



Dipartimento di GIURISPRUDENZA
Cattedra di DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

IL GIUSTO PROCESSO CIVILE

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Andrea Panzarola

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Bruno Capponi

CANDIDATO

Roberto Spirito

Matr. 141923

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
-------------------	---

CAPITOLO I - L'EVOLUZIONE DEL GIUSTO PROCESSO NEL QUADRO NORMATIVO SOVRANAZIONALE ED INTERNO

1. LE ORIGINI DEL GIUSTO PROCESSO	8
1.1 <i>La lex communis</i>	8
1.2 <i>L'Ordo iudiciarius</i>	9
1.3 <i>Il iudicium e l'ordine isonomico nell'età di mezzo</i>	12
1.4 <i>Il processus e l'ordine asimmetrico nell'età moderna</i>	14
1.5 <i>La tradizione giuridica del common law</i>	18
1.6 <i>La Magna Charta Libertatum</i>	21
2. IL «DUE PROCESS OF LAW» NEI SISTEMI GIURIDICI DI COMMON LAW	23
2.1 <i>La Costituzione degli Stati Uniti d'America ed «il Bill of Rights»</i>	23
2.2 <i>Il «due process of law» nel V e XIV emendamento</i>	24
2.3 <i>Il «fair trial»</i>	25
2.4 <i>Il «Substantive due process»</i>	26
2.5 <i>Lo «stare decisis», il «distinguisching» e «l'overruling»</i>	28
2.6 <i>Brevi cenni sulle differenze tra U.S.A. e Regno Unito nell'applicazione del principio del «due process of law».</i>	29
3. L'EQUO PROCESSO NELLE FONTI INTERNAZIONALI E COMUNITARIE	31
3.1 <i>Gli artt. 8 e 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo</i>	31
3.2 <i>L'art. 6 CEDU</i>	32
3.3 <i>L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea</i>	36
4. IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DEL GIUSTO PROCESSO: L'ART. 111 COST.	41
4.1 <i>L'antecedente storico, politico e giudiziario</i>	41
4.2 <i>I lavori preparatori</i>	43
4.3 <i>Il giusto processo nella giurisprudenza di legittimità antecedente alla riforma</i>	46
4.4 <i>I sintagmi del giusto processo</i>	49
4.5 <i>Il giusto processo regolato dalla legge</i>	50
4.6 <i>Il contraddittorio tra le parti, «in condizioni di parità»</i>	55
4.7 <i>Terzietà ed imparzialità del giudice</i>	60
4.8 <i>Ragionevole durata del processo</i>	64

CAPITOLO II - IL GIUSTO PROCESSO NEI TRE GRADI DI GIUDIZIO

1. L'ART. 183, COMMA 4, ULTIMA PARTE, C.P.C.	69
1.1 Premessa.....	69
1.2 Il potere officioso del giudice.....	70
1.3 Le questioni di fatto, le questioni di diritto e le questioni miste.....	72
1.4 Le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito	76
1.5 Le eccezioni rilevabili d'ufficio	78
2. L'ART. 101, COMMA 2, C.P.C.	83
2.1 Premessa.....	83
2.2 I precedenti giurisprudenziali.....	85
2.3 Il dibattito sulla portata applicativa dell'art. 101, comma 2, c.p.c.	88
2.4 La violazione dell'obbligo giudiziale sollevata in appello ed in cassazione	90
3. L'ART. 384, COMMA 3, C.P.C.	93
3.1 Premessa.....	93
3.2. La portata della norma secondo la giurisprudenza di legittimità e la dottrina	93
4. GLI ARTT. 348-BIS E 348-TER C.P.C.....	96
4.1 Premