisto di misure ex art 614 bis c.p.c. Sul punto si veda U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., § 5; A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 2529. Quanto, invece, al lodo arbitrale, si veda § nota 13.

³⁹ In senso contrario si V. Cass., Cass. 23 maggio 2024, n. 14461.

da un titolo di diversa natura — ad esempio, un provvedimento costitutivo, un decreto ingiuntivo, o una sentenza dichiarativa — purché sussista un obbligo suscettibile di coercizione indiretta. Ma proprio questa evoluzione funzionale espone il sistema a nuove tensioni di coerenza.

Tuttavia, come osservato da una parte autorevole della dottrina, questa scelta normativa presenta profili di ambiguità che rimettono in discussione la stessa collocazione sistematica dell'*astreinte* nel processo civile⁴⁰. Se nella logica originaria dell'art. 614-bis c.p.c. la misura rappresentava un accessorio della decisione di merito, strettamente legato al comando di condanna, la riforma tende ora a separare la funzione coercitiva da quella decisoria, affidandola a un organo distinto, quello dell'esecuzione⁴¹.

Tale scissione, pur giustificata dall'intento di rendere lo strumento più flessibile, produce conseguenze di rilievo sulla coerenza del sistema.

La Relazione illustrativa al d.lgs. 149/2022 spiega che l'attribuzione del potere coercitivo al giudice dell'esecuzione risponde alla necessità di concentrare in un'unica sede "tutti i rimedi funzionali alla realizzazione del titolo". Si tratta, dunque, di una misura di razionalizzazione procedurale: invece di riaprire un nuovo giudizio di merito, la parte potrà rivolgersi direttamente al giudice dell'esecuzione per ottenere la comminatoria.

Sul piano dei principi, la scelta appare coerente con il criterio di economia processuale e con il modello di effettività "unitaria" della tutela. Si corre, tuttavia, il rischio di portare la dimensione coercitiva nel diverso piano della creazione di effetti ulteriori, finendo così per attribuire al giudice dell'esecuzione un ruolo integrativo del titolo esecutivo, anziché limitarne l'intervento alla sua mera attuazione⁴².

La dottrina ha infatti osservato che il giudice dell'esecuzione non è, per definizione, titolare di poteri creativi, egli dà attuazione al titolo, ma non lo modifica né lo arricchisce di nuovi contenuti⁴³. La possibilità di comminare la misura coercitiva postula invece un margine di discrezionalità valutativa e un potere di apprezzamento delle circostanze dell'inadempimento che trascende l'ambito meramente esecutivo. Ne risulta una zona grigia tra cognizione ed esecuzione, in cui la distinzione tradizionale tra giudice del diritto e giudice dell'attuazione si attenua, fino quasi a dissolversi.

La coercizione indiretta diventa uno strumento di connessione tra le due fasi, ma al prezzo di una perdita di chiarezza sistematica. Laddove il giudice della cognizione non ritenga di disporre

⁴⁰ G. COSTANTINO, *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Bari, 2022, p. 358; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, 10^a, Milano, 2025, p. 864; S. CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.*, in www.treccani.it.

⁴¹ V. CAPASSO, *Sull'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c. novellato*, cit., p. 1071 s.

⁴² In questo senso G. OLIVIERI, *Le misure coercitive indirette riformate*, cit.

⁴³ Sul punto R. METAFORA, *Le misure coercitive indirette tra diritto vigente e futuri interventi riformatori*, in Giustiziacivile.com, 2022.

la misura, o la parte ometta di chiederla, il giudice dell'esecuzione può oggi sostituirsi a entrambi, introducendo un provvedimento accessorio al titolo originario. È una prospettiva che, se da un lato aumenta l'effettività del sistema, dall'altro solleva interrogativi di compatibilità con il principio della domanda e con l'intangibilità del giudicato.

Proprio la questione del principio dispositivo costituisce uno dei nodi più problematici. Nella configurazione originaria del 2009, l'applicazione della misura era subordinata alla richiesta di parte e il giudice non poteva disporla d'ufficio, perché ciò avrebbe significato introdurre un elemento sanzionatorio estraneo al perimetro della domanda giudiziale. Con la riforma del 2022, tale impostazione è stata solo parzialmente confermata; infatti, la misura può ancora essere chiesta su istanza di parte, ma il nuovo assetto processuale, in cui il giudice dell'esecuzione può intervenire anche successivamente, sembra aprire la strada a una potenziale iniziativa officiosa.

Sebbene la norma non preveda espressamente la possibilità di applicare la misura d'ufficio, la collocazione sistematica del nuovo art. 614-*bis* potrebbe consentire di ritenere implicita una maggiore autonomia del giudice dell'esecuzione⁴⁴.

Questa tendenza, però, entra in tensione con il principio dispositivo, poiché se la misura è disposta in assenza di istanza, essa finisce per attribuire al giudice un potere di iniziativa sostanziale che esula dai confini dell'esecuzione forzata. Il giudice dell'esecuzione, in altri termini, si trasforma in giudice dell'effettività, dotato di un margine di intervento autonomo volto a garantire il rispetto del comando giudiziale, indipendentemente dalle scelte processuali delle parti.

Ad avviso di chi scrive, è opportuno avallare il pensiero di altra parte della dottrina secondo cui: il G.E. che voglia disporre in materia di misure di coercizione indiretta deve, a tal fine, necessariamente essere investito di un'esplicita richiesta, non avendo, in caso contrario, facoltà di applicarle di sua sponte⁴⁵.

In prospettiva più ampia, il nuovo assetto processuale conferisce al giudice dell'esecuzione una funzione che trascende il ruolo tradizionale di esecutore del titolo. Egli diviene, almeno in parte, garante dell'effettività del diritto riconosciuto. Il suo potere non si limita più alla verifica della conformità formale tra titolo e atto esecutivo, ma si estende alla valutazione dell'idoneità delle misure coercitive a indurre l'adempimento. In questo senso, la riforma sembra voler costruire una sorta di "giurisdizione dell'effettività", nella quale l'esecuzione non è un momento meccanico, ma un processo di accompagnamento del comando giudiziale verso la sua realizzazione.

⁴⁴ In questo senso R. MARUFFI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina delle misure coercitive di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., p. 142.

⁴⁵ A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 2274; A. CRIVELLI – E. MERCURIO, *Annotazioni alla legge di delegazione per la riforma del codice di rito, con riferimento alle disposizioni del processo esecutivo*, in *Riv. esec. forz.*, 2021, p. 1015 ss.

L'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di irrogare l'*astreinte* anche in presenza di un titolo giudiziale già formatosi introduce un evidente punto di attrito con la competenza del giudice della cognizione. La possibilità che entrambi i giudici intervengano — il primo in via anticipata, il secondo in fase attuativa — crea infatti un'area di sovrapposizione decisionale che la norma disciplina solo in modo frammentario. Il riferimento alla misura "non richiesta" al giudice del merito esclude formalmente un concorso simultaneo, ma non elimina il rischio che la scelta dell'interprete generi soluzioni disomogenee; infatti, la parte può rivolgersi al giudice dell'esecuzione anche quando avrebbe potuto riproporre la domanda in appello⁴⁶, e ciò amplia lo spazio di intervento del G.E. in un contesto nel quale il titolo è già in formazione o in fase di impugnazione.

Si produce così una tensione sistemica: da un lato, il giudice della cognizione in appello (nei limiti dei *nova*) conserva il potere originario di integrare la condanna con la misura; dall'altro, il giudice dell'esecuzione è legittimato a introdurre *ex novo* una coercizione ulteriormente incidente sulla sfera patrimoniale del debitore. La mancanza di un criterio esplicito di prevalenza apre il problema del coordinamento tra provvedimenti eventualmente contrastanti, poiché nulla indica quale giudice sia chiamato a dirimere il conflitto o se la richiesta successiva possa svuotare di significato quella già proposta.

Il rischio non è solo teorico. La norma non attribuisce al G.E. un potere di revisione o adeguamento dell'*astreinte* eventualmente già irrogata dal giudice del merito, con la conseguenza che due provvedimenti autonomi possono coesistere senza alcun meccanismo di armonizzazione. La stessa logica vale in senso inverso, il rigetto in sede di cognizione preclude l'intervento del G.E., ma la mancata pronuncia non chiarisce se si tratti di un'omissione sanabile o di un rigetto implicito, lasciando l'interprete privo di criteri certi. Anche sul piano dei rimedi la sovrapposizione si ripropone, perché la misura disposta in fase di cognizione è assoggettata agli ordinari mezzi di impugnazione, mentre quella emessa in fase esecutiva ricade nel sistema delle opposizioni. La diversità di regimi conferma che i due provvedimenti sono concettualmente autonomi, ma non indica come coordinare gli effetti che producono.

In definitiva, la riforma affida a due giudici poteri paralleli e potenzialmente confliggenti, senza predisporre un modello di raccordo. Il rafforzamento dell'effettività si traduce così in una moltiplicazione dei centri decisionali non accompagnata da adeguati meccanismi di coordinamento. Il risultato è un sistema nel quale la ricerca dell'effettività rischia di tradursi in una frizione tra competenze, poiché l'*astreinte* può essere richiesta in momenti diversi del processo, a giudici differenti, con strumenti e garanzie processuali non coincidenti. Il dualismo

⁴⁶ U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., § 5; B. CAPPONI, *L'art. 614-bis c.p.c. (versione 2022) e il giudice dell'esecuzione*, in *Foro it.*, 2024, V, 51; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive e arbitrato, in Il processo esecutivo*, p. 389 ss.

che ne deriva rappresenta uno dei punti più critici dell'attuale disciplina, e impone all'interprete di ricostruire, con strumenti non codificati, un equilibrio che il legislatore non ha definito.

5. Il potere del giudice della cautela nella disciplina novellata e la sopravvivenza della comminatoria d'ufficio

Tra gli ulteriori nodi interpretativi lasciati irrisolti dalla Riforma Cartabia, uno dei più significativi riguarda il potere del giudice della cautela di disporre la misura coercitiva prevista dall'art. 614-bis c.p.c. Si tratta di un tema che trascende il piano tecnico-procedurale e tocca la stessa teoria della giurisdizione effettiva, ossia, vien da chiedersi fino a che punto il giudice che opera in sede cautelare possa modellare il comportamento delle parti attraverso strumenti di coazione economica.

Nella versione antecedente della norma, la possibilità di applicare la misura nella fase cautelare non era espressamente prevista, ma nemmeno esclusa. Ciò aveva consentito ad un orientamento ermeneutico⁴⁷ più innovativo di ammettere la nozione officiosa della misura anche (e soprattutto) in sede di provvedimenti d'urgenza⁴⁸, *in species* nei casi di obblighi di fare o non fare suscettibili di elusione immediata.

La *ratio* di tali pronunce era semplice: la tutela cautelare, per essere effettiva, non può esaurirsi nell'emanazione di un ordine, ma deve poter contare su un meccanismo che assicuri la prontezza dell'esecuzione e la dissuasione della violazione. L'*astreinte* appariva, in tal senso, lo strumento ideale per "saldare" il momento cautelare con quello dell'attuazione.

Con la riforma del 2022, tuttavia, il quadro si è complicato. Il legislatore, pur introducendo innovazioni incisive (criteri di commisurazione, durata, ruolo del giudice dell'esecuzione), non ha menzionato il giudice della cautela. Il silenzio normativo non è neutro, ma apre un campo di tensione interpretativa tra chi vi scorge una continuità tacita con l'orientamento precedente e chi, al contrario, vi legge una volontà restrittiva, volta a privare il giudice cautelare del potere di comminare misure coercitive indirette⁴⁹. Insomma, una scelta legislativa incompiuta.

È in questo vuoto che si colloca la questione attuale, cioè, se il giudice cautelare conservi ancora il potere di disporre l'*astreinte* oppure ne sia stato implicitamente spogliato.

⁴⁷ Trib. Roma, 7 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2082; Trib. Bari, 16 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2017, p. 839, con nota di M. MONTANARI, *Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto*; Trib. Genova, 28 ottobre 2015, *ivi*, 2016, p. 1129 con nota di E. BERTILLO, *Sui rimedi avverso la condanna ex art. 614 bis c.p.c. emessa in sede cautelare*; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 394 con nota di A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614 bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*; Trib. Palermo, 27.3.2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Verona, 9.3.2010, in *Giur. merito*, 2010, p. 1857; Trib. Cagliari, 19.10.2009, in *Contratti*, 2010, p. 682; Trib. Terni, 6.8.2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 637.

⁴⁸ A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 2272.

⁴⁹ V. CAPASSO, *Sull'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c. novellato*, cit., p. 1071

Per rispondere occorre chiarire la funzione che la misura coercitiva può assumere nel contesto della tutela cautelare.

Il giudice della cautela non mira a sostituirsi alla fase di cognizione, ma ad anticipare o preservare gli effetti della futura decisione. Tuttavia, tale anticipazione, per non restare un semplice auspicio, richiede un certo grado di vincolatività, ossia il provvedimento urgente deve potersi imporre nella realtà dei rapporti giuridici.

In questo senso, l'*astreinte* rappresenta una tecnica di garanzia dell'effettività immediata, coerente con la funzione preventiva della cautela⁵⁰.

Come è stato osservato la coazione economica può essere vista non come accessorio eventuale della condanna, ma come mezzo di attuazione dell'ordine cautelare, volto a impedire che la resistenza dell'obbligato ne svuoti la portata⁵¹.

L'idea è che la coercizione non segua il giudizio di merito, ma lo preceda, agendo in funzione di dissuasione preventiva. In questa prospettiva, l'*astreinte* si colloca nel punto di incontro tra tutela provvisoria ed effettività sostanziale del diritto.

D'altra parte, l'attribuzione al giudice della cautela di un simile potere comporta un salto qualitativo nel modo di intendere la giurisdizione. Il giudice della cautela, da arbitro dell'urgenza, diventa regolatore dei comportamenti processuali e sostanziali delle parti. Egli non si limita a garantire la conservazione dello *status quo*, ma incide direttamente sulla libertà di azione del debitore, modulando la minaccia economica in funzione della sua collaborazione. Si passa, così, da una tutela di tipo statico a una giurisdizione persuasiva, che non ordina soltanto ma orienta anche.

Sta di fatto, come detto, che il d.lgs. 149/2022, pur ridisegnando la competenza del giudice dell'esecuzione, non ha toccato espressamente la fase cautelare.

Tuttavia, deve ritenersi fondata la "tesi della continuità" per cui secondo una parte della dottrina⁵² il silenzio equivale a conferma implicita. La riforma, concentrandosi sulla fase esecutiva, non avrebbe inteso restringere i poteri già riconosciuti in sede cautelare.

Il giudice dell'urgenza, proprio perché chiamato a garantire la concreta fruizione del diritto in tempi brevi, dovrebbe potersi avvalere della stessa leva coercitiva che la legge riconosce al

⁵⁰ J.V. D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 713 ss.; In senso contrario: A. CHIZZINI, *Commento all'art. 614-bis*, in *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, a cura di G. BALENA, A. CHIZZINI, B. CAPPONI, S. MENCHINI, Torino, 2009, p. 138 s.

⁵¹ R. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614 bis cod. proc. civ.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 cod. proc. civ.*, in *Giur. merito*, 2010, p. 398 ss.

⁵² G. OLIVIERI, *Le misure coercitive indirette riformate*, cit.; E. VULLO, *Procedimenti cautelari in generale*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2017, p. 212; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Volume I*, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale, Torino, 2025, p. 61 ss.; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur dir. priv.*, 2009, p. 947; G. BALENA, *Diritto Processuale Civile, Volume terzo, I processi speciali e l'esecuzione forzata*, 7^a, Bari, 2025, p. 88 s.

giudice del merito. Negare questa possibilità equivarrebbe a creare una zona d'ineffettività proprio nel momento in cui la tutela è più fragile.

Al più può ritenersi che il legislatore non avrebbe inteso abolire la coazione cautelare, ma ricondurla entro confini più rigidi: sicché il giudice può ancora disporla, ma solo quando la misura sia necessaria a impedire un pregiudizio grave e irreversibile e purché sia proporzionata alla durata e all'intensità del provvedimento cautelare stesso.

Si tratterebbe, dunque, di un potere residuale e condizionato, esercitabile in presenza di una urgenza qualificata.

La discussione sul potere officioso non può però prescindere dal principio dispositivo e dalle caratteristiche del provvedimento cautelare richiesto.

Nel modello originario, la comminatoria dell'*astreinte* richiedeva un'esplicita istanza di parte: solo la domanda legittimava il giudice a incidere sul patrimonio dell'obbligato.

La riforma non ha formalmente derogato a tale principio, ma la possibilità di disporre la misura in sede esecutiva, anche successivamente, ha riaperto il problema della iniziativa giudiziale.

Se il giudice dell'esecuzione può comminare la misura per garantire l'attuazione del titolo, non si vede perché il giudice della cautela, chiamato a garantire la medesima effettività, non possa fare altrettanto.

La difficoltà maggiore consiste nel conciliare due valori potenzialmente antitetici: l'effettività della tutela e la provvisorietà del provvedimento cautelare.

Sul punto si rileva che la riforma evita di affrontare apertamente tale conflitto, rimettendone la soluzione alla giurisprudenza. L'*astreinte* è concepita per garantire la stabilità del comando giudiziale nel tempo; la tutela cautelare, in particolare quella anticipatoria, è destinata a durare solo finché non intervenga, eventualmente, una decisione di merito. Applicare una misura concepita per la permanenza a un provvedimento, quale quello cosiddetto conservativo, destinato a caducarsi significa innestare un meccanismo a tempo indeterminato in una struttura a tempo determinato.

Il rischio è che l'*astreinte*, in quanto misura progressiva, sopravviva al provvedimento cautelare stesso, continuando a produrre effetti anche dopo la sua cessazione. Per evitare tale risultato, il giudice dovrebbe limitare temporalmente la misura, commisurandola alla durata prevedibile della cautela, soprattutto in questo secondo caso.

Sicché è evidente che l'ultima novella ha segnato "il passaggio da un sistema dell'effettività per segmenti a una effettività diffusa, ma frammentata".

Il potere del giudice cautelare sopravvive, ma a condizione di essere esercitato con prudenza. E secondo la fattispecie di cui trattasi.

È questa, probabilmente, la caratteristica più coerente all'istituto disciplinato dall'art. 614-bis c.p.c.; un istituto che continua a vivere di equilibri instabili, oscillando fra la tutela effettiva e la fedeltà ai principi del processo liberale.

6. L'esclusione delle controversie di lavoro dall'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c.

L'esclusione delle controversie di lavoro dall'ambito applicativo delle misure di coercizione indiretta previste dall'art. 614-bis c.p.c. rappresenta uno dei profili più problematici dell'assetto normativo vigente, tanto sotto il profilo della coerenza sistematica quanto con riguardo alla funzione di rafforzamento dell'effettività della tutela giurisdizionale che l'istituto è chiamato a svolgere. La scelta legislativa incide, infatti, su un settore del contenzioso di assoluto rilievo quantitativo e qualitativo, sottraendo all'operatività delle *astreintes* una categoria di rapporti caratterizzata da strutturali asimmetrie di potere e da un'elevata incidenza di comportamenti opportunistici nella fase esecutiva⁵³.

Il primo nodo critico concerne la *ratio* stessa dell'esclusione⁵⁴. Tale scelta appare difficilmente conciliabile con la centralità dell'effettività della tutela giurisdizionale. Le misure di coercizione indiretta, come visto nei precedenti paragrafi, non perseguono una funzione risarcitoria, né sono finalizzate a compensare un danno ulteriore derivante dal ritardo nell'adempimento; esse operano, piuttosto, come strumenti sanzionatori di natura processuale, destinati a incidere sul comportamento del soccombente, alterando il suo calcolo di convenienza economica e disincentivando strategie dilatorie. In questa prospettiva, l'argomento secondo cui la materia lavoristica sarebbe già assistita da forme di tutela "forte" non coglie nel segno, poiché confonde piani diversi, ossia quello della protezione del bene giuridico sostanziale e quello dell'effettiva esecuzione del comando giudiziale. L'esclusione delle *astreintes* non rafforza la posizione del lavoratore-creditore, ma priva quest'ultimo di uno strumento idoneo a contrastare l'inerzia del debitore, allocando di fatto l'incentivo a non adempiere in capo al soggetto obbligato.

Tale effetto risulta particolarmente evidente se si considera che la tutela approntata dall'ordinamento del lavoro risponde spesso a logiche di protezione di interessi super-individuali e collettivi, che non coincidono necessariamente con l'interesse del singolo titolare del diritto accertato in giudizio. In un sistema segnato da un persistente squilibrio di forza contrattuale, l'assenza di strumenti di coercizione indiretta favorisce il ricorso a strategie non cooperative, consentendo al datore di lavoro di ritardare l'adempimento senza subire conseguenze immediatamente percepibili. Ne deriva una tutela che, pur formalmente riconosciuta sul piano della cognizione, rischia di rimanere ineffettiva nella fase attuativa, producendo risultati sub-ottimali dal punto di vista del singolo lavoratore.

A fronte di tali rilievi, volendo ragionare diversamente, l'esclusione delle controversie di lavoro trova un fondamento nei limiti strutturali della coercizione indiretta e, più in generale, nel principio *nemo ad factum praecise cogi potest*. Le *astreintes*, infatti, non superano

⁵³ G. CARUSO, *La riforma delle misure di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: spunti comparati con il modello dell'astreinte francese*, cit.

⁵⁴ Sul punto si V. Cass., 11 luglio 2013, n. 17200.

l'incoercibilità della volontà umana, ma operano esclusivamente attraverso una pressione patrimoniale indiretta, configurandosi come una forma di violenza morale legalizzata, la cui efficacia dipende dall'esistenza di un patrimonio aggredibile in capo all'obbligato. In tale prospettiva, esse non possono essere considerate strumenti di esecuzione forzata in senso proprio, ma rimedi ancillari, destinati a operare soltanto in un numero limitato di ipotesi e intrinsecamente inadeguati a risolvere in via generale la patologia dell'inadempimento, tanto più in ambiti caratterizzati da rapporti continuativi e da un elevato tasso di personalizzazione della prestazione, come quelli lavoristici⁵⁵.

Tuttavia, questa ricostruzione, pur cogliendo un profilo reale dei limiti dell'istituto, non appare sufficiente a giustificare una preclusione generalizzata e indifferenziata. Se è indubbio che la prestazione lavorativa in senso stretto presenti un nucleo incompressibile di incoercibilità, non altrettanto può dirsi per molte delle obbligazioni gravanti sul datore di lavoro, le quali non implicano un coinvolgimento personale tale da renderle incompatibili con la coercizione indiretta. L'esclusione fondata solamente sulla riconducibilità della controversia alla materia lavoristica finisce così per operare in modo eccessivamente grossolano, senza distinguere tra le diverse tipologie di obblighi dedotti in giudizio e senza valorizzare la funzione dell'*astreinte* quale strumento di allineamento tra accertamento del diritto ed effettiva realizzazione dello stesso⁵⁶.

È chiaro che la preclusione generalizzata riflette una logica categoriale più che funzionale. In definitiva, l'attuale disciplina sembra oscillare tra due esigenze contrapposte: da un lato, la tutela di ambiti di libertà costituzionalmente garantiti; dall'altro, la necessità di assicurare un grado adeguato di effettività alla tutela giurisdizionale, specie in contesti strutturalmente squilibrati come quello lavoristico. La preclusione generalizzata riflette una logica categoriale più che funzionale. In tale quadro, la scelta di escludere in modo assoluto le controversie di lavoro dall'applicazione delle *astreintes* appare difficilmente giustificabile sul piano sistematico. Una soluzione maggiormente coerente con la funzione dell'istituto potrebbe consistere non in una generalizzata ammissibilità, ma in un intervento selettivo e tipizzato, capace di modulare la coercizione indiretta in relazione alla natura concreta dell'obbligazione dedotta in giudizio, evitando che l'appartenenza alla materia lavoristica si traduca, di per sé, in un fattore di indebolimento dell'effettività della tutela.

⁵⁵ G. MONTELEONE, *Esecuzione specifica e misure coercitive (Cronistoria di uno strano caso processuale)*, in www.judicium.it, § 6, 14 gennaio 2025.

⁵⁶ U. COREA, *L'art. 614-bis c.p.c. nel prisma della tutela giurisdizionale*, cit., § 7.

7. Bilancio critico tra potenziamento dichiarato della misura coercitiva e permanenza dei limiti strutturali del sistema

La riforma Cartabia ha rappresentato, per la disciplina delle misure coercitive indirette, un momento di ridefinizione profonda ma non risolutiva. Essa ha tentato di trasformare un istituto tradizionalmente marginale del processo civile in un dispositivo strutturale di effettività, ma lo ha fatto con strumenti normativi improntati più alla cautela che alla innovazione. La nuova formulazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. ha indubbiamente segnato un passo avanti nella consapevolezza che la giurisdizione non si esaurisce nella dichiarazione del diritto, ma trova la sua piena legittimazione nella capacità di assicurarne l'attuazione. Tuttavia, nel disegno complessivo della riforma, la misura coercitiva conserva ancora il profilo di un rimedio "tollerato", più che pienamente integrato nel sistema.

Le modifiche introdotte – dal criterio del vantaggio dell'obbligato, al termine di durata, al coinvolgimento del giudice dell'esecuzione – hanno contribuito a razionalizzare l'istituto, ma non ne hanno chiarito la natura. Ciò che doveva essere una disciplina di semplificazione si è tradotto in una regolazione complessa, che moltiplica i centri decisionali e frammenta l'effettività. La misura, lungi dall'essere resa più accessibile, risulta ora incardinata in un reticolo di condizioni, limiti e poteri, nel quale l'efficacia pratica dipende più dall'interpretazione del giudice che dalla chiarezza della norma. In questo senso, la riforma si muove lungo la linea sottile che separa la "razionalizzazione" dalla "burocratizzazione" della coazione giudiziale.

È indubbio che l'art. 614-*bis* novellato rifletta un'evoluzione culturale, l'idea che l'autorità della giurisdizione si misuri anche nella capacità di incidere concretamente sulla condotta delle parti. Ma è altrettanto vero che, nella sua nuova formulazione, la misura continua a essere imprigionata nella logica dell'eccezione. Il legislatore ha accettato la coazione solo a condizione di poterla regolare, disciplinare, delimitare. Così facendo, ha preservato le resistenze storiche del sistema processuale italiano verso tutto ciò che si allontana dal modello dichiarativo tradizionale. L'*astreinte*, che in altri ordinamenti⁵⁷ ha assunto il valore simbolico di un potere giurisdizionale effettivo e dinamico, nel nostro diritto resta una figura ibrida, sospesa tra sanzione e stimolo, tra accessorio e autonomia, tra funzione coercitiva e garanzia del debitore.

Questa ambiguità si riflette su tutti i piani dell'istituto. La definizione del "vantaggio dell'obbligato" ha spostato l'asse dalla pura dissuasione alla proporzionalità, ma ha anche aperto la via a una valutazione soggettiva e incerta. Il termine di durata ha introdotto una garanzia contro l'arbitrio, ma ha finito per limitare la forza deterrente della misura, privandola del suo carattere potenzialmente illimitato, che ne costituiva la più efficace minaccia. L'ampliamento del potere del giudice dell'esecuzione ha consentito di attivare la coazione

⁵⁷ U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, 2023, Pisa, p. 131 ss.

anche dopo la cognizione, ma al prezzo di un'ulteriore disarticolazione della competenza, che oggi si distribuisce tra giudice della cognizione, della cautela e dell'esecuzione. L'effettività si è così frantumata in una pluralità di effettività parziali, ciascuna legata alla sensibilità del giudice e al momento processuale in cui opera.

Sul piano sistematico, il nuovo art. 614-*bis* ha lasciato in sospeso la questione fondamentale, ossia se la misura coercitiva debba essere considerata strumento accessorio di esecuzione o parte integrante del diritto alla tutela giurisdizionale. La riforma non ha scelto. Ha mantenuto l'istituto in una terra di mezzo, riconoscendogli una duplice anima – garanzia e coazione, legalità e discrezionalità – senza definirne la gerarchia interna. In questa incertezza si consuma la tensione principale del sistema, ossia quella tra l'effettività, intesa come potere del giudice di rendere il diritto concreto, e la legalità, intesa come limite esterno e forma di contenimento del potere. Il processo civile italiano, nella sua configurazione attuale, continua a oscillare tra queste due logiche senza riuscire a integrarle in un paradigma coerente.

Alla luce dell'odierna disamina la riforma rappresenta una tappa intermedia di un percorso ancora incompiuto verso una giurisdizione pienamente orientata all'attuazione.

Tuttavia, proprio questa ambiguità potrebbe rappresentare, se reinterpretata, il punto di partenza per una nuova stagione del diritto processuale dell'effettività. Il futuro dell'art. 614-*bis* c.p.c. non passa da un'ulteriore codificazione di limiti, ma da un ripensamento complessivo del rapporto tra dichiarazione e attuazione, tra giudizio e comportamento. Una prospettiva *de iure condendo* dovrebbe muovere nella direzione di una "giurisdizione dell'attuazione" pienamente riconosciuta, in cui il giudice, lungi dal temere la coazione, ne diventi gestore responsabile. Ciò richiederebbe, in primo luogo, una disciplina organica delle misure coercitive, distinta ma complementare rispetto all'esecuzione forzata, che definisca i poteri del giudice e i rimedi del debitore in modo unitario e prevedibile.

In secondo luogo, occorrerebbe valorizzare la funzione di prevenzione dell'inadempimento, restituendo alla misura la sua natura originaria di strumento di persuasione più che di punizione. La coazione indiretta non deve essere ridotta a sanzione, ma intesa come linguaggio giuridico della responsabilità, un modo di tradurre la decisione giudiziale in comportamento conforme, attraverso la modulazione razionale del costo della disobbedienza. In questa chiave, il criterio del vantaggio dell'obbligato dovrebbe essere reinterpretato non come parametro di commisurazione economica, ma come indice di efficienza relazionale del comando, volto a misurare la distanza tra il dovere giuridico e l'interesse individuale.

In conclusione, la riforma Cartabia ha posto le premesse di un cambiamento culturale, ma non ne ha tratto tutte le conseguenze. L'*astreinte* italiana resta una misura "in transito", più consapevole della propria funzione, ma ancora prigioniera delle categorie del processo tradizionale. Essa rappresenta, al tempo stesso, un sintomo e un laboratorio: il sintomo della crisi del modello dichiarativo, incapace di assicurare da solo l'effettività della tutela, e il

laboratorio di una possibile giurisdizione integrale, nella quale il giudice non si limiti a dire il diritto, ma lo faccia valere. Solo in questa prospettiva la misura coercitiva potrà finalmente cessare di essere un'eccezione.

Giuseppe Mancino
Dottorando



RAIMONDO FABRICATORE

Cass. civ., Sez. III, 20 novembre 2025, n. 30622, pres. De Stefano, rel. P. Gianniti¹

In tema di revocazione straordinaria per violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, introdotta con D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, l'art. 391-quater c.p.c. prevede tre concorrenti presupposti di ammissibilità: a) una decisione di un giudice nazionale, passata in giudicato, che abbia un «contenuto», che sia stato «dichiarato» dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione o ad uno dei suoi Protocolli; b) la lesione di un «diritto di stato della persona», c) l'astratta non idoneità dell'equa indennità, accordata dalla Corte europea ai sensi dell'art. 41 della Convenzione, a compensare le conseguenze della violazione.

La revocazione ex art. 391-quater c.p.c. costituisce un rimedio straordinario, riservato ai soli casi in cui la violazione del diritto accertata dalla CEDU abbia pregiudicato un «diritto di stato della persona», da intendersi in senso stretto, cioè come diritto non suscettibile di tutela risarcitoria (come per l'appunto i diritti concernenti lo status personale). Ne consegue che restano escluse dall'ambito di operatività della norma le domande meramente risarcitorie, compresa quella per danni da colpa medica, che, anche se correlata alla violazione del diritto alla vita (art. 2 Convenzione EDU), è comunque diretta ad una tutela per equivalente e, cioè, mediante il pagamento di somme di denaro.

In tema di revocazione straordinaria per violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, introdotta con D.Lgs. 10 ottobre 2022, il sindacato del giudice di legittimità, adito ex art. 391-quater c.p.c., non può spingersi a valutare l'idoneità o la congruità dell'equa soddisfazione liquidata dalla Corte EDU, poiché ciò

¹ Edita (per ora) con nota di V. BARONCINI, *Confini applicativi della revocazione ex art. 391-quater c.p.c.*, in *Euroconference Legal*, 9 dicembre 2025. La Suprema Corte di cassazione era già intervenuta con due decisioni: con la sentenza n. 34315 del 24 dicembre 2024, edita con nota di G. IMPAGNATIELLO, *Gli esordi della revocazione della sentenza civile per contrasto con la Cedu*, in *Foro it.*, 2025, I, p. 1390 ss.; e con la sentenza n. 7128 del 17 marzo 2025, edita con nota di F. DE SANTIS DI NICOLA, *L'ambito di applicazione ratione materiae della «revocazione europea» ex art. 391-quater c.p.c.*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, consultato in dattiloscritto per la cortesia dell'Autore; con nota di L. DI COLA, *Revocazione per contrarietà alla CEDU: quali presupposti?*, in *IUS Processo Civile*, 1° settembre 2025; con nota di G. IMPAGNATIELLO, *Gli esordi della revocazione della sentenza civile per contrasto con la Cedu*, cit.; nonché con nota di M. PAGNOTTA, *La Corte definisce l'ambito applicativo della nuova revocazione europea ex art. 391 quater c.p.c.*, in *Judicium*, 12 maggio 2025.

Con la prima decisione, la Prima Sezione ha stabilito che l'art. 391-quater richiede quale presupposto per la revocazione di una decisione nazionale, che il contenuto di quest'ultima sia stato dichiarato contrario alla Convenzione da una *sentenza definitiva* della Corte EDU. Non è pertanto consentita la revocazione nel caso in cui la Corte di Strasburgo abbia disposto la cancellazione della causa dal ruolo, ai sensi dell'art. 37 CEDU, con una decisione meramente ricognitiva della presentazione di una dichiarazione unilaterale, recante ammissione della avvenuta violazione da parte dello Stato italiano. Si veda Cass. civ., Sez. I, 24 dicembre 2024, n. 34315.

Con la seconda decisione, l'III.ma Corte ha offerto le prime indicazioni e precisazioni interpretative riguardo all'art. 391-quater, chiarendo il significato da attribuire alla locuzione *diritti di stato*, e pronunciandosi poi riguardo all'eventuale illegittimità costituzionale della disposizione con riferimento innanzitutto all'art. 117 Cost., nonché agli artt. 2, 3, 24, 76 e 77 Cost. Si veda Cass. civ., 17 marzo 2025, n. 7128, Pres. Dott. Frasca, Cons. Rel. Dott. Tatangelo. Ad ogni modo, nel corso nella trattazione, torneremo su entrambe.

equivarrebbe a configurare la Corte di cassazione come giudice di ulteriore grado rispetto alla Corte di Strasburgo.

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 391-quater c.p.c., nella parte in cui limita l'esperibilità della revocazione ivi prevista ai soli casi in cui sia stato pregiudicato un «diritto di stato della persona», poiché tale limitazione non soltanto è coerente con la ratio della legge delega (in relazione all'art. 76 Cost.), che prevedeva la revocazione solo se la violazione non potesse essere rimossa tramite tutela per equivalente, ma è anche ragionevole (in relazione agli artt. 3, 24 Cost.), bilanciando l'efficacia del rimedio CEDU con la necessità di tutelare la stabilità del giudicato, specialmente in materie che ammettono pienamente la riparazione economica.

“Era già tutto previsto”: la Cassazione conferma (ancora una volta) la natura limitata della nuova revocazione

La nota esamina un recente intervento della Suprema Corte che consolida l'interpretazione restrittiva (o se si preferisce: cauta) dell'art. 391-*quater*, già delineata nei precedenti arresti. Il contributo tenta di inquadrare la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità nel più generale assetto dell'istituto revocatorio, rimedio intrinsecamente caratterizzato dalla “tensione” tra certezza del diritto ed effettività della tutela. In tale prospettiva, la decisione è letta alla luce del rapporto tra giudicato nazionale e ordinamento convenzionale, evidenziando come, in un sistema giuridico multilivello, vi sia un inevitabile ridimensionamento del giudicato nazionale, chiamato a cedere dinanzi alle superiori esigenze di conformità al diritto sovranazionale.

This case note examines a recent ruling of the Italian Supreme Court, which consolidates a restrictive (more precisely: cautious) interpretation of Article 391-*quater* of the Code of Civil Procedure, already outlined in previous decisions.

The contribution seeks to understand the solution adopted by the Supreme Court within the broader framework of reopening proceedings, an instrument inherently marked by the “tension” between legal certainty and the effectiveness of judicial protection. From this perspective, the decision is analysed in light of the relationship between domestic *res judicata* and the ECHR system, highlighting how, in a multilevel system of fundamental rights protection, the authority of domestic *res judicata* is required to yield to the superior demands of compliance with supranational law.

Sommario: 1. L'art. 391-*quater* e la nuova revocazione per contrarietà alla CEDU – 2. La sentenza n. 30622 del 20.11.2025 – 2.1. La vicenda – 3. La revocazione di una decisione nazionale a seguito di cancellazione di una causa dal ruolo – 4. L'ambito di applicazione dell'art. 391-*quater* – 4.1. La categoria dei "diritti di stato" – 4.2. L'art. 391-*quater*, n. 2, c.p.c. – 4.3. Il rigetto delle questioni di legittimità costituzionale

1. L'art. 391-*quater* e la nuova revocazione per contrarietà alla CEDU

Con la sentenza n. 30622 del 20 novembre 2025 la Suprema Corte di cassazione è tornata nuovamente sull'art. 391-*quater*² c.p.c., introdotto dall'art. 3, co. 28, lett. o), del d. lgs. 149/2022 (cd. "Riforma Cartabia"), in attuazione dei principi e criteri direttivi contenuti nell'art. 1, co. 10, lettere a), b), c), d), e), f), della legge delega n. 206/2021.

Quest'ultima, in particolare, autorizzava il legislatore delegato ad introdurre un nuovo motivo di revocazione, esperibile nel caso in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, anche: Corte EDU, o, la Corte di Strasburgo) abbia accertato la violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito, anche: CEDU, o, la Convenzione) o di uno dei suoi Protocolli.

² I contributi sulla nuova revocazione per contrarietà alla CEDU sono numerosissimi. Per quanto riguarda la manualistica si vedano *ex multis*: F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, 3 a ed., Bologna, 2023, p. 432 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2., 13 a ed., Torino, 2023, p. 630 ss.; F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, 2., 14 a ed., Milano, 2023, p. 497 ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2., 6 a ed., Bologna, 2023, p. 302 ss. Tra i commentari alla riforma Cartabia, si vedano: A.D. DE SANTIS, *Le impugnazioni*, in *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021 n. 206* a cura di G. COSTANTINO, Bari, 2022, p. 261 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *La revocazione*, in *La riforma del processo civile* a cura di D. DALFINO, Città di Castello, 2023, p. 260 ss.; F.P. LUIO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 229 ss.; A. MENGALI, *La revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il processo civile dopo la riforma* a cura di C. CECCHIELLA, Bologna, 2023, p. 403 ss.; A. MERONE, *Revocazione a seguito di sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La riforma Cartabia del processo civile* a cura di R. TISCINI, Pisa Ospedaletto, 2023, p. 608 ss.; F. TERRUSI, *La nuova fattispecie di revocazione per contrarietà alla Cedu*, in *Il processo civile dopo la riforma Cartabia* a cura di A. DIDONE e F. DE SANTIS, Milano, 2023, p. 336 ss. Tra i contributi in rivista si rimanda a: A. CARRATTA, *La riforma del processo civile nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2023, IV, p. 915 ss.; G. CARUSO, *La nuova ipotesi di revocazione ex art. 391-*quater* c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, II, p. 639 ss.; G. CHIAPPETTA, G. CARUSO, *La revocazione delle sentenze civili per condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti di stato della persona*, in *Judicium*, 5 aprile 2024; E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, I, p. 217 ss.; EAD., *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2023, p. 479 ss.; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, II, p. 667 ss.; M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Rivista dir. int. priv. e proc.*, IV, 2022, p. 919 ss.; S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, in *Judicium*, 2023; G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, I, p. 167 ss.; E. ROMANI, *Il processo amministrativo e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'istituto della revocazione "convenzionale" prefigurato dalla l. 26 novembre 2021, n. 206*, in *federalismi.it*, 15 giugno 2022.

L'art. 391-*quater* consente quindi di poter agire in revocazione avverso la decisione, il cui contenuto sia stato dichiarato dalla Corte di Strasburgo contrario alla Convenzione³, al concorrere però di due condizioni: la violazione deve aver pregiudicato un *diritto di stato della persona* e la *satisfaction équitable* eventualmente riconosciuta dalla Corte ai sensi dell'art. 41 CEDU dev'essere *inidonea* a compensare le conseguenze lesive della stessa.

Il legislatore ha quindi colto "l'occasione propizia della riforma in cantiere"⁴ per compiere tale intervento normativo, a lungo caldeggiato sia dalla dottrina⁵ sia dalla giurisprudenza (costituzionale⁶ e convenzionale⁷), ma soprattutto per dare finalmente attuazione a quanto previsto dalla Convenzione all'art. 46, § 1, il quale prescrive che "*le Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali*

³ Con una *sentenza definitiva* della Corte di Strasburgo, che dichiari l'avvenuta violazione convenzionale. Infatti, come si vedrà *infra* § 3, l'art. 391-*quater* non consente di agire in revocazione sulla base di una decisione assunta dalla Corte EDU ex art. 37 CEDU e art. 62A del Regolamento della Corte.

⁴ A.D. DE SANTIS, *Le impugnazioni*, cit., p. 264.

⁵ In dottrina sono state diverse le autorevoli Voci a segnalare la necessità e l'opportunità di una nuova ipotesi di revocazione. *Ex multis* si segnalano: F. AULETTA, *Uno stress-test per la revocazione*, in *Giust. proc. civ.*, 2020, I, p. 83 ss.; S. COLUSSA, *La tutela della parte contro il giudicato*, Tesi di dottorato in Diritto processuale civile, XXV Ciclo, Università degli Studi di Roma.; E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2018, II, p. 711 ss.; F. DE SANTIS DI NICOLA, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte EDU tra problematico ampliamento dei motivi di revocazione e (sostanziale) neutralizzazione del giudicato nazionale non-penale*, in *Il giusto processo civile*, 2018, III-IV, p. 807 ss. (parte prima) e p. 1107 ss. (parte seconda); A.M. TEDOLDI, *Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla CEDU*, in *Riv. di dir. proc.*, 2019, II, p. 445 ss.; S.L. VITALE, *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2015, XI, p. 1427 ss.

⁶ Si vedano: Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123, edita con nota critica di R.G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta online*, 2017, II, p. 333 ss.; con nota adesiva di E. D'ALESSANDRO, *Il giudicato amministrativo (e quello civile) per ora non cedono all'impatto con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2186 ss.; con nota di F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *federalismi.it*, 2017, 13; con nota di P. PIRRO, *Obbligo di conformazione alla pronuncia della Corte di Strasburgo e revocazione della sentenza amministrativa: la sentenza n. 123/2017 della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2018, II, p. 515 ss.; con nota di A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, II, p. 646 ss.; con nota adesiva di A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, III, p. 1260 ss.; Corte cost., 2 febbraio 2018, n. 19, edita con nota di S. GALLACCIO, *Gli ultimi interventi della Corte costituzionale in tema di revocazione di sentenze amministrative e civili in contrasto con una successiva sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 3 giugno 2019; C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e inagibilità del giudicato amministrativo civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2018, 18; Corte cost., 27 aprile 2018, n. 93., edita in varie riviste, con nota critica di M. BRANCA, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e n. 93 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, III, p. 1521 ss.; con nota di E. D'ALESSANDRO, *Violazione della Cedu e revocazione del giudicato civile: «nihil novi sub sole»*, in *Foro it.*, 2018, I, p. 2291 ss.; con nota adesiva di A. PASQUALETTO, *Violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, giudicato civile e interesse superiore del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, X, p. 1398 ss.

⁷ Corte EDU, 20 agosto 2021, ric. n. 5312/11, *Beg s.p.a. v. Italy*. Sul caso *Beg s.p.a.* si ritornerà *infra*.

sono parti” e a quanto affermato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa nella Raccomandazione R(2000)2⁸.

Tuttavia, il sentimento di “soddisfazione”⁹ per l’introduzione della nuova revocazione convenzionale va certamente ridimensionato, e ciò sia per via delle scelte del legislatore, le quali rischiano di rendere il nuovo rimedio poco accessibile, sia, per via dell’orientamento assunto dalla Suprema Corte nei suoi primissimi arresti.

2. La sentenza n. 30622 del 20.11.2025

In tale contesto, dunque, si inserisce la sentenza in commento, con la quale la Suprema Corte torna ad occuparsi della nuova *revocazione convenzionale*, consolidando i principi espressi dalla Stessa nelle prime due pronunce. Difatti, tale decisione, ponendosi nel solco delle due precedenti, offre indicazioni interpretative sostanzialmente in armonia con quanto statuito nelle sentenze nn. 34315 del 2024 e 1728 del 2025.

Ciononostante, l’interesse al commento di tale arresto è viepiù accresciuto dalla possibilità di analizzare *globalmente* le indicazioni interpretative del nuovo art. 391-*quater*, offerta dalla giurisprudenza di legittimità.

2.1. La vicenda

Nel caso di specie, le parti ricorrevano in Cassazione ai sensi del neo-introdotta art. 391-*quater*, chiedendo la revocazione dell’ordinanza n. 24569/2018 della stessa Corte, che aveva dichiarato l’improcedibilità dei ricorsi proposti avverso la sentenza n. 1026/2016 della Corte d’Appello di Genova, poiché nessuno dei ricorrenti aveva depositato la relata di notifica della sentenza impugnata.

La vicenda traeva origine da un giudizio avente ad oggetto una domanda risarcitoria degli eredi per responsabilità medica a seguito del decesso della paziente. Il giudice di prime cure aveva condannato al risarcimento la struttura sanitaria e il medico primario appartenente alla stessa.

⁸ Recommendation No. R(2000)2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights - Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694th meeting of the Ministers’ Deputies. Nella stessa si invitano le Alte Parti contraenti ad assicurare l’esistenza di adeguate possibilità di riapertura dei processi, nei casi in cui la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione, specialmente quando: I) la parte lesa continui a sopportare gravi conseguenze negative, a causa della decisione interna, a cui non può esservi adeguato ristoro tramite l’equa soddisfazione e che non possono essere corrette se non con la riapertura del procedimento; II) la decisione della Corte porti alla conclusione che la sentenza interna impugnata è contraria *nel merito* alla Convenzione, o la violazione riscontrata deriva da errori o vizi procedurali di una tale gravità da mettere in serio dubbio l’esito del procedimento.

⁹ Ci sia concesso, in questa sede, prendere in prestito le parole spese da autorevole dottrina tedesca in commento alla riforma del 2006, che ha introdotto nell’ordinamento tedesco l’ipotesi di revocazione convenzionale (*die Restitutionsklage wegen Verstoß gegen den EMRK*). Si veda E. SCHUMANN, *Endlich nach über 50 Jahren: Die Feststellung der Menschenrechtsverletzung durch den EGMR wird in Deutschland zum zivilprozessualen Restitutionsgrund*, in *Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher*, Wien e Graz, 2008, p. 903.

In secondo grado, la corte territoriale aveva riformato parzialmente la pronuncia del Tribunale di La Spezia, riconoscendo un concorso di colpa della defunta nella causazione del proprio decesso a causa dell'omesso ritiro del referto relativo all'esame biotico che aveva evidenziato la presenza di un carcinoma invasivo. Ciò, quindi, aveva determinato un conseguente ritardato avvio delle cure.

Così decidendo, la Corte d'Appello aveva riquantificato, riducendolo, il danno *iure proprio* e *iure hereditatis* dei ricorrenti, confermando invece la condanna delle rispettive compagnie assicurative, nei limiti tuttavia del massimale.

Avverso questa decisione ricorrevano in cassazione, tra gli altri, gli eredi. La S.C. – come visto – dichiarava l'improcedibilità del ricorso ex art. 369, co. 2, n. 2, c.p.c.

In conseguenza di ciò, con ricorso n. 20437/2019 una parte degli eredi adiva la Corte di Strasburgo, lamentando la violazione degli artt. 2, 6 § 1, e 13 CEDU, nonché dell'art. 1 del Protocollo n. 1, ossia: la violazione dell'obbligo procedurale che discende dall'art. 2 CEDU¹⁰, la mancata concessione di un adeguato risarcimento in qualità di parenti di una vittima di negligenza medica, l'eccessivo formalismo e la durata eccessiva del procedimento.

Tuttavia, nel maggio del 2023 la Corte EDU disponeva la cancellazione della causa dal ruolo ai sensi dell'art. 37 CEDU, § 1, lett. c.), e dell'art. 62A del Regolamento della Corte, con una decisione meramente ricognitiva della dichiarazione del Governo italiano, il quale aveva riconosciuto le violazioni degli artt. 2 e 6 § 1 CEDU¹¹.

A seguito della decisione convenzionale, i ricorrenti, in qualità di eredi della defunta, hanno agito – con il primo motivo di ricorso – per la revocazione dell'ordinanza n. 24569/2018 ai sensi dell'art. 391-*quater*.

Secondo gli istanti ricorrevano tutte le condizioni richieste dall'art. 391-*quater* c.p.c., dal momento che la violazione accertata dalla Corte di Strasburgo aveva pregiudicato un *diritto di stato della persona*, relativo al diritto dei ricorrenti nella qualità di eredi di ottenere un risarcimento del danno adeguato per la morte della *de cuius*; e dal momento che l'equa soddisfazione riconosciuta dalla Corte EDU era inidonea a compensare le conseguenze delle violazioni accertate.

Con il secondo motivo di ricorso, gli eredi hanno chiesto la remissione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 391-*quater* con riferimento agli artt. 3, 24 e 76 Cost., nonché all'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 6, 14 e 46 CEDU.

La Terza Sezione, con la sentenza in commento, ha dichiarato – per le ragioni di cui appresso – il ricorso inammissibile.

¹⁰ Tale obbligo procedurale impone agli Stati l'instaurazione di un sistema giudiziario indipendente, che sia in grado di stabilire le cause di un decesso e di obbligare gli eventuali responsabili a rispondere delle loro azioni. Si vedano, *ex multis*: Corte EDU (Grande Camera), 1° giugno 2010., ric. n. 22978/2005, *Gäfgen v. Germany*, §§ 115-119; Corte EDU (Grande Camera), 09 aprile 2009, ric. n. 71463/01, *Šilih v. Slovenia*, §§ 192-196; Corte EDU, 17 gennaio 2002, ric. n. 32967/96, *Calvelli e Ciglio*, § 49.

¹¹ Corte EDU (Prima Sezione), decisione del 25 maggio 2023, ric. n. 20437, disponibile sul database: <https://hudoc.echr.coe.int>.

3. La revocazione di una decisione nazionale a seguito di cancellazione di una causa dal ruolo

Quanto al primo motivo, nel solco di quanto statuito con la sentenza n. 34315 del 2024, la Terza Sezione effettua un *excursus* di carattere storico-sistematico sulle vicende – delle quali si è qui già dato conto in premessa – che hanno indotto il legislatore ad introdurre la nuova revocazione convenzionale.

Invero, la S.C. riconosce come il legislatore delegato abbia optato per “un sensibile contenimento” rispetto alla legge delega n. 206 del 2021, che non restringeva di così tanto il campo applicativo dell’istituto, non essendo stata prevista – come sottolineano i giudici di legittimità – “alcuna limitazione dell’oggetto della sentenza revocabile”¹².

Inoltre, è indubbio che il legislatore delegato abbia deciso di ispirarsi – ci sia consentito aggiungere qui: *acriticamente* – all’omologo istituto francese¹³, seppur – come nota la Terza Sezione – “con impropria traduzione”¹⁴.

In disparte tale ultima considerazione, è d’uopo precisare che il congegno normativo, per così dire, “a maglie strette”, scelto dal delegato è coerente con la natura dell’istituto revocatorio, che è rimedio a carattere eccezionale. Difatti, la stessa revocazione “tradizionale” è un mezzo

¹² § 3.4. dei *Motivi della decisione*.

¹³ Il legislatore italiano ha preso a modello l’ordinamento francese, dove tale rimedio è previsto sin dal 2017 a seguito dell’intervento normativo di cui all’art. 42 della *Loi n. 1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle* nel *Code de l’organisation judiciaire*, che ha introdotto la possibilità di chiedere il *réexamen en matière civile*. Entrato in vigore il 15 maggio 2017, l’art. L452-1 del *Code de l’organisation judiciaire* prevede che: “*Le réexamen d’une décision civile définitive rendue en matière d’état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l’instance et disposant d’un intérêt à le solliciter, lorsqu’il résulte d’un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l’homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l’article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d’un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l’homme. Le réexamen d’un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions*”. Con un approccio minimale, il riesame può essere chiesto solo nel caso in cui la decisione che contrasta con la Convenzione o uno dei suoi Protocolli sia stata resa in materia di stato delle persone, nei casi in cui la violazione per la natura e la gravità della stessa abbia arrecato delle conseguenze tali da non poter essere ristorate tramite la *satisfaction équitable* ai sensi dell’art. 41 CEDU. La richiesta di riesame va proposta entro un anno dalla sentenza della Corte EDU dinanzi alla *Cour de cassation*. Il modello francese si caratterizza per una sua coerenza sistematica, che riflette le esigenze emerse nello stesso ordinamento rispetto alla sua relazione con la Convenzione. Difatti, in Francia, la questione della riapertura del processo come misura più adeguata a garantire la piena *restitutio in integrum* si è posta principalmente con riferimento al diritto di famiglia. La Francia era stata più volte condannata dalla Corte EDU per la violazione dell’art. 8 CEDU, più precisamente per la lesione del diritto del minore al rispetto della propria vita privata, dal momento che venivano rigettate le richieste di trascrizione degli atti di nascita di minori, figli biologici di uno solo dei componenti della coppia, procreati all’estero tramite gestazione per conto di altri. Si vedano le sentenze Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Menesson v. France* e ID., 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee v. France*. Per un’analisi più approfondita dell’istituto francese, si rimanda a E. D’ALESSANDRO, *L’attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, cit., p. 730. Cfr. anche A.M. TEDOLDI, *Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla CEDU*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, II, p. 445 ss., spec. p. 448 ss.

¹⁴ § 3.4, cit.

d'impugnazione limitato¹⁵ o a critica vincolata¹⁶ proponibile esclusivamente per motivi specifici e tassativi, rigidamente previsti dal legislatore. Va inoltre ricordato che la revocazione¹⁷, è anche un rimedio intrinsecamente caratterizzato da una certa "tensione". Quest'ultima scaturisce dal conflitto tra due esigenze contrapposte: da un lato, quella di garantire la giustizia della decisione; dall'altro, quella di salvaguardare la certezza del diritto (*Rechtssicherheit*), la cui "manifestazione saliente"¹⁸ è l'autorità e l'intangibilità del giudicato. In tale prospettiva, Cass. n. 30622/2025 afferma che l'art. 391-*quater* c.p.c. "prevede tre concorrenti presupposti di ammissibilità: a) una decisione di un giudice nazionale, passata in giudicato, che abbia un 'contenuto', che sia stato 'dichiarato' dalla Corte [EDU] contrario alla Convenzione o ad uno dei suoi Protocolli; b) la lesione di un 'diritto di stato della persona', c) l'astratta non idoneità dell'equa indennità, accordata dalla Corte europea ai sensi dell'art. 41 della Convenzione, a compensare le conseguenze della violazione.

Per la S.C., nel caso in esame, non ricorreva innanzi tutto il primo presupposto: "la Corte EDU non ha dichiarato la sussistenza delle violazioni, ma ha soltanto preso atto che lo Stato italiano aveva riconosciuto le violazioni contestate (...)"¹⁹.

Di conseguenza, secondo la Terza Sezione, anche in armonia con quanto stabilito dalla sentenza n. 34315/2024, l'art. 391-*quater* c.p.c. non consentirebbe la revocazione di una decisione nazionale a seguito di cancellazione della causa dal ruolo, essendo il provvedimento, adottato ai sensi degli artt. 37 CEDU e 62A del Regolamento, "meramente ricognitivo della

¹⁵ C. DORSA, Artt. 395-403, in *Codice di Procedura Civile commentato* a cura di R. VACCARELLA e G. VERDE, II, UTET, 1997, p. 1023

¹⁶ A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili: struttura e funzione*, Padova, 1959, p. 636 ss.

¹⁷ La revocazione è un mezzo d'impugnazione a critica vincolata esperibile dalla parte – e in due ipotesi anche dal pubblico ministero – nei casi tassativamente e minuziosamente indicati dal legislatore, allorquando un giudizio – anche eventualmente già conclusosi con una sentenza divenuta *res judicata* – sia caratterizzato da "sintomi gravi di ingiustizia". Tale concetto di ingiustizia non va confuso – si badi – con il valore metagiuridico proprio dell'idea di giustizia, eticamente intesa. Il presupposto di questo mezzo di impugnazione, dunque, è la presenza di eventi patologici che, alterando il corso del processo, hanno determinato la probabile ingiustizia della sentenza. Questo rimedio, proprio per la sussistenza di particolari circostanze, favorisce – in un ipotetico bilanciamento d'interessi – l'interesse alla giustizia della decisione rispetto alla stabilità della stessa, fine perseguito dal principio dell'intangibilità del giudicato.

Lo strumento revocatorio – così come delineato dal legislatore – e i correlati motivi tassativamente indicati sono – secondo autorevole dottrina – "il frutto, in pari tempo, di una delicata valutazione d'interessi, espressa dal legislatore, tra le esigenze di una decisione giusta e il principio della sicurezza dei giudicati". Si veda V. COLESANTI, voce *Sentenza civile (revocazione della)*, in *Nss Dig. It.* a cura di AZARA A. e E. EULA, XVI, UTET, p. 1669.

L'importanza della tassatività dei motivi di revocazione, e quindi anche del motivo di cui al neo-introdotta art. 391-*quater* c.p.c., viene ricordata da G. IMPAGNATIELLO, *Gli esordi della revocazione della sentenza civile per contrasto con la Cedu*, cit., allorquando afferma – seppur con riferimento a Cass., 24 dicembre 2024, n. 34315 – "(...) la soluzione adottata dalla pronuncia in rassegna appare ineccepibile sul piano esegetico. La natura straordinaria del rimedio introdotto dal legislatore del 2022 impone di applicare l'art. 391 *quater* c.p.c. in maniera rigorosa, negando *in apicibus* qualunque possibilità di interpretazione estensiva o, addirittura, analogica dei presupposti che condizionano l'ammissibilità del rimedio restitutorio".

¹⁸ R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali. Atti del XXVII convegno nazionale, Verona 25-26 settembre 2009* a cura di Aa.Vv., Bologna, 2011, p. 313.

¹⁹ § 5.2. dei *Motivi della decisione*.

presentazione di una dichiarazione di ammissione della avvenuta violazione ed è decisivo solo sul punto che non occorre proseguire l'esame del ricorso", non qualificandosi come una sentenza definitiva di accertamento della violazione²⁰.

Tale assunto è confermato anche dal prosieguo della norma in esame, la quale al secondo comma dispone che il termine di sessanta giorni per la proposizione dell'azione di revocazione decorra dalla pubblicazione della *sentenza definitiva*²¹.

Ancora, la soluzione interpretativa scelta dalla S.C. è ulteriormente confortata dal rilievo che l'art. 628-bis²² c.p.p., introdotto dall'art. 36 del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 in attuazione della legge delega 27 settembre 2021 n. 134, consente di richiedere l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli derivanti da una violazione accertata della CEDU, facendo esplicito riferimento alla decisione della Corte EDU ex art. 37 CEDU e art. 62A del Regolamento.

Secondo la Terza Sezione, tale differente formulazione dei due codici di rito permette, in ossequio al principio "*ubi voluit dixit*", di concludere che il legislatore "abbia volontariamente limitato la revocabilità delle sentenze civili soltanto ai casi di decisioni che sono state espressamente dichiarate contrarie alla Convenzione"²³.

²⁰ Sul rapporto tra la decisione di *strike-out* ex art. 37 CEDU, § 1, lett. c.), e art. 62A, e la riapertura dei procedimenti interni si rimanda a L. ACCONCIAMESSA, *Two birds with one stone? Governments' unilateral declarations before the ECtHR and the reopening of domestic proceedings*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, 2024, 5, p. 339 ss.

²¹ L'art. 3, comma 4, lett. p) del d. lgs. 31 ottobre 2024, n. 164 (cd. "Correttivo Cartabia") ha modificato il comma 2 dell'art. 391-*quater*, prevedendo che il termine per la proposizione dell'impugnazione decorra "*dalla pubblicazione della sentenza definitiva della Corte europea*", e non più "*dalla comunicazione o, in mancanza dalla pubblicazione della sentenza della Corte europea*." Il legislatore ha così accolto un'osservazione contenuta nel parere reso dalla Commissione Giustizia del Senato sullo schema di decreto legislativo, che proponeva di "far iniziare il decorso del termine dei sessanta giorni (...) dalla data di definitività della sentenza della Corte europea (...) e non dalla comunicazione o dalla pubblicazione della sentenza medesima", poiché – ai sensi dell'art. 43 CEDU e dell'art. 73 del Regolamento della Corte EDU – le parti possono chiedere, entro il termine di novanta giorni dalla pronuncia di una Camera della Corte, il rinvio alla Grande Camera.

In tal modo, la nuova formulazione dell'art. 391-*quater* risulta armonizzata con le norme convenzionali, prevedendo in modo più coerente che il termine per proporre revocazione decorra dalla pubblicazione della sentenza divenuta definitiva. Cfr. F.P. LUISSO, *Il processo civile. Commentario breve al c.d. "Correttivo Cartabia"* (d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164), Torino, 2024, p. 96. Sul punto si veda anche G. IMPAGNATELLO, *Gli esordi della revocazione della sentenza civile per contrasto con la Cedu*, cit., secondo cui la mancata considerazione da parte dell'art. 391-*quater* della decisione meramente ricognitiva ex art. 62A del Regolamento della Corte potrebbe essere il frutto di un "banale difetto di coordinamento (il medesimo che ha reso necessario l'intervento correttivo sul *dies a quo* del termine per la revocazione ad opera del d.leg.164/24)".

²² Per una più ampia disamina dell'istituto introdotto nel codice di rito penale, si rimanda – senza presunzione di completezza – a: M. ARLEO, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte e.d.u.*, in *Proc. pen. giust.*, 2023; ESPOSITO G., *Verso un celere riconoscimento del dictum della Corte EDU*, in *Arch. pen.*, 15 dicembre 2022; R.M. GERACI, *Un'attesa lunga vent'anni: il ricorso straordinario per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2022; B. LAVARINI, *Un nuovo rimedio "bifasico" per l'esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in *Leg. pen.*, 11 maggio 2023; S. LONATI, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 27 aprile 2023, G. TESSITORE, *L'ambito applicativo del nuovo rimedio interno alle violazioni convenzionali in decisioni non più revocabili*, in *Quest. giust.*, 15 gennaio 2024.

²³ § 5.2. dei *Motivi della decisione*.

Tuttavia, giova osservare come l'*iter* argomentativo della Terza Sezione, fortemente ancorato al dato letterale, si differenzi non poco da quello adottato dalla giurisprudenza di legittimità penale in un contesto normativo pur simile. Prima dell'introduzione dell'art. 628-bis c.p.p., infatti, lo strumento per garantire la riapertura del processo nel codice di rito penale era stato individuato dalla Consulta²⁴ nell'art. 630 c.p.p.; disposizione che, così come integrata dall'intervento del Giudice delle Leggi, faceva riferimento alla sola *sentenza definitiva* della Corte di Strasburgo. Ciononostante, la Suprema Corte, con la sentenza n. 16226 del 2022²⁵, aveva riconosciuto – e quindi si aggiunge qui: ammesso – ai fini della revisione ex art. 630 c.p.p. la rilevanza del provvedimento di cancellazione dal ruolo del ricorso a seguito della dichiarazione unilaterale dello Stato, sul presupposto che quest'ultima, pur non costituendo una condanna, avesse comunque natura ricognitiva della avvenuta violazione.

4.1- La categoria dei “diritti di stato”

Nel prosieguo della Sua argomentazione, la Corte, in linea con quanto stabilito dalla sentenza n. 7128/2025, rileva come nella vicenda in esame non sussista alcuna lesione di un *diritto di stato della persona*, altro requisito previsto dall'art. 391-*quater*, sul quale è necessario spendere alcune considerazioni preliminari.

L'utilizzo del concetto di *stato della persona*, attraverso un'espressione dal significato probabilmente equivoco ed indeterminato²⁶, conduce a talune perplessità²⁷.

²⁴ La Corte costituzionale, con la sentenza del 7 aprile 2011, n. 113 (edita con nota di L. CALÒ, *Il giudice nazionale dinanzi alla giurisprudenza Cedu. La metafora dei «tre cappelli»*, in *Foro it.*, 2013, 3, p. 814 ss.; con nota di G. CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, 2; con nota di F.M. PALOMBINO, in *It. Yearb. of Int. Law*, 2011, XXI, p. 375 ss; nonché con nota di P. PUSTORINO, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di riapertura di procedimenti penali per contrarietà alla Cedu*, in *Giur. it.*, 2011, 12, p. 2646 ss.) ne aveva dichiarato “l'illegittimità costituzionale (...) nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della [CEDU], per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte [EDU]”.

²⁵ Cass. pen., Sez. V, 27 aprile 2022, n. 16226. Si vedano: A. CAPRIO, *La Cassazione definisce i contorni del nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in *Penale DP*, 18 dicembre 2025; D. MAURI, *Domestic Bodies on the Same Page: The Corte di Cassazione Extends the “European Revision” to ECtHR Decisions under Article 37(1) ECHR*, in *It. Yearb. of Int. Law*, 2022, XXXII, p. 484 ss.; G. SANTALUCIA, *Vizi processuali rilevanti per la revisione europea delle condanne*, in *Giur. it.*, 2025, 10, p. 1979 ss.

²⁶ Così si è espresso il Consiglio Superiore della Magistratura nella delibera del 21 settembre 2022 (*Richiesta del Ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, di parere sul testo del decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 28 luglio 2022, concernente: “Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206 recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa alle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.”*), p. 32.

²⁷ L'art. 1, co. 10, lett. a), della legge delega chiedeva di rendere esperibile il rimedio della revocazione solo quando “non sia possibile rimuovere la violazione tramite la tutela per equivalente”. Il legislatore delegato ha quindi scelto di interpretare l'indicazione della legge delega, considerando che i casi in cui non sia possibile rimuovere la violazione con un indennizzo siano quelli relativi alle controversie aventi ad oggetto *diritti di stato della persona*. Nella stessa Relazione illustrativa al decreto legislativo si rilevava (p. 46) come “i casi in cui il rimedio risarcitorio è *tendenzialmente* inidoneo a rimuovere le

La Corte, pur nel riconoscere la “non nitida formulazione”²⁸ dell’espressione legislativa in questione, recepisce – in armonia con quanto deciso dalla stessa Sezione nella precedente decisione – la nozione tradizionale²⁹ (e più restrittiva) di *status*³⁰, sebbene si riferisca questa volta anche allo *status* pubblicistico per eccellenza, ovvero la cittadinanza³¹.

conseguenze della violazione convenzionale sono stati individuati attraverso il riferimento alle violazioni di un diritto di stato della persona”.

²⁸ § 5.3. dei *Motivi della decisione*.

²⁹ Nella dottrina italiana i modi diversi di intendere lo *status* si riassumono in due diverse nozioni: la prima, più comune e discendente dalla tradizione pandettistica, si ispira al diritto romano e individua negli *status* i tre aspetti fondamentali della posizione giuridica di ogni persona: la libertà, la cittadinanza e la famiglia. La prima forma di *status*, la libertà, appartiene ormai al passato, più precisamente a quella contrapposizione tra lo *status* di libero e quello di schiavo, che non trova più spazio all’interno degli ordinamenti internazionali e nazionali. Negli ordinamenti moderni il concetto di libertà si configura quale diritto fondamentale e inviolabile, sancito in astratto nelle enunciazioni di principio delle Costituzioni moderne, applicandosi indifferentemente a tutti gli esseri umani. Per questa prima concezione, quindi, con *status* si allude ad una situazione giuridica soggettiva, che indica la posizione di un soggetto all’interno di determinati gruppi sociali organizzati o collettività di persone, e che costituisce il presupposto dell’insieme di diritti e obblighi derivanti da tale appartenenza. Questa idea si fonda, inoltre, sul carattere della necessità: l’individuo è, cioè, necessariamente parte di queste collettività. Possono esservi *status* pubblicistici quale è lo stato di cittadino (*status civitatis*) che interessa, per l’appunto, il diritto pubblico e si ricollega alla cittadinanza, e *status* privatistici, da cui discendono i cd. diritti di stato, categoria peculiare dei diritti assoluti. *Status* quali, ad esempio, quello familiare, a cui si ricollegano le posizioni di coniuge, genitore e figlio. A quest’ultimo corrisponde la qualifica normativa delle cd. azioni di stato che viene utilizzata per configurare le azioni volte a costituire, modificare, estinguere lo stato di filiazione (cfr. in particolare l’art. 70, comma 1, n. 3, c.p.c., che disciplina l’intervento obbligatorio del p.m. a pena di nullità nelle “*cause riguardanti lo stato (...) delle persone*”). Sarebbe poi stata recepita un’altra nozione di *status*, più ampia, per la quale questa qualifica dovrebbe essere attribuita a tutte le posizioni soggettive rilevanti per il diritto, di cui un individuo può essere titolare per il fatto di far parte di una determinata entità collettiva, ma senza che la partecipazione a questa sia caratterizzata dalla necessità. O, ancora, più estensivamente, la qualifica di *status* dovrebbe essere attribuita a qualunque posizione soggettiva – indipendentemente dalla partecipazione alle collettività – che sia rilevante per il diritto in maniera né precaria né discontinua. È chiaro, che tale seconda concezione di *status* ricomprirebbe ogni possibile forma di posizione soggettiva. Di conseguenza, non sarebbe possibile classificarle *a priori*, se non per categorie, quali ad esempio quella di imprenditore, e di consumatore.

Ad ogni modo, per esigenze di tempo e di spazio, non essendo questo l’oggetto del nostro lavoro, si consenta di rimandare a illustri Autori: si vedano, *ex multis*, G. ALPA, *Status e capacità*, Bari, 1993; F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, 7 a ed., Torino, 2018; A. CORASANITI, voce *Stato delle persone*, in *Enc. dir.* a cura di AA. VV., XLIII, Milano, 1990; L. LENTI, voce *Status*, in *Dig. disc. priv.* a cura di AA VV., Sez. civ., XIX, Torino, 1999.

³⁰ Tale per cui “Per stato della persona s’intende la posizione spettante alla persona come membro di determinate collettività umane, principalmente della famiglia e dello Stato. Si ha, innanzitutto, uno stato di famiglia e uno stato di cittadinanza”, si veda Cass., 20 novembre 2025, n. 30622, cit., § 5.3. dei *Motivi della decisione*.

³¹ Sarebbe quindi ipotizzabile il caso in cui sia un giudicato amministrativo a ledere un *diritto di stato della persona*. Tuttavia, non sarebbe possibile agire in revocazione, dal momento che la nuova ipotesi di revocazione convenzionale è promovibile solo nell’ambito del processo civile, senza che sia stata estesa – come pure sarebbe stato (forse) possibile – al processo amministrativo e tributario. Ciò, perché nell’esercizio della delega il legislatore delegato ha deciso di introdurre un nuovo motivo di revocazione con una specifica disposizione, anziché intervenire sull’art. 395 c.p.c., che già disciplina i motivi di revocazione ordinaria e straordinaria. Rimane, invece, difficile individuare con certezza l’intento del legislatore delegante; infatti, se da un lato l’obiettivo generale della l. n. 296/2021 era la riforma del processo civile (la stessa delegava il Governo ad intervenire “*per l’efficienza del processo civile ...*”); dall’altro, l’art. 1, co. 10, lett. a), chiedeva di rendere “*esperibile il rimedio della revocazione previsto dall’articolo 395 del c.p.c.*”, e dunque, sembrava vincolare il legislatore delegato all’introduzione di tale nuova ipotesi proprio nel contesto dell’art. 395 c.p.c. L’eventuale estensione ai giudizi amministrativi e tributari sarebbe stata permessa in virtù dell’espresso rinvio a tale disposizione dell’art. 106 c.p.a. (d. lgs. n. 104/2010) e

Di conseguenza, la Terza Sezione ritiene di non poter accogliere le proposte interpretative – formulate a seguito dell'introduzione dell'art. 391-*quater* c.p.c. –, sul rilievo che la delega sarebbe stata esercitata in modo limitato, e che riconoscevano un'interpretazione più estensiva al concetto di *diritti di stato* della persona.

Infatti, in conseguenza della scelta del delegato, la dottrina maggioritaria³² – pur nella sua eterogeneità – aveva proposto un'interpretazione estensiva o ampia della prima condizione

dell'art. 120 del T.U. della giustizia tributaria (d. lgs. n. 175/2024). Tra le spiegazioni ipotizzabili per una tale scelta, quella che appare più fondata è che il legislatore delegato sia stato vincolato a prendere questa decisione: in questo caso, allora, la discrasia andrebbe ricondotta alla stessa legge delega, dalla quale emergerebbe un'incoerenza tra l'obiettivo generale e quanto però richiesto nei fatti dalla stessa, ossia un intervento nel contesto dell'art. 395 c.p.c. Il legislatore delegante non avrebbe, così, percepito le possibili conseguenze sistematiche di un tale intervento, il quale avrebbe rischiato di ingenerare un effetto domino – e perciò, imprevedibile – in ambiti diversi da quello civile.

Ad ogni modo, il riflesso della scarsa chiarezza della legge delega si percepisce nei commenti della dottrina, che non è giunta a conclusioni univoche. Si vedano, ad esempio: A. CARRATTA, *La riforma del processo civile nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 925, il quale prima afferma che “nel dare attuazione alla delega, il decreto legislativo n. 149/2022 ha introdotto il rimedio nel nuovo art. 391-*quater* c.p.c. e non nell'art. 395 c.p.c., come, invece, avrebbe voluto il legislatore delegante”. Poi, però, L'A. continua: “la scelta si giustifica proprio con l'esigenza di rispettare i limiti della delega, che imponeva l'intervento normativo solo con riferimento alle sentenze dei giudici civili”. Delle due l'una, quindi, o il legislatore delegante voleva fosse introdotto un nuovo motivo di revocazione all'interno del già esistente art. 395, ovvero era già la stessa delega a limitare l'intervento normativo alle sole sentenze civili; E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 217, la quale ha, in sede di commento della legge delega, ritenuto che: “l'introduzione di un nuovo motivo di revocazione straordinaria nel contesto dell'art. 395 c.p.c. comporterà l'ammissibilità della revocazione del giudicato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in contrasto con la Convenzione anche nel processo amministrativo (...) e tributario (...)”, successivamente, ha aggiunto, però, che: “l'introduzione di un nuovo motivo di revocazione straordinaria nel contesto dell'art. 395 c.p.c. avrebbe comportato l'ammissibilità della revocazione del giudicato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in contrasto con la Convenzione anche nel processo amministrativo (...) e tributario (...), con un impatto pratico che avrebbe oltrepassato l'ambito di operatività della delega”, in EAD., *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2023, p. 480 e ss. Per C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 631, “La scelta di introdurre una apposita norma, anziché un nuovo motivo di revocazione all'elenco dell'art. 395 c.p.c. (come lasciava intendere la Legge delega) discende assai probabilmente dalla volontà di chiarire che tale nuova revocazione è proponibile contro qualsiasi provvedimento decisivo definitivo pronunciato dai giudici dello Stato”. A. D. DE SANTIS, *Le impugnazioni*, cit., p. 264, in sede di commento della legge delega, sembra avesse ipotizzato un intervento nel contesto dell'art. 395 c.p.c. e, infatti, scriveva: “La modifica dell'art. 395 c.p.c. e l'introduzione di un nuovo motivo di revocazione straordinaria conseguente ad una decisione della CEDU non sembrano coerenti con l'obiettivo delle legge delega, consistente nella semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile”. Secondo A. MENGALI, *La revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 405, “Vi è inoltre da premettere che l'intervento legislativo, contrariamente a quanto era stato ipotizzato dal tenore della delega non introduce un nuovo motivo di revocazione all'interno dell'art. 395 c.p.c.”. A. MERONE, *Revocazione a seguito di sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 610. *Contra* l'impostazione che ritiene la legge delega prevedesse di intervenire nell'ambito dell'art. 395 c.p.c.: S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., § 3, secondo cui il legislatore delegato è intervenuto nel rispetto della legge delega, la quale era “oggettivamente circoscritta al processo civile”. Il corsivo è stato aggiunto da chi scrive

³² Sulla base della formulazione adottata dal legislatore, la dottrina si è chiesta – seppur, come vedremo, con diverse sfumature – quale sia l'ambito di riferimento della condizione n.1 dell'art. 391-*quater*, e cioè se in essa possano essere ricompresi tutti i diritti non patrimoniali, ovvero, se i diritti di stato si configurino come una categoria e una *species* a sé. Seconda una parte della dottrina, sarebbe opportuno includere nel riferimento ai diritti di stato della persona tutte quelle ipotesi in cui la violazione della Convenzione abbia causato una lesione di una situazione giuridica soggettiva personale, di

stabilita dall'art. 391-*quater*, al fine di evitare, da un lato, il determinarsi di un'inaccettabile ed insuperabile disparità di trattamento rispetto ad altre situazioni giuridiche soggettive, che sono, nondimeno, difficilmente reintegrabili attraverso un risarcimento per equivalente; e, dall'altro, il rischio di tradire la volontà del legislatore delegante, il quale parrebbe non aver posto alcuna limitazione nei criteri e principi direttivi, utilizzando, viceversa, una formula particolarmente generica.

Secondo la Corte, invece, se il legislatore avesse voluto riconoscere l'applicabilità della revocazione anche a situazioni giuridiche soggettive diverse da quelle aventi ad oggetto stati della persona, non avrebbe così chiaramente limitato il rimedio ad ipotesi di violazione che abbiano, per l'appunto, "*pregiudicato un diritto di stato della persona*".

A sommosso avviso di chi scrive, ciò può essere pur vero; tuttavia, una simile impostazione finirebbe per, limitare particolarmente l'accesso a tale rimedio, compromettendone l'effettiva operatività. Soprattutto, non si coglie la ragione di una così evidente discrasia tra, da un lato, l'obiettivo primario dell'istituto revocatorio – così come plasmato dalla tradizione giuridica e volto a perseguire quella che autorevole dottrina ha definito come "un'insopprimibile aspirazione alla giustizia"³³ – coerentemente recepito dalla legge delega, la quale non restringeva di così tanto il campo applicativo dell'istituto; e dall'altro lato il d. lgs. 149/2022

natura sia sostanziale, sia processuale, con particolare riferimento agli artt. 6 e 8 CEDU, che non sia risarcibile tramite il risarcimento per equivalente ai sensi dell'art. 41. Si veda, a questo proposito: A. CARRATTA, *La riforma del processo civile nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 927. Analoghe perplessità riguardo all'incertezza del dato normativo sono state manifestate da altra parte della dottrina (che perviene, peraltro, a conclusioni analoghe). Si vedano: A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, cit., p. 694; e in qualche modo in tal senso anche E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 480, sebbene l'Autrice esprima in modo più sfumato tale incertezza: "la lettera della legge, invero atecnica e per questo fatta oggetto di critiche sembra fare testuale riferimento ai soli status familiari". Quest'ultima A. auspica che la giurisprudenza di legittimità propenda per un'interpretazione più ampia, tale da ricomprendere nella categoria in questione non solo ogni *status* e diritto non patrimoniale, ma anche tutte quelle situazioni in cui l'equa soddisfazione disposta dalla Corte EDU non sia idonea a rimuovere del tutto la lesione. Contrariamente, altra autorevole dottrina rileva come – sebbene la formula non sia "tecnicamente perfetta", giacché sarebbe più appropriato parlare di "stato della persona" – la volontà della legge inequivoca: l'oggetto del giudicato interno dev'essere uno stato personale, quale, ad esempio, lo stato familiare e dunque, dovranno considerarsi i rapporti da esso discendenti, come il matrimonio, la filiazione o l'unione civile, ovvero *status* pubblicistici, quali la cittadinanza. Si veda, a tale proposito: S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., § 5. Secondo tale lettura, per cui la *voluntas* della legge sarebbe chiara, non potrà di certo ipotizzarsi una qualche interpretazione estensiva, bensì questa dovrà essere rigorosa, considerando anche che la nuova ipotesi di revocazione ha carattere eccezionale rispetto alla tutela per equivalente. Un'interpretazione di un tale rigore da escludere il ricorso all'art. 391-*quater* ogni qual volta si tratti di "diritti della persona, che non abbiano consistenza di stati della persona in senso proprio", come ad esempio, controversie in tema di responsabilità genitoriale o obblighi alimentari. Con riguardo a quest'ultimo punto, in una prospettiva differente, illustre dottrina ritiene, viceversa, che "certamente non si potrà escludere che chi è stato dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale con sentenza censurata dalla Corte EDU possa utilizzare la revocazione", proprio perché non avrebbe alcun senso restringere la disposizione agli *status* in senso tecnico, dovendo l'espressione coincidere quindi con la nozione di diritti non patrimoniali. In tal senso, si veda F.P. LUISSO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, cit., p. 231.

³³ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2., cit., p. 609.

che di fatto – per seguire il modello francese (come, d'altronde nota nuovamente lo stesso giudice di legittimità³⁴) – disattende il senso, la finalità e la funzione stessa che l'istituto avrebbe dovuto perseguire.

Ad ogni modo secondo la Corte di cassazione³⁵ oggetto della nuova tutela revocatoria potranno essere le violazioni che abbiano pregiudicato il diritto al riconoscimento di un determinato diritto di stato, *i. e.* la negazione totale o parziale di esso, anche un tardivo riconoscimento, da cui sia derivata una compromissione non suscettibile di tutela per equivalente; ovvero, i casi in cui la violazione abbia configurato un'erronea attribuzione di uno *status* personale, o un tardivo disconoscimento, con una conseguente compromissione che non sia rimediabile con un risarcimento per equivalente.

I giudici di legittimità hanno optato, dunque, per un'interpretazione particolarmente restrittiva (*rectius*: cauta) – come era prevedibile – ritenendo che la nuova revocazione riguardi solo quelle decisioni, le cui violazioni incidano direttamente su uno *status* della persona.

Di conseguenza, questo rimedio revocatorio non sarà applicabile a quei pregiudizi di diritti fondamentali o non patrimoniali, anche se presupponenti o derivanti certamente da uno *status* soggettivo personale, che non abbiano, però, direttamente inciso sullo stato della persona, attraverso una negazione, ovvero un limitato o tardivo riconoscimento dello stesso. È opportuno, dunque, accertare se la contrarietà alla Convenzione – qualora riconosciuta dalla Corte EDU – si sia concretizzata in una lesione diretta nei confronti dello *status*, riconoscendo o negando – in entrambi i casi eventualmente anche tardivamente – la titolarità dello stesso. In tal senso, allora, sarà ammissibile la revocazione nei confronti di una decisione che abbia negato uno *status* personale al quale si abbia diritto, come lo *status filiationis* di un determinato soggetto, ovvero che abbia illegittimamente attribuito uno *status* che si sia negato di possedere, come lo *status* di genitore di un determinato individuo.

L'ambito di applicazione della nuova revocazione è particolarmente limitato; è quindi chiaro che il ricorso alla stessa, date le prime linee guida della Cassazione, non sarà nei numeri quantitativamente significativo³⁶.

Ad ogni modo, così come interpretata dalla Corte, la disposizione non è applicabile alle controversie in tema di responsabilità genitoriale o obblighi alimentari, non avendo – come rilevava autorevole dottrina in sede di primo commento alla riforma – “tali situazioni la

³⁴ § 5.3. dei *Motivi della decisione*: “probabilmente ispirandosi all'analogo istituto introdotto nel diritto francese, limitato appunto alle azioni di stato, come è stato fatto notare da più parti, sia pure traducendone i termini non del tutto fedelmente e ingenerando non lievi aporie ermeneutiche”.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Come pronosticato da E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 480, secondo cui “Ciò fa prevedere che l'applicazione pratica dell'art. 391-quater c.p.c., non sarà quantitativamente significativa come accaduto oltralpe”.

consistenza di stati della persona in senso proprio”³⁷, perché l’eventuale sentenza accertata come contraria alla CEDU pregiudicherebbe un diritto che deriva dallo *status* (ad esempio il diritto agli alimenti) e non lo *status* stesso, ovvero, andrebbe a disciplinare il modo in cui tale rapporto debba essere esercitato (in tema di responsabilità genitoriale), sul presupposto che quel rapporto genitoriale esista.

E infatti, – continua la Cassazione – “altra cosa è il pregiudizio arrecato ad uno «stato soggettivo personale», inteso – in senso generico ed atecnico – come la mera titolarità di un qualsiasi altro diritto, anche se si tratti di diritti fondamentali, inviolabili, di natura personale e non patrimoniale ed anche se eventualmente si tratti di un diritto che presupponga la titolarità di un determinato status personale (...)”.

Sommessamente, tale ultimo passaggio induce qualche perplessità. In particolare, si rileva la possibile ambiguità della Cassazione nell’utilizzo di una locuzione – *stato soggettivo personale* – per giustificare l’esclusione di altre situazioni giuridiche soggettive, pur non emergendo – nonostante una differenza terminologica – alcuna distinzione sostanziale rispetto allo *status*. Le considerazioni fin qui svolte riguardo ad un’eventuale interpretazione estensiva dell’art. 391-*quater* c.p.c. prescindono comunque dal caso di specie e, in particolare, dalla situazione giuridica soggettiva dedotta dai ricorrenti nella vicenda in esame; infatti, come riconosce la Corte, la domanda originaria aveva ad oggetto una tutela meramente risarcitoria (il risarcimento danni per responsabilità medica a seguito di decesso della *de cuius*), il che esclude *ab origine* l’operatività del rimedio convenzionale, dal momento che “l’espressione «diritto di stato della persona» va interpretata in senso stretto, riferendosi esclusivamente a status non patrimoniali”³⁸.

Difatti, la scelta operata in sede di esercizio della delega interessa – evidentemente – solo quei diritti che proprio per essere attinenti allo *stato della persona* sono a carattere non patrimoniale³⁹.

4.2.- L’art. 391-*quater*, n. 2, c.p.c.

Quest’ultima considerazione permette di analizzare il successivo passaggio della decisione in esame.

Secondo la Corte, nel caso di specie, non ricorre neppure l’altra condizione richiesta dall’art. 391-*quater* c.p.c., ovvero che la *satisfaction équitable* eventualmente riconosciuta dalla Corte

³⁷ S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, § 3. *Contra* si veda F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 231, il quale, viceversa, ritiene che “certamente non si potrà escludere che chi è stato dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale con sentenza censurata dalla Corte EDU possa utilizzare la revocazione”, proprio perché non avrebbe alcun senso restringere la disposizione agli *status* in senso tecnico, dovendo l’espressione coincidere con la nozione di diritti non patrimoniali.

³⁸ § 5.3. dei *Motivi della decisione*.

³⁹ A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, cit., p. 694.

ai sensi dell'art. 41 CEDU dev'essere *inidonea* a compensare le conseguenze lesive della stessa⁴⁰.

L'equo indennizzo riconosciuto dalla Corte EDU non sempre si dimostra sufficiente a compensare le conseguenze (negative) della violazione⁴¹. E infatti, non può trascurarsi l'opinione secondo cui la Corte EDU si sia "mostrata 'non troppo a suo agio' nella liquidazione dei danni patrimoniali"⁴², dal momento che la Stessa non è in grado di stimare quale sarebbe stato l'esito del giudizio senza la violazione convenzionale⁴³.

Di conseguenza, la Corte di Strasburgo ha più volte affermato⁴⁴ che la riapertura del processo – quale fase successiva alla revocazione della vecchia sentenza⁴⁵ – sia la misura la più adeguata

⁴⁰ Autorevole dottrina ha definito la previsione dell'art. 391-*quater*, n. 2, c.p.c., "ultronea", proprio perché nelle controversie riguardanti diritti di stato l'equa soddisfazione di cui all'art. 41 CEDU non può avere un carattere compensativo della lesione subita. Si veda, E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 481; e in senso conforme G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 175.

⁴¹ *Contra* S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., § 5, secondo cui "(...) se oggetto della sentenza anticonvenzionale è un diritto a contenuto patrimoniale, la tutela per equivalente, per lo più, è soddisfattiva".

⁴² F. DE SANTIS DI NICOLA, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte EDU...*, cit., p. 1118, ed *ivi* per i riferimenti e la casistica giurisprudenziale della Corte di Strasburgo.

⁴³ Ci sia concesso di citare il caso *Beg s.p.a.*, in cui la società ricorrente lamentava un *damnum emergens* pari a quasi 400 milioni di euro, ma la Corte di Strasburgo quantificava l'importo dell'equa soddisfazione in soli 50 mila euro, tra risarcimento per il danno non patrimoniale e spese. Questo perché la stessa Corte "non può speculare sull'esito del procedimento se la posizione fosse stata diversa, date tutte le circostanze, e (...) non ritiene opportuno accordare alla ricorrente un risarcimento economico per il danno patrimoniale e/o il lucro cessante asseritamente derivante dall'esito dei procedimenti nazionali". Cfr. Corte EDU, 20 agosto 2021, *Beg s.p.a. v. Italy*, cit., § 164.

⁴⁴ Corte EDU, 26 gennaio 2006, ric. n. 62710/00, *Lungoci v. Romania*, §§ 55-56; *Id.*, 11 luglio 2006, ric. n. 36455/02, *Gurov v. Moldova*, § 43; *Id.*, 10 agosto 2006, ric. n. 40476/98, *Yanakiev v. Bulgaria*, § 90; *Id.*, 20 dicembre 2007, ric. n. 10443/03, *Iosif et autres c. Roumanie*, § 99; *Id.*, 20 dicembre 2007, ric. n. 21638/03, *Paykar Yev Haghtanak Ltd v. Armenia*, § 58; Corte EDU (Grand Chamber), 05 febbraio 2015, ric. n. 22251/08, *Bochan v. Ukraine (n. 2)*, § 50; Corte EDU, 1° marzo 2016, ric. n. 37903/09, *Perak v. Slovenia*, § 50; *Id.*, 26 aprile 2016, ric. n. 25782/11, *Kardoš v. Croatia*, § 67; *Id.*, 31 maggio 2016, ric. n. 37242/14, *Tence v. Slovenia*, § 43.

⁴⁵ La dottrina si è chiesta, se la pronuncia che dichiara fondato il motivo di revocazione abbia un effetto rescindente: dunque, vada ad eliminare gli effetti della sentenza impugnata, con un giudizio virtualmente scisso a struttura bifasica; ovvero, se la decisione che accoglie l'istanza della parte soccombente abbia l'unico effetto di dar via al riesame della causa e dunque il giudizio abbia una struttura unitaria a carattere sostitutivo. Secondo coloro che guardano ai motivi di revocazione come vizi, riconoscendo l'ingiustizia della sentenza, vi sarebbe un duplice momento nel giudizio di revocazione: un *iudicium rescidens*, volto a porre nel nulla gli effetti della decisione impugnata, perché affetta dai vizi lamentati ed un *iudicium rescissorium*, finalizzato ad un nuovo riesame della causa nel merito, dando vita ad una nuova decisione che vada a prendere il posto di quella, i cui effetti siano stati già eliminati nel momento rescindente; questa rappresenta la posizione tradizionale e maggioritaria in dottrina. Per coloro che, invece, considerano i motivi previsti dal legislatore "sintomi o indici di (probabile) ingiustizia" della sentenza, la pronuncia che accoglie la revocazione sulla base della sussistenza delle circostanze dedotte non avrebbe un effetto rescindente: piuttosto, tali motivi si configurano come condizioni di ammissibilità di cui va valutata la sussistenza, per poi, successivamente, procedere al riesame della causa. Di conseguenza, il compito della sentenza che accoglie la revocazione non sarebbe quello di eliminare gli effetti della decisione impugnata – avendo dunque natura costitutiva – bensì, preliminarmente, di valutare e poi dichiarare sussistenti i presupposti necessari – cioè, i motivi di revocazione tassativamente previsti, sintomi di probabile ingiustizia – affinché il giudice possa esercitare nuovamente il suo potere-dovere decisorio; dunque la pronuncia che accoglie l'istanza di parte ha un effetto dichiarativo. La premessa per tale

a garantire una piena riparazione nei casi in cui la decisione interna comporti una violazione, ad esempio, del principio dell'equo processo, sancito dall'art. 6 della Convenzione.

In tali casi, la tutela per equivalente, riconosciuta da Strasburgo ai sensi dell'art. 41 CEDU, non è idonea a compensare le conseguenze lesive, perché la misura più adeguata viene ritenuta essere la riapertura del processo. Questo sulla base del fatto – se si vuole rimanere sulla strada della differenziazione tra diritti patrimoniali e diritti non patrimoniali – che le conseguenze derivanti dalla violazione dell'art. 6 CEDU, quand'anche oggetto di valutazione economica, non sono suscettibili di essere adeguatamente ristrate mediante un equo indennizzo⁴⁶.

Accanto a tali casi, vi sono poi situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio – vuoi perché di carattere non patrimoniale, vuoi perché attinenti a diritti della personalità – che sono allo stesso modo difficilmente reintegrabili mediante la tutela per equivalente, ma che nondimeno restano escluse dall'ambito applicativo della nuova revocazione convenzionale.

Ciò ha spinto parte della dottrina⁴⁷ – come visto *supra* – ad auspicare un'interpretazione estensiva della disposizione da parte della giurisprudenza di legittimità, onde evitare il determinarsi di un'inaccettabile ed insuperabile disparità di trattamento rispetto a questo tipo di situazioni giuridiche soggettive.

Tuttavia, vi può essere anche un'altra chiave di lettura. Infatti, altra parte della dottrina⁴⁸ ritiene che il *discrimen* non debba essere individuato nella natura patrimoniale o non patrimoniale del diritto, bensì nella inidoneità strutturale della tutela per equivalente ad assicurare la *restitutio in integrum*. In tale prospettiva, allora, la scelta legislativa risulterebbe censurabile per non aver previsto la revocazione *ex art. 391-quater* nei casi in cui il pregiudizio derivante

dichiarazione consiste in una valutazione del giudice in relazione alla sussistenza del proprio dovere di decidere, basata a sua volta sulla fondatezza di questi probabili sintomi di ingiustizia. La natura dichiarativa della sentenza di accoglimento successivamente alla verifica della sussistenza di tali condizioni di ammissibilità esclude che la parte soccombente sia titolare di un diritto potestativo alla rescissione della sentenza impugnata. In seguito alla dichiarazione di accoglimento della domanda di revocazione, il giudice è tenuto a emanare una nuova pronuncia che vada a regolare il rapporto tra le parti, sostituendosi a quella originaria. Dunque, il giudizio circa la sussistenza delle condizioni di ammissibilità sarebbe preliminare al successivo momento sostitutivo; costituirebbe, cioè, la fase in cui si valuta la sussistenza del motivo di revocazione quale *fumus boni iuris*, idoneo a rendere effettivamente la sentenza impugnata, ingiusta.

⁴⁶ Eccetto nel caso di violazione del principio dell'equo processo, concretizzatasi in un'irragionevole durata del processo, le cui conseguenze lesive sono evidentemente inidonee ad essere compensate attraverso la riapertura del processo. Cfr. su questo S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, § 3; G. RAITI, *op. ult. cit.*, p. 176.

⁴⁷ Si veda *supra*, § 4.1., nota n. 32.

⁴⁸ Cfr. F. DE SANTIS DI NICOLA, *L'ambito di applicazione ratione materiae della «revocazione europea» ex art. 391-quater c.p.c.*, cit., § 4. Secondo l'A., infatti, una volta che vi è stata, ad esempio, la lesione del diritto alla riservatezza (garantito dall'art. 8 della Convenzione) a causa della pubblicazione di notizie o foto, ovvero, della ragionevole durata del processo *ex art. 6 CEDU* (si veda *supra*, nota n. 46) "la rescissione del giudicato civile non sarà, di regola, né utile né necessaria e la liquidazione di una somma di denaro resterà la via principale per assicurare un ristoro del pregiudizio subito dalla vittima".

dalla violazione convenzionale sia “irreparabile”⁴⁹ ovvero perché vada a determinarsi “uno scarto insopportabile tra il bene della vita leso e la riparazione pecuniaria”⁵⁰.

4.3. Il rigetto delle questioni di legittimità costituzionale

A questo punto dalla motivazione, la Terza Sezione si sofferma sull’esame del secondo motivo di ricorso con cui gli eredi hanno chiesto la remissione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell’art. 391-*quater* con riferimento agli artt. 3, 24, 76 Cost., nonché all’art. 117 Cost., in relazione agli artt. 6, 14 e 46 CEDU.

In particolare, veniva lamentata dai ricorrenti l’illegittimità dell’art. 391-*quater* con gli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui garantiscono il principio di uguaglianza (art. 3), e il diritto di difesa (art. 24); con l’art. 76 Cost. e con l’art. 1, co. 10, lett. a) della l. n. 206 del 2021 per un esercizio limitato della legge delega; nonché con l’art. 117 Cost., in relazione agli artt. 6, 14 e 46 CEDU. Date le criticità del nuovo rimedio straordinario – sin qui descritte – non sorprende che la stessa dottrina avesse ipotizzato una possibile illegittimità costituzionale della norma – *a fortiori* se interpretata restrittivamente – per un’(eventuale) “irragionevole disparità di

⁴⁹ F. DE SANTIS DI NICOLA, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ *Ibid.* Questa impostazione richiama la nozione di “irreparabilità del pregiudizio” elaborata da illustre dottrina in tema di provvedimenti d’urgenza. Cfr. A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d’urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 12, secondo cui l’irreparabilità del pregiudizio ricorrerebbe “non solo quando il danno non sia né suscettibile di reintegrazione in forma specifica né risarcibile «vuoi perché non è patrimonialmente valutabile vuoi perché difetta l’estremo subiettivo del torto risarcibile»”, ma anche “ogni qual volta a causa della durata del processo si possa determinare uno scarto fra gli effetti della decisione di merito e la soddisfazione integrale, sia pure per l’equivalente e tale scarto (causato dalla circostanza che il permanere del diritto in uno stato di insoddisfazione durante tutto il corso del giudizio di merito può causare danni difficilmente determinabili in modo integrale [...]) con riferimento al singolo diritto, sia tale da superare «il limite della normale tollerabilità»”.

trattamento processuale di situazioni identiche”⁵¹, e per un (eventuale) esercizio limitato della delega⁵²; dubbi avanzati anche dal CSM in sede di parere allo schema di decreto legislativo⁵³. La Corte, anche con riguardo ai dubbi di legittimità costituzionale, svolge le sue considerazioni in armonia con quanto stabilito dalla stessa Sezione nel marzo 2025 nella decisione n. 7128/2025. Essa ritiene, quindi, manifestamente infondata la prima questione di legittimità costituzionale, sulla violazione degli artt. 3 e 24 Cost, dal momento che “nella specie non ricorre alcuna irragionevole disparità di trattamento per i soggetti che subiscono violazioni convenzionali su diritti diversi dagli status personali”⁵⁴. La limitazione prevista dall’art. 391-*quater*, n. 1, c.p.c. è giustificata dal fatto “che l’istituto della revocazione è riservato ai casi in cui non è possibile la restitutio in integrum tramite tutela per equivalente”⁵⁵. Nel caso di specie, le parti hanno dedotto in giudizio diritti che sono suscettibili *solo* di tutela per equivalente.

⁵¹ A. CARRATTA, *La riforma del processo civile nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 926.

⁵² Su questo punto si vedano: A. CARRATTA, *op. loc. ult. cit.*; G. RAITI, *La revocazione dei giudicati civili per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 173 ss. La legge n. 206/2021 alla lett. a), del co. 10, prescriveva di tenere “ferma ... l’esigenza di evitare duplicità di ristori” e stabiliva che il rimedio della revocazione fosse esperibile solo quando “non sia possibile rimuovere la violazione tramite la tutela per equivalente”. Secondo tale A., l’utilizzo da parte del legislatore delegante del verbo «potere» ha “verosimilmente ingenerato un’ambiguità di senso”, che il Governo ha deciso di risolvere – secondo questa lettura – erroneamente, configurando così una probabile illegittimità in relazione al vincolo di delega. Il legislatore delegato avrebbe inteso il senso “alla stregua di una valutazione astratta e a carattere per così dire strutturale”, ravvisandolo in diritti che per la loro stessa natura – perché intrinsecamente non patrimoniali – non rendono possibile ristorare una loro violazione pecuniariamente. Viceversa, la legge delega si sarebbe potuta riferire anche a una “insufficienza occasionale della tutela per equivalente”. In tal senso, allora, anche diritti in origine a carattere patrimoniale sarebbero, talvolta, non suscettibili di essere alla fine risarciti tramite un indennizzo, perché la tutela per equivalente non sarebbe del tutto soddisfattiva, rimanendo quindi lo strumento revocatorio unica forma di tutela e di piena ristorazione possibile. Si rinvia anche a V. CAPASSO, *Note sul (nuovo?) contraddittorio post d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, tra apprezzabili conferme e qualche occasione perduta*, in *DPCleC*, 2023, I, p. 77 ss., spec. p. 98, secondo cui “Così, se la scelta, compiuta dal legislatore delegato, di limitare il rimedio ai casi in cui sia risultato «pregiudicato un diritto di stato della persona» (...) c.], pur non inedita nel panorama europeo, non appare particolarmente indovinata – poiché, come la stessa Relazione illustrativa (p. 50) si lascia sfuggire, tali sono quelli in cui *solo* «tendenzialmente» il rimedio risarcitorio risulta inadeguato; *sicché non è difficile pronosticare future questioni di legittimità costituzionale, sotto il profilo della ragionevolezza, quante volte l’organo giudicante reputi l’ipotesi al proprio vaglio, ed esulante dalla materia così individuata, ingiustamente sottratta al rimedio* –, il riferimento, da parte della legge delega, al «contenuto» della sentenza sembrerebbe aver escluso a monte (quantomeno) la possibilità di estendere la nuova revocazione alle ipotesi di violazione dei diritti processuali”. Enfasi aggiunta. Lo stesso CSM mostrava preoccupazione per come il legislatore avesse deciso di declinare tale nuovo istituto, ritenendo, che così come impostato, “potrebbe anche dar luogo a nuove questioni di legittimità costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza, ogniquale volta, ad esempio, nella prassi, appaia non infondato il dubbio dell’inadeguatezza del rimedio risarcitorio”.

⁵³ Consiglio Superiore della Magistratura nella delibera del 21 settembre 2022, cit., p. 32. Secondo il CSM, l’istituto così come impostato, “potrebbe anche dar luogo a nuove questioni di legittimità costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza, ogniquale volta, ad esempio, nella prassi, appaia non infondato il dubbio dell’inadeguatezza del rimedio risarcitorio”.

⁵⁴ § 6.2. dei *Motivi della decisione*.

⁵⁵ *Ibid.*

Inoltre, secondo la Corte, il legislatore può limitare un rimedio straordinario, quale la revocazione, al fine di tutelare la stabilità del giudicato e il correlato principio della sua intangibilità.

Manifestamente infondata viene ritenuta anche la seconda questione, avente ad oggetto la violazione dell'art. 76 Cost., dal momento che – secondo la Corte – “l’interpretazione restrittiva non tradisce affatto la voluntas del legislatore delegante (...)”⁵⁶. La Terza Sezione richiama espressamente la decisione n. 7128/2025, nella quale aveva osservato che un esercizio limitato della delega rispetto a quanto da essa previsto non determina alcuna violazione costituzionale⁵⁷, essendo tale comportamento del legislatore delegato censurabile, eventualmente, solo dal punto di vista politico⁵⁸. Di conseguenza, l’assenza nella legge delega della limitazione ai diritti di stato non può comportare né un dubbio non manifestamente infondato di legittimità costituzionale, né imporre una sua interpretazione più ampia di quanto effettivamente previsto.

D'altronde – sempre secondo la Corte – questa limitazione della nuova ipotesi revocatoria alle violazioni lesive di un diritto di stato è conforme ai criteri direttivi della legge delega, risultando coincidente con la limitazione ivi già prevista, ossia quella riferita alle violazioni della CEDU per le quali la tutela per equivalente non sia sufficiente a garantire un rimedio adeguato.

Pertanto, in relazione alla vicenda in esame, la Terza Sezione ha – ci sia permesso – correttamente rigettato il ricorso degli eredi, dal momento che la loro richiesta di una tutela meramente risarcitoria escludeva *ab origine* l’operatività del rimedio convenzionale dell’art. 391-*quater*.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Su questo punto si vedano Corte cost., 20 febbraio 1975, n. 41; *Id.*, 04 gennaio 1977, n. 8; *Id.*, 03 giugno 1987, n. 28; *Id.*, Sent., 05 ottobre 2011, n. 304, secondo cui l’attuazione solo parziale o la mancata attuazione della delega possono determinare una responsabilità politica del Governo verso il Parlamento ma non integrano una violazione di legge costituzionalmente apprezzabile, salvo che ciò non determini uno stravolgimento della legge di delegazione. Su questo ultimo punto: Corte cost., 20 giugno 2005, n. 27; *Id.*, 20 novembre 2013, n. 283; *Id.*, 04 aprile 2005, n. 149.

⁵⁸ § 6.2 dei *Motivi della decisione*. Si riporta il passaggio per intero “- da un lato «il mancato pieno esercizio della delega e, precisamente, l'esercizio della delega in modo limitato rispetto a quanto con la stessa autorizzato, non determina alcuna violazione della Costituzione, dando luogo solo, eventualmente, ad una potenziale responsabilità di tipo politico del governo verso il Parlamento. Di conseguenza, il fatto che nella legge delega non fosse prevista la limitazione dell'ammissibilità della nuova ipotesi di revocazione ai soli casi in cui fosse stata accertata una violazione incidente sui diritti di stato della persona non può di per sé comportare né, direttamente, un dubbio non manifestamente infondato di legittimità costituzionale della norma introdotta in base alla delega, né, indirettamente, imporre una sua interpretazione in termini più ampi di quanto previsto dal suo effettivo contenuto letterale e sistematico»; - e, dall'altro, la limitazione ai «diritti di stato della persona» è l' interpretazione scelta dal legislatore delegato per dare corretta attuazione al criterio direttivo che circoscrive il rimedio ai casi in cui non è possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente. Se il rimedio fosse esteso a diritti risarcitori, si porrebbe esso stesso in contrasto con i limiti della delega, violando indirettamente l'art. 76 Cost. In definitiva, la corretta interpretazione della ratio della legge delega impone l'adeguamento alle pronunce CEDU nel processo civile nelle sole ipotesi in cui non sia possibile la rimozione tramite tutela per equivalente”.

Tuttavia, è possibile aggiungere un'ulteriore considerazione. Come visto poc'anzi⁵⁹, le violazioni che pregiudicano i diritti di stato della persona non rappresentano l'unica categoria di violazioni non suscettibili di essere pienamente compensate tramite una tutela per equivalente.

Inoltre, la Corte di cassazione la Corte di cassazione sembrerebbe incorrere nel medesimo equivoco del legislatore delegato, in ragione di una terminologia non felice utilizzata nella delega. Infatti, quest'ultima, secondo una parte della dottrina⁶⁰ avrebbe ingenerato un'incertezza interpretativa con l'utilizzo del verbo «potere»⁶¹. Il Governo, nel dare attuazione alla delega, avrebbe quindi deciso di risolvere tale ambiguità – secondo questa lettura – erroneamente.

Il legislatore delegato infatti avrebbe interpretato il criterio direttivo “alla stregua di una valutazione astratta e a carattere per così dire strutturale”⁶², ravvisandolo in diritti che per la loro stessa natura – perché *intrinsecamente* non patrimoniali – sono insuscettibili di essere ristorati per il tramite di un indennizzo pecuniario.

Tuttavia, la legge delega si sarebbe potuta riferire anche a una “insufficienza occasionale della tutela per equivalente”. In tale prospettiva, allora, anche in presenza di giudicato avente ad oggetto diritti risarcitori o comunque a contenuto patrimoniale, il ricorso alla revocazione sarebbe ammissibile tutte le volte in cui la vittima della violazione ritenga che il risarcimento già ottenuto in sede nazionale, o il ristoro ottenuto a Strasburgo, non sia sufficiente per riparare la violazione subita.

Però, a differenza di quanto prospetta l'autore dell'ipotesi suesposta, dalla scelta dell'Esecutivo, dettata dall'ambiguità del legislatore delegante, potrebbe conseguire non tanto un'illegittimità costituzionale in relazione all'art. 76 Cost., quanto piuttosto con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. per la violazione del principio di eguaglianza e per la lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Inoltre, con riferimento all'inidoneità dell'indennizzo, la Corte di cassazione precisa che, nella sua veste di giudice nazionale, ella non “possa sindacare, sotto il profilo della sua idoneità e congruità in concreto, la correttezza della determinazione dell'equa soddisfazione liquidata dalla Corte EDU”⁶³. Diversamente andrebbe a svolgere il ruolo di “una sorta di giudice di

⁵⁹ Si veda *supra*, § 4.2.

⁶⁰ G. RAITI, *op. ult. cit.*, p. 173 ss.

⁶¹ La legge n. 206/2021 alla lett. a), del co. 10, prescriveva di tenere “ferma ... l'esigenza di evitare duplicità di ristori” e stabiliva che il rimedio della revocazione fosse esperibile solo quando “non sia possibile rimuovere la violazione tramite la tutela per equivalente”.

⁶² G. RAITI, *op. ult. cit.*, p. 174.

⁶³ § 5.4. dei *Motivi della decisione*, che si riporta in completo: “Né è possibile ipotizzare che questa Corte (...) possa sindacare, sotto il profilo della sua idoneità e congruità in concreto, la correttezza della determinazione dell'equa soddisfazione liquidata dalla Corte EDU, sostanzialmente svolgendo il ruolo di una sorta di giudice di ulteriore grado rispetto a quest'ultima, in ordine alla corretta determinazione dell'importo dell'adeguata tutela per equivalente (cioè, del risarcimento) del danno

ulteriore grado”, alterando e stravolgendo le gerarchie e l’ambito delle competenze che spettano ai giudici nazionali e sovranazionali⁶⁴.

La ricostruzione offerta dalla Corte, che limita la revocazione al caso della lesione del diritto al riconoscimento/disconoscimento dello *stato della persona*, potrebbe condurre però ad un possibile “corto circuito” del sistema: l’art. 391-*quater*, n. 2, c.p.c., parrebbe richiedere un controllo o, meglio, una valutazione del giudice dinanzi al quale la revocazione è proposta (dunque non un giudizio “prognostico”), sulla congruità dell’indennizzo in precedenza già disposto, ossia se esso costituisca sufficiente compensazione per le conseguenze lesive discendenti dalla violazione convenzionale⁶⁵.

In relazione alla vicenda in esame, e all’insufficienza in concreto della tutela indennitaria offerta nel caso di specie, secondo la Corte “l’indennità concessa dalla Corte EDU (5.000 Euro per ciascun ricorrente) rappresenta essa stessa – sia ben inteso, «in astratto» (e, quindi, sul piano sistematico, che è l’unico sul quale a questa Corte è consentito di intervenire) – una forma di tutela per equivalente”⁶⁶. Di conseguenza, dal momento che la domanda originaria mirava ad ottenere un risarcimento, che è stato riconosciuto dai giudici di Strasburgo, non può trovare operatività il rimedio di cui all’art. 391-*quater* c.p.c.

riconosciuto. Invero, ammettendo un ulteriore sindacato del giudice nazionale sulla valutazione operata dalla Corte EDU in ordine alla entità della riparazione per equivalente della violazione, si finirebbe per alterare e addirittura stravolgere la gerarchia stessa e l’ambito delle competenze spettanti ai giudici nazionali e a quelli sovranazionali.”

⁶⁴ Ci sia consentito osservare – come rileva, innanzitutto e più autorevolmente, F. DE SANTIS DI NICOLA, in *L’obbligo di conformarsi alle sentenze...*, cit., pp. 1118 e 1119, (da cui sono tratte le seguenti citazioni) – che la Corte EDU, data la difficoltà di quantificare con precisione l’ammontare del danno *non* patrimoniale, proceda ad una “liquidazione forfettaria di tale pregiudizio” ovvero “liquidi un importo unitario (a titolo di pregiudizio patrimoniale e non)” o comunque “proceda ad una liquidazione equitativa e forfettaria di un importo unitario (a titolo di pregiudizio patrimoniale e non) vista l’asserita impossibilità di determinare con esattezza l’ammontare del danno”. Detto ciò, dal momento che la Corte di cassazione declina la sua competenza a “sindacare, sotto il profilo della sua idoneità e congruità in concreto, la correttezza dell’equa soddisfazione liquidata dalla Corte EDU”, si va a determinare – ci sia permesso di aggiungere questo ulteriore passaggio – una sorta di “zona grigia” nella quantificazione del risarcimento per il ricorrente, la cui conseguenza è la mancanza di una tutela piena ed effettiva.

⁶⁵ Cfr. A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e sulla revocazione*, cit., p. 695, di cui si riporta per intero il passaggio: “Sul piano più strettamente processuale preme invece evidenziare che il requisito di cui al n. 2 del nuovo art. 391-*quater* c.p.c. subordina l’effettiva esperibilità dell’impugnazione ad una valutazione forse eccessivamente discrezionale da parte del giudice dinanzi al quale la revocazione è proposta, dato che valutare se ed in che misura un indennizzo economico, già in precedenza disposto, sia o meno in grado di «compensare» effettivamente la violazione di un diritto non patrimoniale comporta un *giudizio prognostico* nel quale è inevitabilmente insito un grado di discrezionalità molto elevato”. Enfasi da noi aggiunta. Tuttavia, si ritiene che non si tratti propriamente di un “giudizio prognostico”, poiché la valutazione del giudice riguarda l’idoneità del risarcimento «già» riconosciuto dalla Corte EDU per compensare le conseguenze lesive della violazione convenzionale. Potrebbe, invece, essere definita come una valutazione *ex post*, volta a verificare l’idoneità dell’equa soddisfazione disposta a Strasburgo. In senso parzialmente conforme, si veda S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, cit., § 3, secondo cui “La Corte di cassazione, dovendo concorrere entrambe le condizioni indicate, nella fase rescindente, deve compiere un duplice controllo, verificando se il diritto violato sia un diritto di stato della persona e se la Corte europea abbia attribuito al ricorrente un equo indennizzo e se questo, ove eventualmente disposto, sia idoneo a compensare le conseguenze della violazione”.

⁶⁶ § 5.3. dei *Motivi della decisione*.

La S.C. ritiene, infine, manifestamente infondata anche la questione della violazione dell'art. 117 Cost., dal momento che "interpretazione, qui accolta, non si pone affatto in contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione agli obblighi derivanti dall' art. 46 CEDU, che impone agli Stati di conformarsi alle sentenze della Corte EDU"⁶⁷. Nello svolgere le sue considerazioni la Corte richiama sia quanto statuito dalla Consulta delle decisioni n. 123/2017 e n. 98/2018 sia quanto affermato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Bochan c. Ucraina*⁶⁸. In tale decisione, la Corte EDU ha affermato che spetta agli Stati contraenti decidere le modalità di esecuzione delle sentenze della Corte EDU, con l'obiettivo di non ledere i principi della *res judicata* e della certezza del diritto, giacché il processo civile può influire su situazioni giuridiche soggettive anche di terzi.

Tuttavia, i giudici di Strasburgo ritengono anche che tali considerazioni non dovrebbero sminuire l'importanza di prevedere, all'interno degli ordinamenti nazionali, procedure, che permettano di riesaminare la vicenda quando sia stata accertata una violazione del principio del giusto processo, sancito dall'art. 6 CEDU⁶⁹.

Ciò è essenziale per garantire l'effettività del sistema convenzionale.

Tale effettività verrebbe a maggior ragione tutelata nel momento in cui si garantisce – appunto – la riapertura del processo, essendo considerata il mezzo più efficace, se non l'unico in taluni casi, per ottenere una piena *restitutio in integrum*.

In conclusione, il ragionamento, svolto dalla Corte EDU in tale decisione, manifesta una chiara preferenza per la previsione di meccanismi di riapertura dei processi civili al fine di facilitare l'esecuzione delle proprie decisioni⁷⁰.

⁶⁷ § 6.2. dei *Motivi della decisione*.

⁶⁸ Corte EDU (Grand Chamber), 5 febbraio 2015, ric. n. 22251/08, *Bochan v. Ukraine* (n. 2).

⁶⁹ Corte EDU, *Bochan v. Ukraine* (n. 2), § 58: "However, the foregoing considerations should not detract from the importance, for the effectiveness of the Convention system, of ensuring that domestic procedures are in place which allow a case to be revisited in the light of a finding that the safeguards of a fair trial afforded by Article 6 have been violated. On the contrary, such procedures may be regarded as an important aspect of the execution of its judgments as governed by Article 46 of the Convention and their availability demonstrates a Contracting State's commitment to the Convention and to the Court's case-law (see *Lyons and Others*, cited above). The Court observes in this connection Recommendation No. R (2000) 2 adopted by the Committee of Ministers, in which the States Parties to the Convention are called upon to ensure that there are adequate possibilities of reopening proceedings at domestic level where the Court has found a violation of the Convention (see paragraph 28 above). It reaffirms its view that such measures may represent "the most efficient, if not the only, means of achieving *restitutio in integrum*". Il corsivo è dello scrivente.

⁷⁰ Cfr. F. DE SANTIS DI NICOLA, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze...*, cit., p. 834, nota n. 93. Tale considerazione è contenuta nel punto n. 6 della *concurring opinion* del giudice Wojtyczek. A norma dell'art. 74, 2° comma, del Regolamento della Corte, i giudici che hanno partecipato all'esame della causa possono redigere un'opinione separata riguardo al caso oggetto della decisione, che viene aggiunta in calce alla sentenza. Tale parere è volto ad esporre i motivi per cui hanno votato in armonia con la maggioranza (*concurring opinion*), ovvero in disaccordo (*dissenting opinion*). Per un'ulteriore e più precisa disamina, si rinvia a R. WHITE, I. BOUSSIAKOU, *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, 9:1, p. 37 ss. Si veda anche R.G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, cit., p. 336, secondo cui la sentenza 123/2017 è in linea con l'opinione concorrente del giudice Wojtyczek. Quest'ultimo, nelle sue considerazioni, affronta il caso esaminato nella decisione, soffermandosi, tra l'altro, sugli effetti delle

L'approccio "piuttosto cauto"⁷¹ dei giudici della Cassazione è comunque comprensibile. Si è, infatti, ricordato che l'istituto processuale oggetto della pronuncia, ossia la revocazione, è rimedio intrinsecamente – come visto – caratterizzato da una certa "tensione", tra l'esigenza di garantire la giustizia della decisione e l'esigenza di tutelare la certezza del diritto.

La tensione si accentua ulteriormente quando la tutela che dovrebbe assicurare l'ordinamento nazionale entra in crisi. Tuttavia, in un sistema giuridico multilivello⁷² – quale è quello odierno – vi è la necessità di assicurare l'effettività anche dell'ordinamento convenzionale, attraverso l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU. Ciò comporta, inevitabilmente, un ridimensionamento del giudicato nazionale, chiamato a cedere dinanzi alle superiori esigenze di conformità al diritto sovranazionale.

Raimondo Fabricatore
Dottore in Giurisprudenza

pronunce della Corte che accertano la violazione della Convenzione in un procedimento civile o che derivano da una decisione giudiziaria in una causa civile. Ognuna delle parti in un processo civile ha diritto ad una decisione finale stabile, poiché la *res judicata* – persino quando contraria alla Convenzione – genera nelle stesse una legittima aspettativa riguardo alla stabilità della decisione. In particolare, nei casi in cui la controparte abbia agito in buona fede in una situazione lesiva non immediatamente evidente alla luce della giurisprudenza convenzionale. Inoltre, la riapertura di un procedimento potrebbe compromettere altri diritti delle controparti protetti dalla Convenzione. Nondimeno, non si può escludere che, in taluni casi, la decisione giudiziaria possa comportare un'ingiustizia tale da non poter essere sanata se non tramite l'annullamento o la modifica della stessa. Di conseguenza "however, the reasoning of the decision appears to express a certain preference for ensuring that possibilities exist to reopen civil proceedings in order to facilitate execution of the Court's judgments (§ 58). Personally, I would have preferred to include some qualifications in the Court's reasoning". Il corsivo è stato aggiunto da chi scrive.

⁷¹ Così L. DI COLA, *Revocazione per contrarietà alla CEDU: quali presupposti?*, cit.

⁷² Su questo punto si vedano: di F. FRANCIOSI, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, cit., p. 4 ss.; S. GALLACCIO, *Gli ultimi interventi della Corte costituzionale in tema di revocazione di sentenze amministrative e civili in contrasto con una successiva sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 12 ss. Con l'espressione «tutela multilivello dei diritti» si intende un sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali, costituito da diversi ordinamenti, ognuno autonomo e autosufficiente, che contemplano diversi strumenti e forme di tutela all'interno dello spazio giuridico europeo. Questo è articolato in tre livelli: uno internazionale (CEDU); uno sovranazionale (cioè, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla giurisprudenza delle CGUE); uno nazionale. Per una più precisa e corretta disamina, si vedano *ex multis*: I. PERNICE, *Multilvel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 5/2002, p. 511 ss.; A. RUGGERI, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, 2007, 3, Il Mulino, p. 317 ss.; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, I, p. 79 ss.;



CRISTINA CANGIANO

Cass. civ., sez. II, (sent.), 24 aprile 2025, n. 10858 – Pres. Di Virgilio, rel. Bertuzzi

Ai fini della verifica della tempestività della produzione in appello, ex art. 345, comma 3, c.p.c., di un documento sopravvenuto, ciò che rileva non è la mera conoscenza presuntiva dello stesso, ma la sua conoscenza effettiva ovvero la presunzione di conoscenza assoluta.

Sulla non coincidenza tra pubblicità legale e conoscenza processualmente rilevante dell'atto

Il contributo, muovendo da una recente pronuncia di legittimità, si sofferma sul rapporto tra la conoscenza effettiva di un atto o fatto e il regime delle preclusioni alla sua spendibilità in giudizio.

Starting from a Supreme Court's recent ruling, the paper focuses on the relationship between effective knowledge of an act or fact and the rules governing its admissibility in court proceedings.

Sommario: 1. Il caso – 2. La decisione della Corte e l'implicita conferma dell'onere di attivazione immediata della parte – 3. La non coincidenza tra pubblicità legale e conoscenza processualmente rilevante dell'atto – 4. La rilevanza sistematica della pronuncia e i limiti della sua portata

1. Il caso

La pronuncia in commento si inserisce nel solco delle controversie relative al regime delle preclusioni processuali e, in particolare, alla decadenza dalla produzione documentale in sede di gravame; e, pur avendo avuto riguardo ad un'ipotesi molto peculiare, peraltro relativa al rito sommario di cognizione, oggi abrogato, offre lo spunto per considerazioni di più ampio respiro in tema di oneri esigibili dalle parti, suscettibili di estendersi al di là del caso concreto. Nello specifico, il caso trae origine da un giudizio definito in primo grado con rito sommario di cognizione e proseguito in appello, nel quale la parte appellante aveva richiesto l'ammissione di un documento sopravvenuto, costituito da una delibera della Giunta comunale di Nanto del 26 novembre 2015, formatasi dopo la proposizione dell'impugnazione, e indispensabile ai fini dell'accertamento del mancato avveramento di una condizione sospensiva contrattuale. Indiscussa l'astratta integrazione dell'ipotesi di cui all'art. 345, comma 3, c.p.c.¹, la Corte

¹ Stando a quanto si comprende dal tenore della decisione in commento, il diritto della parte alla rimessione in termini non è stato mai messo in discussione (essendo dubbio solamente il termine entro il quale esercitare il potere). Il che si comprende, poiché, come noto, la riforma introdotta dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, attraverso l'abrogazione dell'art. 184-bis c.p.c. e

d'appello di Venezia aveva tuttavia dichiarato tardiva la produzione ritenendo che la pubblicazione della delibera nell'albo pretorio – risalente a dicembre 2015 – integrasse già di per sé una presunzione di conoscenza, tale da far decorrere l'onere di immediata produzione della prova alla prima occasione utile e, cioè, l'udienza del 5 aprile 2016, mentre la parte ne aveva chiesto l'acquisizione in data successiva.

Investita della questione, la Corte di cassazione è stata chiamata a chiarire se, ai fini della decadenza processuale, rilevi la semplice conoscibilità astratta del documento ovvero se sia invece necessario accertare una conoscenza effettiva o legalmente presunta, idonea a fondare un'inerzia imputabile alla parte.

Sebbene, nel caso oggetto della decisione, la questione della conoscenza della delibera comunale non presentasse, in realtà, profili di particolare problematicità – dal momento che lo stesso provvedimento della Giunta prevedeva espressamente la sua comunicazione ai

l'introduzione del nuovo comma 2 nell'art. 153 c.p.c., ha ricollocato l'istituto della rimessione in termini - volto ad evitare che decadenze maturate per cause non imputabili alle parti si traducano in una irragionevole compressione del diritto di difesa - tra le disposizioni generali del codice, assumendo così una portata tendenzialmente generale, di cui l'art. 345, comma 3, c.p.c., non costituisce che un'espressione puntuale (e mai modificata sotto questo profilo), a differenza della parte relativa all'ulteriore ipotesi di eccezionale ammissibilità di nuove prove in appello, prima prevista - limitatamente a quelle che il collegio ritenesse indispensabili - e poi soppressa nel 2012. A tal proposito, va peraltro ricordato che il requisito della causa non imputabile, che viene qui in rilievo, opera su un piano del tutto diverso rispetto al previgente criterio dell'indispensabilità della prova, trattandosi di presupposti distinti. Come infatti chiarito dalle Sezioni Unite, con la sentenza 4 maggio 2017, n. 10790, quest'ultima atteneva alla particolare «potenzialità dimostrativa» del mezzo istruttorio, mentre la causa non imputabile concerne la giustificazione della mancata deduzione o produzione della prova nel giudizio di primo grado (sul punto v. E. MERLIN, *Indispensabilità delle prove e giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pp. 562 ss.). Nel caso di specie, dunque, quella sopravvenuta, perché prima inesistente *in rerum natura* (cioè il provvedimento amministrativo di cui si discuteva), è da sempre considerata l'esempio più eclatante di prova che la parte «non av[rebbe] potuto propor[re] o produr[re] nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile».

Nondimeno, la nuova disciplina della rimessione in termini ha però presentato, sin dall'inizio, diversi profili di incertezza: come osservato in dottrina (v. R. CAPONI, *Rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione (art. 153, 2° comma, c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 283; A. PANZAROLA, *Sulla rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1646 ss.; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 225; N. RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corriere giur.*, 2010, pp. 1251 ss.; D. D'ADAMO, *Prime riflessioni sulla nuova rimessione in termini*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 385 ss.) essa, anzitutto, sembra riferirsi alle sole decadenze conseguenti alla violazione di termini perentori; non chiarisce, poi, l'ambito oggettivo delle decadenze rilevanti né prevede un termine entro il quale poter avanzare l'istanza restitutoria, con conseguenti ricadute problematiche sul piano della certezza dei rapporti processuali e dell'affidamento della controparte (sul punto L. PICCININNI, *Sull'assenza di un termine per proporre istanza di rimessione in termini*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 981 ss.). Ne emerge, pertanto, una riforma di carattere più ricognitivo che effettivamente sistematico, che affida all'interprete il compito di bilanciare, caso per caso, l'esigenza di effettività delle preclusioni con la salvaguardia del diritto di difesa.

Proprio in questa prospettiva si colloca la vicenda in esame, nella quale - come si vedrà - l'incertezza circa il momento di effettiva conoscenza del documento e, conseguentemente, circa la decorrenza dell'onere di produzione dello stesso, esclude che l'eventuale ritardo possa essere imputato alla parte, rendendo applicabile il rimedio restitutorio ed evitando che il meccanismo preclusivo si traduca in una sanzione pressoché sproporzionata.

soggetti interessati – appare tuttavia opportuno affrontare il tema in una prospettiva generale.

2. La decisione della Corte e l'implicita conferma dell'onere di attivazione immediata della parte

Nel pronunciarsi sul primo motivo di ricorso, la Suprema Corte ha ritenuto fondata la doglianza mossa avverso la declaratoria di tardività della produzione documentale, cassando la sentenza impugnata con rinvio della causa alla Corte d'appello di Venezia, in diversa composizione.

La decisione appare certamente condivisibile nella parte in cui individua il vizio decisivo nell'erronea equiparazione tra pubblicazione della delibera comunale all'albo pretorio e presunzione di conoscenza dell'atto da parte dei destinatari, con conseguente indebita declaratoria di tardività della produzione.

Deve peraltro subito rilevarsi che l'interesse della pronuncia non si arresta alle sole considerazioni della Corte relative alla questione risolta, rendendo pertanto opportuno soffermarsi, in via preliminare, sulla mancata presa di posizione della S.C. su due ulteriori profili di censura articolati dal ricorrente nell'ambito del primo motivo, e che – proprio in ragione del silenzio della decisione sul punto – potrebbero in realtà ritenersi implicitamente disattesi: ad avviso di chi scrive, correttamente, in quanto infondati.

In primo luogo, non è condivisibile l'assunto – invece avanzato dal ricorrente – secondo cui, nel procedimento sommario di cognizione, non fosse configurabile un regime di decadenze per la produzione documentale in grado di appello. La disciplina speciale del rito sommario operava infatti esclusivamente nel giudizio di primo grado, consentendo al giudice di decidere celermente le controversie semplici mediante valutazioni essenziali e con omissione delle formalità non indispensabili al contraddittorio, secondo una logica assimilabile a quella cautelare, seppur in assenza del *periculum in mora*²; in sede di gravame, invece, salvo limitate previsioni *ad hoc* delineate dall'art. 702-*quater* c.p.c., si rinviava alle regole dell'appello ordinario, con conseguente applicazione del relativo sistema di preclusioni. Non poteva, pertanto, sostenersi ragionevolmente l'esistenza di una generale libertà di produzione documentale fondata sulla natura sommaria del rito³.

Parimenti non persuasiva risulta la tesi, ancora sostenuta dal ricorrente, che nega l'esistenza di un principio generale che impone alla parte di attivarsi nel c.d. "primo momento utile". Al

² A. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013, p. 156.

³ Invero, ampia parte della dottrina escludeva l'ultrattività del rito sommario - seguito in prime cure - anche nel secondo grado, ravvisando proprio nel recupero del modello ordinario in sede di gravame la ragione della compatibilità del rito in esame con i principi costituzionali del giusto processo. In argomento v. M. A. LUPOLI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, pp. 516 ss. Nel sistema attuale, peraltro, la questione non si pone più, giacché, indipendentemente dal rito seguito in primo grado - ordinario o semplificato che, come noto, avrebbe idealmente assorbito le caratteristiche funzionali del previgente rito sommario - l'appello segue, in ogni caso, le medesime regole.

contrario, sebbene tale regola non sia dettata espressamente da una disposizione di carattere generale, essa è effettivamente desumibile dal sistema processuale nel suo complesso, come attestato, tra l'altro, da diverse norme del codice di rito, che quindi consentono quell'operazione di astrazione che sta tipicamente alla base dell'identificazione di un principio ai sensi dell'art. 12 Preleggi⁴.

Anzitutto, può certamente menzionarsi l'art. 157 c.p.c., rubricato "Rilevabilità e sanatoria della nullità", il quale dispone, al comma 2, che la parte interessata può opporre la nullità dell'atto, ma «deve farlo nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso» (disposizione che è già stata di per sé ritenuta espressione di un principio generale, non limitato all'ambito della nullità in senso stretto, ma applicabile anche, ad esempio, in materia di decadenza)⁵; e alla stessa logica è ispirato, in materia di impugnazione delle sentenze non definitive, l'art. 340 c.p.c. che, al comma 1, prevede la possibilità per la parte soccombente di differire la proposizione dell'appello avverso le sentenze previste dagli artt. 278 e 279, co.2, n.4, previa formulazione di apposita riserva, da effettuarsi entro il termine ordinario per appellare «e, in ogni caso, non oltre la prima udienza dinanzi al giudice istruttore successiva alla comunicazione della sentenza stessa», a pena di decadenza⁶.

Uno schema analogo è rinvenibile anche nel processo di esecuzione, così come emerge dagli artt. 530, co.2 e 569, co.2, c.p.c. Nello specifico, prima che il giudice dell'esecuzione adotti i provvedimenti per l'assegnazione o la vendita – che, ai sensi dell'art. 615, co.2, c.p.c., rappresentano il momento ultimo per proporre l'opposizione all'esecuzione – le parti possono, in apposita udienza previamente fissata, «proporre le opposizioni agli atti esecutivi, se non sono già decadute dal diritto di proporle». In tal modo, si assiste ad un'anticipazione del termine ordinario di venti giorni previsto per le opposizioni agli atti esecutivi: se l'udienza cade in un momento antecedente allo spirare del suddetto termine, la parte deve necessariamente proporre l'opposizione in quella sede⁷.

Le disposizioni sin qui richiamate, pur riferendosi a momenti processuali differenti, sono accomunate dalla medesima *ratio*: evitare che l'inerzia della parte possa incidere sull'economia e sulla linearità del procedimento. Il processo civile è infatti ispirato all'esigenza di concentrazione e lealtà delle difese, che impone alle parti di esercitare tempestivamente le proprie facoltà processuali; di conseguenza, il difetto di una espressa disposizione che prevedesse la necessità di allegare il documento sopravvenuto nella prima udienza utile,

⁴ R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale. Art 10-15*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1974, p. 281.

⁵ V. Cass., 27 luglio 1996, n. 6813, secondo cui l'inosservanza del termine stabilito dall'art. 244, comma 3, c.p.c., per formulare od integrare le indicazioni circa la prova testimoniale comporta la decadenza dall'assunzione della prova, a condizione però che tale decadenza venga eccepita dalla controparte tempestivamente, ovvero nella prima istanza o difesa successiva, in applicazione dell'art. 157 c.p.c., che la stessa pronuncia afferma costituire principio generale.

⁶ F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. Principi e modelli della tutela giurisdizionale dei diritti*, Bologna, 2026, p. 237.

⁷ *Ivi*, p. 636.

invocato dal ricorrente, appare del tutto influente, dovendosi tale onere ritenere ricavabile dal sistema.

Ad ogni modo, nel caso di specie, la questione non atteneva tanto all'astratta applicabilità di tale principio, quanto all'individuazione del momento a partire dal quale potesse dirsi sorto l'onere di produzione del documento.

3. La non coincidenza tra pubblicità legale e conoscenza processualmente rilevante dell'atto

A tal fine, risultava quindi essenziale chiarire la portata dell'art. 124 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), il quale prevede che «tutte le deliberazioni del Comune e della Provincia sono pubblicate mediante affissione all'albo pretorio, nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo specifiche disposizioni di legge»; e la Corte di cassazione ha correttamente escluso che la mera pubblicazione delle delibere comunali nell'albo pretorio sia di per sé idonea a fondare una presunzione assoluta di conoscenza dell'atto ai fini della decorrenza di decadenze processuali. Questa conclusione, in effetti, si pone in linea con un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza amministrativa, secondo cui la pubblicazione all'albo pretorio assolve a una funzione di pubblicità-notizia, ma non equivale a una forma di comunicazione individuale nei confronti dei soggetti destinatari diretti del provvedimento⁸.

L'orientamento appena richiamato, tuttavia, si è sviluppato prevalentemente con riguardo alla diversa questione della decorrenza dei termini d'impugnazione e, segnatamente, alla c.d. “piena conoscenza” dell'atto quale presupposto per l'esercizio dell'azione⁹. Così, sebbene la Cassazione sembri aver dato per scontata la possibilità di estenderlo *sic et simpliciter* al caso di specie, occorre comprendere se il medesimo ragionamento possa valere anche sul piano delle preclusioni istruttorie e dell'ammissibilità della produzione documentale tardiva. In altri termini, appare necessario interrogarsi circa il rapporto tra efficacia dell'atto – che opera indipendentemente dalla sua concreta conoscenza – e piano probatorio, ove la conoscenza può rilevare.

Ed è proprio sotto questo profilo che la decisione in commento si presta ad una riflessione di più ampio respiro: se, infatti, è noto come la giurisprudenza costituzionale abbia progressivamente valorizzato il nesso tra decorrenza delle preclusioni processuali e conoscenza dell'evento rilevante, il tema affrontato *ex professo* dalla Consulta è quello del verificarsi di eventi che attengono alla parte privata¹⁰, di cui certo non può predicarsi un onere

⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2544; Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2011, n. 1589.

⁹ Il Consiglio di Stato afferma, infatti, che «la pubblicazione all'albo pretorio non è sufficiente a determinare la presunzione assoluta di piena conoscenza dell'atto da parte dei soggetti, ai quali l'atto direttamente si riferisce e interessati ad impugnarlo, ai quali il provvedimento, ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione, deve essere comunicato o notificato direttamente». V., in tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2011, n. 1589.

¹⁰ Cfr. Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 67; Corte cost., 6 luglio 1981, n. 159.

di conoscenza nella controparte; nella specie, invece, a venire in rilievo è (ra) un atto soggetto a pubblicità.

Ma, a ben vedere, è proprio tale regime a giocare un ruolo essenziale, nella misura in cui esso, ove ritenuto rilevante, non può non valere in egual misura per le parti e per il giudice. Infatti, secondo un principio ormai acquisito, non può essere richiesta alle parti una diligenza maggiore rispetto a quella che l'ordinamento, in concreto, pretende dal giudice¹¹. Tale principio assume rilievo decisivo quando si discute degli effetti processuali derivanti dalla conoscenza di atti o fonti che non rientrano nel diritto "ordinario".

Invero, come rilevato da autorevole dottrina¹², il principio *iura novit curia*, non trova un fondamento normativo diretto né nell'art. 113 c.p.c., che si limita a vincolare il giudice

In particolare, seppur in un contesto diverso - quello della disciplina dell'interruzione del processo e della decorrenza del termine per la sua riassunzione - è stato affermato un principio generale secondo il quale la decorrenza dei termini processuali suscettibili di determinare decadenze non può essere fatta risalire al mero verificarsi dell'evento, ma deve essere ancorata alla sua conoscenza da parte del soggetto su cui grava l'onere di attivazione. La Corte di cassazione ha poi precisato, in un momento successivo, che ai fini della decorrenza dei termini processuali, per "conoscenza" deve intendersi la cosiddetta conoscenza legale, integrando così il suddetto principio costituzionale. Sul punto si veda F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, cit., p. 381.

Il richiamo al principio di effettività della tutela impone, tuttavia, di distinguere tra decadenza e preclusione, categorie che, seppur frequentemente accomunate nel linguaggio della prassi processuale, rispondono a logiche non sovrapponibili. Invero, sebbene non manchi, in dottrina, la tendenza di taluni ad assimilare le due categorie valorizzandone il comune effetto impeditivo rispetto all'esercizio di un potere processuale, l'orientamento prevalente ne sottolinea la distinzione concettuale. Se, infatti, la decadenza processuale si configura quale perdita del potere di compiere un determinato atto per il mancato esercizio entro un termine perentorio stabilito dalla legge, incidendo direttamente sul diritto di difesa, la preclusione, rispondendo essenzialmente ad esigenze ordinatorie e di garanzia della stabilità delle situazioni processuali, determina la perdita di un diritto non come conseguenza del mancato esercizio tempestivo, bensì del compimento di un'attività incompatibile con quell'esercizio (v., anche per altri riferimenti, F. ROSELLI, *Decadenza (diritto e procedura civile)*, in *Enc. Dir.*, Annali VII, 2014, p. 312). Per una più compiuta ricostruzione teorica, appare tuttavia opportuno richiamare la definizione offerta da Chiovenda, che descrive la preclusione come il fenomeno processuale per cui «in seguito al compimento di determinati atti o in seguito alla decorrenza di termini, è precluso alla parte il diritto di compiere altri atti processuali determinati, o in genere atti processuali», precisando che «la perdita, o estinzione, o consumazione d'una facoltà processuale» si determina «per il fatto: a) o di non aver osservato l'ordine assegnato dalla legge al suo esercizio; b) o di aver compiuto un'attività incompatibile coll'esercizio della facoltà, come la proposizione di un'eccezione incompatibile con un'altra; c) o d'aver già una volta validamente esercitato la facoltà» (cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, pp. 479 ss.). In tale prospettiva, la preclusione si configurerebbe quindi come fenomeno unitario della perdita della facoltà processuale, mentre la decadenza come una delle sue possibili modalità di produzione, accanto al compimento di atti incompatibili o alla consumazione dell'opzione. Tuttavia, pur nella consapevolezza dell'opinabilità di ogni definizione, l'effettivo elemento di discrimine rinvenibile tra le due categorie è che, mentre la preclusione implica un'imputabilità dell'opzione e, dunque, la *chance* effettiva dell'alternativa invece preclusa mediante il comportamento tenuto, la decadenza no; tant'è che, se inimputabile, quest'ultima ammette la restituzione nel termine. Ne deriva pertanto, sul piano sistematico, che tanto le preclusioni, non estendibili al di là dei casi espressamente previsti dal legislatore (sul punto cfr. V. CAPASSO, *Sull'ambito applicativo dell'art. 614-bis c.p.c. novellato*, in *DPCleC*, 2024, p. 1079), tanto le decadenze, le quali impongono una rigorosa verifica dell'imputabilità della condotta, si collocano entro il perimetro dell'art. 24 Cost., che impone un continuo bilanciamento tra le esigenze di ordine processuale e l'effettività della tutela giurisdizionale.

¹¹ A. D'ANGELIS, *Sulla rinnovazione dell'atto di citazione nullo effettuato in rinnovazione di un atto di citazione nullo*, nota a Cass., sez. VI civ., 21 febbraio 2020, n. 4710, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1373.

¹² G. VERDE, voce *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, pp. 590 ss.

all'applicazione della legge, né nell'art. 101 Cost., ma si fonda piuttosto su una presunzione culturale di conoscenza del diritto da parte del giudice, storicamente legata a un sistema normativo relativamente stabile e contenuto.

Presunzione che, nell'attuale contesto di iperlegificazione e di crescente specializzazione settoriale, risulta sempre meno sostenibile¹³. In tal senso, è stato evidenziato come, in realtà, anche il diritto interno possa, in determinati ambiti, collocarsi al di fuori della normale conoscibilità processuale del giudice, analogamente a quanto tradizionalmente riconosciuto per il diritto straniero¹⁴, il diritto antico o la consuetudine¹⁵, rendendo necessario distinguere tra l'efficacia sostanziale della norma e l'esigibilità della sua produzione sul piano processuale. Del resto, lo stesso principio *iura novit curia*, come interpretato, rende evidente tale distinzione: se la norma vincola il giudice indipendentemente dalla prova della sua esistenza, ciò attiene al piano dell'efficacia, ma non implica una conoscenza effettiva e automatica di ogni fonte, sicché, con riguardo a discipline tecniche o settoriali, resta necessario un onere di allegazione o, comunque, di collaborazione delle parti¹⁶.

La stessa giurisprudenza amministrativa – seppur in maniera controversa – «ha finito per riconoscere i limiti della presunta onniscienza del giudice»¹⁷, in presenza di una produzione normativa alluvionale e frammentata¹⁸.

Alla luce di tali considerazioni, risulta del tutto coerente escludere che la pubblicazione di un atto amministrativo individuale nell'albo pretorio possa fondare, di per sé e sol perché intanto

¹³ Sul punto V. CAPASSO, *Tractent fabrilis fabri. Contributo all'affermazione del «diritto al consulente tecnico» nel processo civile*, Torino, 2025, p. 137.

¹⁴ In tal senso v. oggi l'art. 14 della l. 31 maggio 1995, n. 218, che, nel prevedere l'accertamento d'ufficio della legge straniera, anche mediante la collaborazione delle parti, considera l'eventualità che il giudice comunque non riesca a determinarne il contenuto. Cfr. L. FUMAGALLI, voce *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, 2011, pp. 467 ss.

¹⁵ Come già chiarito da Calamandrei, il principio *iura novit curia* non opera in modo uniforme rispetto a tutte le fonti del diritto. Quando si tratta di norme che esulano dal patrimonio ordinario di conoscenze del giudice – quali la consuetudine, il diritto straniero o anche il diritto antico – esso conserva efficacia soltanto sotto il profilo del potere del giudice di applicare la norma, ma non anche sotto quello del dovere di conoscerla e ricercarla autonomamente.

Si veda P. CALAMANDREI, *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, pp. 120 ss.

¹⁶ V. CAPASSO, *Tractent fabrilis fabri*, cit., p. 138.

¹⁷ *Ivi*, p. 137.

¹⁸ Il Consiglio di Stato, con parere 24 ottobre 2007, n. 1677, reso in materia di reclutamento del personale docente, ha affermato che «in tempi in cui le norme erano circoscritte a ben precise fattispecie, ridotte nel numero e di regola rapportabili a canoni di comportamento sociali universalmente riconosciuti, ovvero a regole di comune esperienza o di equità, era dato sostenere la necessaria conoscenza, da parte dei giudici, dell'esistenza e della consistenza delle leggi; ma, oggi, tenuto conto dell'incontrollabile aumento della produzione normativa a tutti i livelli della gerarchia delle fonti, per di più non sorrette da una logica o coscienza comune o da una coerenza con principi e valori generali ma piuttosto da esigenze particolari e settoriali, spesso "imprevedibili", ovvero ispirate a valori relativi a campi, come quelli previdenziale, edilizio, lavoristico, organizzativo, fiscale ecc., che nulla hanno a che vedere con i principi naturali, di comune "riconoscimento" sociale, appare arduo assegnare ai giudici un obbligo di conoscenza assoluto e incondizionato, come tale svincolato dall'onere di allegazione e collaborazione di parte». Cons. Stato, parere 24 ottobre 2007, n. 1677, in *Giur. it.*, 2018, pp. 2687 ss., con nota di G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)*.

divenuto “efficace”, una presunzione assoluta di conoscenza idonea a far decorrere decadenze processuali in capo alla parte. Se, infatti, non può ragionevolmente pretendersi che il giudice, quale consociato per eccellenza, conosca *ex officio* atti che esulano dal diritto “ordinario”, a *fortiori* non può esigersi dalla parte una diligenza conoscitiva maggiore, tale da imporre un obbligo di vigilanza permanente sugli strumenti di pubblicità legale dell’amministrazione.

Tale conclusione appare, del resto, confermata anche da precisi indici positivi: da un lato, infatti, solo in presenza di esigenze straordinarie il legislatore ammette meccanismi di semplificazione di conoscenza degli atti¹⁹; dall’altro, nemmeno atti con efficacia normativa generale si sottraggono, ove rilevanti a fini processuali, all’esigenza di una conoscibilità effettiva.

Un esempio particolarmente significativo della non coincidenza tra pubblicità legale e conoscenza processualmente rilevante è offerto dalla disciplina degli effetti della sentenza di accoglimento di una questione di legittimità costituzionale. Infatti, sebbene tale pronuncia sia soggetta a pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, la decorrenza del termine per la riassunzione del processo sospeso dinanzi al giudice *a quo* non è fatta risalire a tale momento, bensì alla trasmissione della decisione all’autorità giurisdizionale che ha promosso il giudizio: ai sensi dell’art. 29 della l. 87/1953, infatti, «la sentenza con la quale la Corte si pronuncia sulla questione di illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge o l’ordinanza con la quale è dichiarata la manifesta infondatezza dell’eccezione di incostituzionalità, vengono trasmesse, entro due giorni dal loro deposito in cancelleria, unitamente agli atti, all’autorità giurisdizionale che ha promosso il giudizio, a cura del cancelliere della Corte». A tal proposito, anche la Corte di cassazione ha precisato che la pubblicazione in G.U., pur determinando «l’eliminazione dall’ordinamento della norma incompatibile coi principi costituzionali», non assolve «alla funzione specifica di far conseguire alle parti la conoscenza dell’avvenuta decisione della questione di costituzionalità»²⁰, ma attiene esclusivamente al piano sostanziale dell’efficacia della decisione nell’ordinamento. Di conseguenza, solo la comunicazione al giudice rimettente – e, per il suo tramite, alle parti –

¹⁹ In una prospettiva trasversale e a titolo esemplificativo, possono richiamarsi, sul piano processuale, la notificazione per pubblici proclami di cui all’art. 150 c.p.c. e, sul versante del diritto sostanziale, la disciplina della cessione dei crediti in blocco ex art. 58 T.U.B., per la quale la pubblicazione dell’estratto in Gazzetta Ufficiale è ritenuta sufficiente a rendere opponibile la cessione ai debitori ceduti. Nel caso di specie, tuttavia, una simile esigenza di semplificazione non ricorreva: si trattava, infatti, di una delibera della giunta comunale, per di più autonomamente impugnabile dinanzi al giudice amministrativo. L’estensione alla sua mera pubblicazione all’albo pretorio di effetti presuntivi di conoscenza anche ai fini del decorso di preclusioni processuali – e, in particolare, della tempestività della produzione documentale in appello – avrebbe finito per determinare un evidente corto circuito sistematico, sovrapponendo il piano dell’efficacia dell’atto a quello, distinto, della sua conoscibilità processuale. È proprio tale esito che la Corte di cassazione ha condivisibilmente evitato con la pronuncia in commento.

²⁰ V. ONIDA, *Sul termine per la riassunzione del processo sospeso in seguito a incidente di costituzionalità*, nota a Cass., 7 novembre 1984, n. 6653, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 1078.

segna il momento a partire dal quale può dirsi effettivamente integrata quella conoscenza legalmente certa idonea a far decorrere termini e preclusioni processuali²¹.

Per tali ragioni, nonostante il profilo non sia stato espressamente affrontato, la decisione in commento si apprezza anche nella misura in cui evita una indebita sovrapposizione tra l'efficacia normativa dell'atto amministrativo e gli effetti processuali della sua conoscenza.

4. La rilevanza sistematica della pronuncia e i limiti della sua portata

Alla luce dei rilievi fin qui esposti, la pronuncia della Corte, nella misura in cui esclude che la semplice pubblicazione di un atto nell'albo pretorio possa fondare, una presunzione assoluta di conoscenza idonea a far decorrere un termine decadenziale, in assenza di una forma di comunicazione individuale nei confronti di destinatari determinati, appare perfettamente coerente con i principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost.

Più in generale, dalla pronuncia in commento, emerge la necessità di mantenere saldo l'equilibrio tra esigenze di concentrazione e speditezza del rito e tutela effettiva del diritto di difesa, evitando indebite sovrapposizioni tra il piano dell'efficacia degli atti amministrativi e, quello distinto, della loro rilevanza probatoria nel processo civile.

È sotto questo profilo che la soluzione accolta dalla Corte di cassazione – che assume anche valore di monito futuro contro interpretazioni eccessivamente formalistiche del regime delle preclusioni istruttorie – risulta particolarmente significativa. La declaratoria di tardività – ad opera della Corte d'appello di Venezia – della produzione documentale in sede di gravame, pur essendo formalmente riconducibile al sistema delle preclusioni istruttorie, aveva determinato in concreto la perdita del potere di introdurre nel processo un elemento probatorio decisivo, producendo, dunque, effetti assimilabili a quelli di una decadenza sul diritto di difesa. Proprio per tale motivo, essa non può fondarsi su una mera presunzione di conoscenza astratta, quale quella derivante dalla pubblicazione dell'atto all'albo pretorio, ma presuppone l'accertamento di una conoscenza effettiva o, quanto meno, legalmente certa dell'atto stesso.

Sarebbe forse azzardato, tuttavia, voler trarre dalla pronuncia in commento “la” soluzione valida, a valere pro futuro in maniera fissa e immutabile, o comunque in via generale. In realtà,

²¹ In questa prospettiva si colloca anche la pronuncia del 23 aprile 1987, n. 3928, con cui la S.C. ha ribadito - con riguardo ad una vicenda di sospensione del processo disposta dal giudice nelle more del giudizio incidentale di costituzionalità promosso in un diverso giudizio - che la cessazione della sospensione non può essere ricollegata alla mera pubblicazione della decisione della Corte costituzionale né alla pronuncia resa in altri procedimenti, seppur aventi ad oggetto la medesima questione, ma deve essere individuata esclusivamente nella decisione emessa in funzione dello specifico giudizio assunto come parametro dal provvedimento di sospensione. Dunque, pur trattandosi di un'ipotesi peculiare, anche in tal caso la decorrenza degli effetti processuali viene ancorata non ad una conoscibilità astratta dell'evento, ma alla sua individuazione in termini concreti e giuridicamente certi, in coerenza con l'esigenza di non far discendere decadenze da mere presunzioni formali di conoscenza. Sul punto v. E. CATELANI, *Giudizio costituzionale e sospensione ex art. 295 c.p.c.: decorrenza del termine per la riassunzione del giudizio sospeso*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 513.

proprio la peculiarità dell'atto venuto in rilievo sembra dover indurre alla cautela verso ogni tentativo di generalizzazione, poiché – come accennato in relazione al principio *iura novit curia* – il rapporto tra poteri del giudice e iniziativa delle parti è infatti storicamente mutevole, e si modella in funzione del modello processuale, del contesto ordinamentale nonché degli strumenti conoscitivi concretamente disponibili in un dato momento storico.

In questa prospettiva, l'evoluzione normativa in tema di accesso agli atti – da un lato – e l'odierna disponibilità di fonti informative sempre più ampie, ulteriormente accresciuta dall'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale – dall'altro – costituiscono fenomeni che, muovendo in direzioni opposte, appaiono suscettibili di incidere sul rapporto tra oneri di parte e poteri-doveri del giudice.

Quanto al primo profilo, è evidente come l'ampliata facoltà delle parti di ottenere fuori e prima del processo la documentazione di provenienza pubblica, *in thesi* necessaria ai fini della prova in giudizio, corrispondentemente riduce l'ambito applicativo del potere-dovere del giudice di attivare il meccanismo di cui all'art. 213 c.p.c.²²; dall'altro, non va trascurato un altro dato: il progresso degli ultimi anni ha creato «una fonte di prova potenzialmente universale e naturalmente prossima a chiunque: *internet*»²³. Di conseguenza, i contenuti presenti in rete sono fruibili da tutti, anche dal giudice, per cui – in virtù di un'interpretazione evolutiva dell'art. 115, co.2, c.p.c. – si può ormai affermare che, in ambito processuale, il notorio non coincide più soltanto con l'insieme delle nozioni largamente conosciute dalla collettività che, in quanto tali, possono entrare nel processo senza bisogno di essere provate. Oggi, infatti, il termine comprende anche quelle informazioni che, pur non essendo conosciute da tutti, possono essere reperite in qualsiasi momento da chiunque e senza la necessità dell'intervento o della collaborazione di altri²⁴. In questa prospettiva, risulta sempre meno giustificabile l'imposizione alla parte dell'onere di ricerca e produzione in giudizio di documenti e dati agevolmente reperibili su canali ufficiali, atteso che essa attingerebbe alla medesima risorsa – *internet* – alla quale anche il giudice può accedere autonomamente.

²² Come ribadito anche recentemente dalla S.C., i poteri istruttori officiosi nei confronti della pubblica amministrazione - e in particolare la richiesta di informazioni ex art. 213 c.p.c. - costituiscono una mera facoltà del giudice di merito e non possono essere utilizzati per supplire alle carenze istruttorie della parte, la quale, qualora ne abbia interesse, può autonomamente attivarsi per acquisire la necessaria documentazione amministrativa (v. Cass. civ., 5 agosto 2025, n. 22584; v. però Cass., 26 agosto 2025, n. 23909, secondo cui, onde determinare l'esatta misura della *compensatio lucri cum damno* in materia di danno da emotrasfusioni nel giudizio promosso avverso il Ministero della Salute, il giudice non può immotivatamente omettere di avvalersi del potere di cui all'art. 213 c.p.c., che gli consentirebbe di acquisire informazioni necessarie a tale calcolo). Il principio è di per sé consolidato, ma è intuibile come il suo ambito applicativo sia andato via via crescendo nel tempo, in corrispondenza con l'incremento (anche a seguito dell'introduzione dell'accesso civico generalizzato: v., anche per riferimenti, A. MOLITERNI, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 23 ss.) delle possibilità, per la parte, di ottenere gli stessi atti e informazioni direttamente dall'Amministrazione.

²³ G. DELLA PIETRA, *La vicinanza della prova e la «prova più prossima»*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, p. 1051.

²⁴ *Ivi*, p. 1052.

Per tali ragioni, pur restando utile – e anzi necessario – il tentativo, fin qui perseguito, di inquadrare la questione in esame entro coordinate sistematiche coerenti con i principi del processo civile, entrambi gli esempi riportati rafforzerebbero, ad avviso di chi scrive, l'idea che la pronuncia della Corte debba essere letta alla luce della mutevolezza del settore. Pertanto, al di là del giudizio positivo che sembra doversi ribadire con riferimento alla soluzione applicata all'atto specifico venuto in rilievo – la delibera della Giunta comunale –, non sembra possibile trarre conclusioni di carattere universale, dal momento che ogni evoluzione normativa, procedurale o tecnologica è destinata ad incidere, più o meno direttamente, sul suddetto equilibrio tra poteri-doveri del giudice e oneri delle parti. Compito dell'interprete resta allora quello di verificare come quel mutevole equilibrio debba, di volta in volta, tradursi nel caso concreto.

Cristina Cangiano
Dottoressa in Giurisprudenza



ANTONIO FUCCILLO

**Rito locatizio, nullità “sommersa” e attività notarile.
Vicende in tema di affitto di azienda, competenza territoriale del giudice e art. 28 legge
notarile**

Commissione Amministrativa Regionale del Lazio, Decisione del 30 ottobre 2025, prot.n. 221¹.

L'art. 447-*bis* c.p.c. introdotto dalla riforma Cartabia ha previsto l'inderogabilità della competenza territoriale per i contratti di affitto di azienda o di locazione e comodato di immobili urbani. Utilizza il termine “nullità” per le clausole derogatorie anche se la norma altro non produce che una sostituzione automatica in favore del foro “naturale” ex art. 21 c.p.c. L'espressione usata dall'art. 447-*bis* c.p.c. ha indotto alcuni Archivi notarili a fare emergere e quindi contestare ai notai la violazione dell'art. 28, comma 2 l.n. nel caso di presenza della clausola “nulla”. Tale ipotesi interpretativa suscita dubbi e critiche anche a seguito di una giurisprudenza ondivaga.

Article 447-*bis* of the Italian Code of Civil Procedure, introduced by the Cartabia reform, establishes mandatory territorial jurisdiction for business lease contracts and for contracts of lease or loan for use of urban properties. Although the provision refers to the “nullity” of derogation clauses, its actual effect is merely an automatic substitution in favor of the “natural” forum under article 21 of the Code of Civil Procedure. The terminology used in article 447-*bis* c.p.c. has prompted some Notarial Archives to single out and challenge notaries for alleged violations of article 28(2) of the Notarial Act whenever such a “null” clause is included. This interpretative stance is open to doubt and criticism, particularly in light of inconsistent case law.

Sommario: 1. Premessa; 2. Nullità ex art. 447-*bis* c.p.c. e ispezioni notarili; 3. Art. 28 l.n. e nullità: è sempre un binomio compatibile?; 4. Ispezioni notarili e nullità strumentali; 5. Limiti; 6. In conclusione.

1. Premessa

Nel quadro della riforma del processo civile, in attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206 (c.d. “Cartabia”), l'art. 447-*bis* c.p.c. prevede uno speciale rito (modellato sul rito del lavoro, con applicazione degli artt. 414 ss. c.p.c. in quanto compatibili) per le controversie in materia

¹ Commissione Amministrativa Regionale del Lazio, Decisione del 30 ottobre 2025, prot.n. 221, Pres. Cecilia De Santis, Est. Fulvio Mecenate, Difensori Avv. Matteo Macari e Vincenzo Macari.

di locazione e comodato di immobili urbani e di affitto di azienda². Al comma 2 dispone che “sono nulle le clausole di deroga alla competenza”. Tale previsione si coordina con l’art. 21 c.p.c., che radica la competenza nel luogo dove è posto l’immobile o l’azienda (criterio di prossimità, riferito al centro effettivo di collocazione e svolgimento dell’attività, e non meramente alla sede legale “formale”)³, con conseguente qualificazione della competenza territoriale come inderogabile nella materia⁴. Ne deriva che, nelle controversie nascenti dal contratto di affitto di azienda, eventuali pattuizioni che indirizzino il giudizio verso un foro

² In argomento M. G. CANELLA, *Commento all’art. 447 bis c.p.c.*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Wolters Kluwer, 2017, p. 1885 ss.; V. BERTOLDI, *Il procedimento a cognizione piena per le controversie in materia di locazione (art. 447-bis c.p.c.)*, 2012, p. 153 ss., in V. CUFFARO, F. PADOVINI (a cura di), *Locazione*, in *Codice commentato di locazione e condominio*, III, UTET; M. G. CANELLA, *Norme applicabili alle controversie in materia di locazione, di comodato e di affitto. Commento dottrinale all’art. 447 bis c.p.c.*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 1989 ss.; L. RUSSO, *Commento e formule agli artt. 409 – 447 bis c.p.c.*, in *Formulario annotato dal codice di procedura civile*, CEDAM, 2010, p. 605 ss.

³ Sul punto Cass., 15 giugno 2016, n. 12371. Medesimo orientamento si rintraccia nell’ordinanza della Corte di Cassazione, 4 giugno 2019, n. 15247, in cui la Corte giunge ad accoglimento del ricorso dichiarando la competenza in primo grado del Tribunale di Caltanissetta considerato “che con il ricorso proposto, la GIAP censura la sentenza impugnata per violazione degli artt. 447-bis e 21 c.p.c., per avere la Corte d’appello di Caltanissetta erroneamente trascurato di rilevare il valore dirimente, ai fini della decisione sulla competenza, della statuizione legislativa contenuta nell’art. 447-bis c.p.c., concernente la nullità delle clausole derogative della competenza nella materia (tra le altre) dell’affitto di azienda, rispetto alla quale trova applicazione la disciplina di cui all’art. 21 c.p.c., secondo cui la competenza territoriale sulle controversie in materia di affitto di azienda appartiene al giudice del focus rei sitae, per l’appunto coincidente con il Tribunale di Caltanissetta;”, considerando, altresì, “che, sul punto, osserva il Collegio come, ai sensi dell’art. 447-bis c.p.c., nelle materie ivi indicate (comprehensive di quella oggetto dell’odierno esame) “sono nulle le clausole di deroga alla competenza”; che, secondo la consolidata interpretazione della giurisprudenza di legittimità, tra le controversie attribuite dagli artt. 21 e 447-bis c.p.c., alla competenza territoriale inderogabile del giudice in cui si trova l’immobile sono comprese le controversie in materia di affitto di azienda, dovendo il giudice competente individuarsi con riferimento al luogo in cui è posta l’azienda del cui affitto si discute (Sez. 6 – 3, Ordinanza n. 12371 del 15/06/2016, Rv. 640298 – 01)”.

⁴ Si rinvia a Cass., ordinanza del 20 luglio 2012, n. 12742: “Nelle controversie relative a obbligazioni nascenti da contratti di locazione di immobili urbani, la competenza territoriale del giudice del luogo ove è ubicato l’immobile costituisce competenza inderogabile, ai sensi del combinato disposto dell’articolo 21 cod. proc. civ. e dell’articolo 447-bis comma 2 cod. proc. civ., nella formulazione successiva al Decreto Legislativo 19 febbraio 1998, n. 51. Le clausole contrattuali che prevedano una deroga convenzionale alla competenza territoriale per le controversie locative sono nulle e tale nullità è rilevabile d’ufficio dal giudice, anche se non eccepita dalle parti, in quanto risponde a superiori esigenze di ordine pubblico processuale non disponibili dalle parti. La regola dell’inderogabilità della competenza territoriale si ricava dal mantenimento della previsione di nullità delle clausole di deroga contenuta nell’attuale unico periodo del comma 2 dell’articolo 447-bis cod. proc. civ., nonostante la soppressione del primo periodo del comma 2 operata dal citato decreto legislativo. Il regime della specifica irrivalenza in cui si sostanzia l’incompetenza per territorio inderogabile è del tutto diverso da quello delle nullità processuali di cui all’articolo 157 cod. proc. civ., trattandosi nel caso di nullità sostanziale che affligge una clausola negoziale. Non rileva ai fini della competenza territoriale inderogabile l’eventuale comportamento contraddittorio di una delle parti, potendo tale circostanza assumere rilievo esclusivamente ai fini del regolamento delle spese processuali o dell’applicazione dell’articolo 96 cod. proc. civ. Il giudice adito in riassunzione può rilevare d’ufficio la propria incompetenza territoriale purché il rilievo avvenga nel rispetto del termine preclusivo di cui all’articolo 38 cod. proc. civ., ossia alla prima udienza. Non è precluso al tribunale il rilievo con sentenza della propria ritenuta incompetenza, nonostante la precedente pronuncia di ordinanza ai sensi dell’articolo 665 cod. proc. civ., essendo con quest’ultima di norma esclusa ogni anche solo implicita pronuncia vincolante sulla competenza in ordine al successivo giudizio a cognizione piena ed ordinaria.”

diverso (anche se costruite come *forum contractus*) sono inefficaci perché colpite da nullità testuale (espressamente comminata dall'art. 447-bis). La *ratio* di tale previsione è di impedire fenomeni di “accentramento” e *forum shopping* presso tribunali lontani dal luogo del rapporto, a tutela dell'equilibrio tra le parti e, al contempo, in una logica di migliore gestione dell'istruttoria e di razionalizzazione del contenzioso (prossimità delle prove, conoscenza del contesto territoriale).

Nel sistema processuale civilistico la competenza territoriale è di regola derogabile e il *forum contractus* è, in via ordinaria, ammissibile. Per i soli contratti sopra citati opera quindi una deroga legislativa che impone un foro “forte” (*locus* immobile/azienda) e, proprio per questo, sanziona con la nullità la pattuizione contraria ove in realtà sembra dire “inderogabilità”. Si evidenzia che ex art. 447-bis c.p.c la competenza è del giudice ove è sito l'immobile o l'azienda. Attenzione quindi alle ipotesi in cui l'immobile e l'azienda non sono identificabili nello stesso circondario. In tale circostanza, infatti, quale dei due prevale? Oppure va da sé che (e anticipo una conclusione) in tale fattispecie operi la disciplina generale e non quella speciale.

L'ambito di applicazione di tale disposizione, anche ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, deve essere circoscritto tuttavia alle sole fattispecie rientranti nella sfera dell'art. 447-bis e del foro ex art. 21, non essendo ammissibile una interpretazione estensiva delle ipotesi di nullità. Ne discende che si applica solo per contratti che riguardano affitto o locazione di immobile o affitto puro di azienda.

2. Nullità ex art. 447-bis c.p.c. e ispezioni notarili

A distanza di alcuni mesi dall'entrata in vigore della riforma “Cartabia”, in sede ispettiva, alcuni Archivi notarili hanno contestato ai notai roganti la presenza, in contratti di affitto di azienda, di clausole di deroga della competenza territoriale ritenute nulle ai sensi dell'art. 447-bis c.p.c. (in coordinamento con l'art. 21 c.p.c.). Emerge, quindi, una nullità “sommersa”, in quanto ignota ai più!

Ne è scaturito un contenzioso significativo, nel quale si registrano numerose decisioni delle competenti Commissioni/Co.Re.Di. regionali, oltre a un intervento della Corte di cassazione (Cassazione Civile, sez. II, n. 31693/2024). Proprio su tale assunto, gli Archivi notarili hanno fondato un'intensificazione dei controlli su questa tipologia di atti, assumendo che la presenza della “clausola nulla” possa sempre e comunque integrare una violazione dell'art. 28 della legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89).

La Cassazione⁵, con un'impostazione particolarmente rigorosa, ritiene che si tratti di una nullità assoluta e sia, di per sé, sufficiente a far scattare il divieto di cui all'art. 28 l.n.. Secondo questa interpretazione ogni nullità espressamente comminata dall'ordinamento soddisferebbe automaticamente il requisito dell'“atto espressamente proibito” richiesto dalla

⁵ Corte di Cassazione, Sez. II, 24 gennaio 2023 n. 2033.

legge notarile. In tale prospettiva, la mera inserzione della clausola derogatoria nulla verrebbe a costituire non solo un vizio della pattuizione, ma anche un indice immediato di non ricevibilità dell'atto ai limiti posti alla funzione notarile. In realtà la fattispecie censurata dalla Suprema Corte era più semplice perché riferita a una locazione di immobile. Molto più complesso è, invece, il discorso sugli affitti di azienda. La nullità meramente testuale dell'art. 447-bis c.p.c. produce infatti una mera sostituzione automatica di clausola, riportando la competenza al giudice naturale prevista dal medesimo Codice.

3. Art. 28 l.n. e nullità: è sempre un binomio compatibile?

È noto che l'art. 28 della l.n.⁶ è stato, nel tempo, oggetto di un'interpretazione tradizionalmente rigorosa, ma non per questo automaticamente estensibile a qualunque ipotesi di nullità. Il nostro sistema, infatti, conosce vari tipi di nullità⁷, differenziati per presupposti, funzione ed effetti:

- nullità "assolute" (in senso civilistico generale), tipicamente riconducibili all'art. 1418 c.c. (nullità per contrarietà a norme imperative, mancanza di elementi essenziali, illiceità della causa/oggetto, ecc.);
- nullità "relative" o, più propriamente, nullità parziali, riferibili alla singola clausola e dunque coerenti con il principio vitiatur sed non vitiatur, che trova espressione normativa nell'art. 1419 c.c.);
- nullità "di protezione"⁸, previste a tutela di una parte "debole" (si pensi, nel diritto dei consumatori, alle clausole vessatorie e alla disciplina del Codice del consumo, d.lgs. 206/2005, in particolare art. 36).

La dizione "espressamente proibito" contenuta nell'art. 28 l.n., per struttura e ratio, sembra riferirsi a quelle nelle quali l'ordinamento proibisce in modo inequivoco il compimento dell'atto, e non già a quelle ipotesi di nullità che rispondono ad esigenze diverse (di riequilibrio,

⁶ In merito si veda U. LA PORTA, *La responsabilità professionale del notaio*, Torino, 2003; C. DONISI, *L'art. 28: baricentro della funzione notarile*, in AA.VV., *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 2002, p. 325 ss.; F. ANGELONI, *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milano, 1999; F. GERBO, *Nullità, art. 28 della legge notarile e la responsabilità del professionista*, in *Riv. notariato*, 2003, p. 48 ss.; C. CACCAVALE, *La «nullità di protezione» delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Not.*, 2007, p. 1 ss.; R. QUADRI, *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not. e nullità c.d. di protezione*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 349 ss.; AA.VV., *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, a cura di V. TENORE, Giuffrè, 2016; G. Celeste, V. Tenore, *La responsabilità disciplinare del notaio ed il relativo procedimento*, Giuffrè, 2008.

⁷ In merito si veda U. LA PORTA, *Lezioni di diritto civile*, a cura di A. FUCCILLO, Giappichelli, 2024, pp. 163-176; AA. VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. BELLAVISTA, Giuffrè, 2011; L. CARIOTA FERRARA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, in *Studi in onore di A. Scorza Sefi*, 1940.

⁸ In merito si veda A. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1, 2017, p. 31 ss.; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.; A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 77 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contr.*, 2008, p. 732 ss.; A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. notariato*, 2, 2010, p. 285 ss.

protezione, conformazione legale del regolamento negoziale). Ciò vale, a maggior ragione, per le ipotesi – come quella delle clausole derogative della competenza nelle controversie rientranti nell'art. 447-bis c.p.c. – nelle quali la sanzione colpisce la singola clausola, determinandone la caducazione e il ripristino del criterio legale, senza incidere sull'assetto causale essenziale del contratto.

In numerosi altri casi previsti dalla legge (si pensi, ad esempio, alle ipotesi di inserzione automatica di clausole o di "correzione" eterointegrativa del regolamento contrattuale: art. 1339 c.c., e, in chiave di conservazione, art. 1419 c.c.), l'ordinamento "corregge" l'errore e ripristina la disciplina inderogabile. Tale logica si riscontra anche in materie nelle quali la patologia negoziale si concentra su profili specifici (ad esempio, talune pattuizioni su interessi o anatocismo), senza che ciò implichi, automaticamente, una qualificazione dell'atto come "espressamente proibito" ai sensi dell'art. 28 l.n.

Un esempio chiarisce meglio. Nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 42/2004), la disciplina della circolazione dei beni culturali impone la denuncia di trasferimento (c.d. *denuntiatio*) ai sensi dell'art. 59, funzionale anche al possibile esercizio della prelazione (artt. 60 ss.)⁹: l'inosservanza delle formalità è assistita da una sanzione di nullità (art. 164).

Lo scopo della norma è di indurre le parti a compiere l'adempimento informativo necessario a rendere effettiva la tutela pubblicistica (e, se del caso, a consentire l'esercizio della prelazione), non già a configurare un divieto generalizzato di rogito. In molte di queste ipotesi il termine "nullità" è, di fatto, utilizzato dal legislatore come sanzione per patologie "correggibili", che incidono solo su un segmento del rapporto negoziale. La clausola è nulla ma senza effetti negativi sul regolamento contrattuale proprio perché è sostituita dalla legge. In tali casi, è davvero convincente ritenere che tutti questi atti siano "espressamente proibiti", quando palesemente resta valido e integro il contenuto essenziale del contratto e la patologia riguarda un aspetto eventuale, accessorio o comunque suscettibile di correzione?

Dalla giurisprudenza di legittimità della Cassazione si evince quindi che il termine usato dalla legge notarile "espressamente vietato" va inteso come "inequivocabilmente vietato" (sentenza n. 11128 del 1997)¹⁰.

⁹ Sul tema si veda A. FUCILLO, *La circolazione dei beni immobili culturali ecclesiastici tra diritto "pattizio" e diritto "speciale"*, in AA.VV., *La circolazione dei beni culturali: attualità e criticità*, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, n. 2, II sole 24 ore, Milano, 2010, pp. 115-128.

¹⁰ Come sancito in Cass. 1997, n. 11128 "ove la norma imperativa non contenesse una espressa comminatoria di nullità dell'atto, la stessa dovrebbe pur ritenersi "espressa" per effetto del combinato disposto costituito da detta norma imperativa ed il primo comma dell'art. 1418 c.c., che sanziona la nullità di ogni atto contrario a norma imperativa. Ne consegue che l'avverbio espressamente, che nell'art. 28 comma n. 1 L.N. qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge" va inteso come "inequivocabilmente", per cui si riferisce a contrasti dell'atto con la legge, che risultano in termini inequivoci, anche se la sanzione di nullità deriva attraverso la disposizione generale di cui all'art. 1418 c.c., per effetto di un consolidato orientamento interpretativo dottrinale, nonché in virtù di un consolidato indirizzo giurisprudenziale." Seguono Cass. 2008, n. 3526; Cass. 2011, n. 5913; Cass. 2013, n. 25408; Cass. 2023, n. 2033.

4. Ispezioni notarili e nullità strumentali

L'art. 129 l.n. attribuisce al Capo dell'Archivio notarile rilevanti poteri ispettivi sugli atti, registri e repertori dei notai, nel quadro dei controlli periodici e delle verifiche di regolarità formale della funzione. A tali poteri si affianca, poi, la previsione dell'art. 153, comma 1, lett. c), l.n., che riconosce al Capo dell'Archivio notarile – nei limiti delle infrazioni rilevate durante le ispezioni e gli altri controlli demandati dalla legge – un ruolo nell'iniziativa del procedimento disciplinare.

Ciò posto, occorre interrogarsi se, e fino a che punto, il Capo dell'Archivio possa procedere a una valutazione interpretativa delle clausole contenute in un contratto, giungendo ad affermare la violazione dell'art. 28 l.n. anche in presenza di una obiettiva incertezza ermeneutica, e soprattutto quando la patologia denunciata risulti circoscritta alla singola clausola, secondo la logica del *vitiatur sed non vitiat*, senza intaccare la validità complessiva dell'assetto negoziale. Ci si deve chiedere se è quindi possibile contestare la violazione ex art. 28 l.n. in un atto ricevibile perché non espressamente vietato ove il regolamento degli interessi sortisce comunque i propri effetti, senza che ciò comporti difetti causali né patologie funzionali.

Anche in questo caso un esempio può aiutare. Com'è noto, la disciplina delle menzioni urbanistiche (oggi art. 46 d.P.R. 380/2001, e, per il passato, artt. 17 e 40 l. 47/1985) prevede la nullità degli atti traslativi ad effetti reali quando manchino gli estremi del titolo abilitativo. La Corte di cassazione, in linea con la dottrina prevalente, ha tuttavia costantemente ritenuto che si tratta di una nullità riconducibile a una condizione di inefficacia del negozio, destinata a permanere sino a quando l'atto non venga emendato, mediante l'integrazione dei dati mancanti (c.d. atto di conferma) ovvero attraverso la rimozione dal contenuto negoziale delle porzioni non commerciabili. In tema di nullità edilizie, pertanto, si è concordi nel ritenere che il trasferimento di un immobile totalmente abusivo integri gli estremi dell'art. 28 l.n., in ragione della palese illiceità dell'oggetto del contratto, risultando quindi espressamente vietato rogare siffatti atti. Al contrario, non integra gli estremi dell'art. 28 l.n. la mera assenza o incompletezza delle menzioni urbanistiche, pur se sanzionata con nullità (Cassazione civile, SS.UU., sentenza del 22 marzo 2019, n. 8230). Alcune "nullità" sono infatti strumentali al ripristino automatico delle condizioni di legge.

Nel caso che ci occupa, ne consegue che non è immediatamente richiamabile l'art. 28 l.n. con riferimento al contratto di affitto di azienda che contenga una clausola di deroga della competenza territoriale poiché l'ordinamento reagisce mediante il ripristino del criterio legale di competenza, senza produrre effetti caducatori sull'efficacia e sulla liceità complessiva del contratto. Non va infatti dimenticato che l'art. 28, comma 2 l.n. va letto in sequenza al comma 1 che prevede l'obbligatorietà del ministero notarile. È bene infatti ricordare inoltre che si tratta della violazione massima che un notaio può commettere, ed è perciò che il legislatore

ne ha volutamente limitato la portata. L'art. 28 deve infatti comportare il dovere di astensione e di rifiuto della prestazione professionale.

5. Limiti

La recente giurisprudenza della Co.Re.Di. Lazio (v. Commissione Amministrativa Regionale di Disciplina del Lazio, Decisione del 30 ottobre 2025, prot.n. 221) in materia ha assunto una posizione particolarmente significativa, chiarendo che trattandosi di una nullità speciale è necessario preliminarmente verificare se l'atto sottoposto a controllo sia effettivamente riconducibile "esattamente" al tipo dell'affitto di azienda cui l'art. 447-*bis* c.p.c. In tale senso, la Co.Re.Di. sottolinea che le norme dell'art. 447-*bis* c.p.c. "afferiscono a tipi contrattuali ben precisi" e che, qualora si esca dagli "schemi causali" tipici, il divieto (e dunque la nullità della clausola derogatoria) risulta inapplicabile. La ragione è espressa in termini sistematici: a fronte della regola generale secondo cui "la competenza per territorio può essere derogata dalle parti" (art. 28 c.p.c.), l'art. 447-*bis* introduce un'eccezione per il "tipo" affitto di azienda, e, in quanto norma eccezionale, non può essere applicata oltre i casi considerati (art. 14 disp. prel. c.c.). Va peraltro ricordato che non esiste uno schema tipico di affitto di azienda che si possa assumere come paradigma (l'art. 2562 c.c. che è una mera norma di rinvio).

Da questa premessa discende un corollario di rilievo pratico: la "nullità speciale" in questione sarebbe predicabile soltanto nei confronti dei contratti di affitto di azienda c.d. puri (cioè a causa pura, né mista né composta), mentre non opererebbe nei numerosi casi in cui l'operazione presenti una causa concreta complessa o un collegamento con altre pattuizioni tali da produrre una metamorfosi causale. La Co.Re.Di., infatti, precisa che l'intitolazione dell'atto (il *nomen iuris*) non è decisiva e che occorre coglierne il "significato negoziale" alla luce dei criteri di ermeneutica contrattuale. Nel caso esaminato, la presenza di clausole che prevedevano meccanismi premiali e compensativi connessi all'avviamento e all'investimento (premi in caso di rilascio o vendita dell'azienda, riconoscimenti economici per incremento dell'avviamento, rimborsi per migliorie, ecc.) rendevano lo schema negoziale non riconducibile al mero godimento oneroso temporaneo dell'azienda (elemento causale tipico dell'affitto), ma delineava piuttosto una reciproca collaborazione e una cointeressenza nella valorizzazione dell'impresa, con tratti accostabili a una collaborazione atipica o a forme di "partecipazione" agli esiti dell'operazione. Va poi segnalato che spesso ai contratti di affitto ineriscono contratti di somministrazione, di locazione e di *franchising*.

Tale impostazione limita fortemente la "virulenza" della clausola de qua, poiché è ben noto che l'affitto di azienda c.d. puro è, nella prassi, evenienza rara: l'operazione è frequentemente intrecciata con pattuizioni ulteriori (servizi, somministrazioni, investimenti, disciplina dell'avviamento, regolazioni compensative), che possono incidere sulla qualificazione della causa concreta. Dal pronunciamento testé citato emerge inoltre un passaggio di particolare interesse (in chiave di art. 28 l.n.) che può essere colto come un *obiter dictum* sistematico:

l'incertezza interpretativa circa la sussunzione dell'atto nel "tipo" e la conseguente applicazione residuale della nullità non sembrano compatibili con l'idea che si sia al cospetto di un negozio "espressamente proibito" in senso proprio. In altri termini, se l'operatività del divieto ex art. 447-*bis* è subordinata a una verifica tipologica non automatica e, in ipotesi, esclusa proprio perché l'assetto negoziale è atipico o complesso, risulta difficilmente sostenibile che la mera presenza della clausola derogatoria trasformi l'intero negozio in un contratto non stipulabile (e dunque "da rifiutare" dal notaio ai sensi dell'art. 28 l.n.). È quindi soltanto dinanzi a un contratto inequivocabilmente vietato dalla legge (nel significato rigoroso che la stessa giurisprudenza di legittimità richiede per l'operatività dell'art. 28 l.n.) che il Conservatore, in sede ispettiva, può coerentemente contestare la violazione della norma notarile. Negli altri casi, i vizi eventuali e le patologie "residuali" del regolamento rimangono, in linea di principio, nell'orbita di disponibilità delle parti e degli strumenti ordinari dell'ordinamento. Il paradosso della fattispecie oggetto del presente lavoro è, dunque, quello di trovarsi dinanzi a un contratto lecito, valido ed efficace, che dispiega i propri effetti negoziali, rispetto al quale – nondimeno – si prospetta per il notaio rogante il rischio di un giudizio disciplinare ex art. 28 l.n.

6. In conclusione

Il rilievo di tale clausola nei contratti di affitto di azienda in sede di ispezione notarile è stato, con ogni evidenza, sollecitato ai Conservatori a seguito della diffusione della già citata sentenza della Cassazione, intervenuta peraltro ben oltre l'entrata in vigore della riforma Cartabia.

Per quanto sin qui delineato, appare evidente la marginalità della fattispecie, nonché la sua distanza da contenuti negoziali idonei a integrare gli estremi dell'"espressamente proibito" richiesti dalla Suprema Corte affinché possa configurarsi la responsabilità disciplinare ex art. 28 l.n. Occorre, dunque, che a tale vicenda venga restituita la sua reale dimensione. Non si tratta, in alcun modo, di contratti espressamente vietati in tutti i casi in cui operi una sostituzione automatica della clausola, ovvero sia possibile una correzione mediante successivi atti di rettifica o di conferma. Il contratto conserva infatti la propria validità ed efficacia e, proprio per questo, non può dirsi "espressamente proibito".

La pronuncia ultima della Co.re.Di. Lazio sembra dire esattamente che all'organo ispettivo non compete una valutazione del merito dell'atto incriminato ai fini dell'esercizio dell'azione disciplinare¹¹, in quanto la sola incertezza determina di per sé l'esclusione della violazione ex art. 28 l.n. Ai fini di tale azione è infatti assolutamente necessario che la contestazione riguardi

¹¹ Sul procedimento disciplinare notarile si veda G. SICCHIERO, M.D. STIVANELLO GUSSONI, *Il procedimento disciplinare notarile. Aspetti sostanziali e processuali*, UTET, 2017.

un negozio espressamente proibito e che sia qualificabile come tale al di là di ogni ragionevole dubbio interpretativo, cioè, per usare le parole della S.C. “inequivocabilmente”.

Antonio Fuccillo

Ordinario dell’Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

INDICE

Saggi

CLAUDIO DE FALCO

*L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL PROCESSO CIVILE: LO STATO DELL'ARTE E LE PROSPETTIVE FUTURE.....*76

GIUSEPPE MANCINO

*L'EVOLUZIONE DELL'ART. 614-BIS C.P.C. NEL SEGNO DELL'EFFETTIVITÀ TRA COAZIONE GIUDIZIALE E
GARANZIA.....*255

ANTONIO FUCCILLO

*RITO LOCATIZIO, NULLITÀ "SOMMERSA" E ATTIVITÀ NOTARILE. VICENDE IN TEMA DI AFFITTO DI AZIENDA,
COMPETENZA TERRITORIALE DEL GIUDICE E ART. 28 LEGGE NOTARILE.....*315

Note a sentenza

RAIMONDO FABRICATORE

*"ERA GIÀ TUTTO PREVISTO": LA CASSAZIONE CONFERMA (ANCORA UNA VOLTA) LA NATURA LIMITATA DELLA NUOVA
REVOCAZIONE.....*280

CRISTINA CANGIANO

*SULLA NON COINCIDENZA TRA PUBBLICITÀ LEGALE E CONOSCENZA PROCESSUALMENTE RILEVANTE
DELL'ATTO.....*304

Speciale Atti del convegno di Napoli, 6 febbraio 2026:
“ELI/UNIDROIT Model Rules e processo civile italiano: quali prospettive?”

FRANCESCO CAPASSO

SULLA COMPATIBILITÀ DELLA DISCIPLINA ITALIANA DELLE SPESE PROCESSUALI CON LE MODEL EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE86

VALENTINA CAPASSO

METODO E MERITO DELLA DISCIPLINA DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA NELLE ELI/UNIDROIT MODEL RULES OF CIVIL PROCEDURE113

MARCELLO STELLA

REGOLE MODELLO EUROPEE DI PROCEDURA CIVILE E ARBITRATO, DOGMI E SINERGIE130

GUIDOMARIA DE CESARE

APPUNTI SULLA TUTELA CAUTELARE NEL SISTEMA DELLE MODEL EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE.....154

FILIPPO NOCETO

ATTI DIFENSIVI NELLE MODEL EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE. STRUTTURA E FUNZIONE198

DAVIDE CASTAGNO

IL CASE MANAGEMENT GIUDIZIALE NELLE ELI-UNIDROIT MODEL RULES TRA COOPERAZIONE, PROPORZIONALITÀ E METODI (NON PIÙ) ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE: VERSO UNA RIFORMA DI PRINCIPI?227

PASQUALE MAZZA

LA TUTELA COLLETTIVA DEI DIRITTI SECONDO LE ELI/UNIDROIT MODEL RULES.....241

Speciale Atti del convegno di Napoli, 20 dicembre 2024:
"Un processo civile artificialmente intelligente. Attualità, limiti, prospettive"

FABRIZIO DE VITA

<i>LA DELEGA ALLA MACCHINA DELLE ATTIVITÀ PROCESSUALI BINARIE</i>	<i>39</i>
---	-----------

Speciale Riforma

MARCO PAPALEO

<i>IL PROCEDIMENTO DI DEFINIZIONE ACCELERATA DEI RICORSI PER CASSAZIONE EX ART. 380-BIS C.P.C.: INCOMPATIBILITÀ DELL'AUTORE DELLA PROPOSTA A PARTECIPARE AL COLLEGIO GIUDICANTE E IUS SUPERVENIENS..</i>	<i>1</i>
--	----------

MARTA AZZINI

<i>I PROVVEDIMENTI INTERINALI NEL PROCEDIMENTO IN MATERIA DI PERSONE, MINORENNI E FAMIGLIE</i>	<i>14</i>
--	-----------

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.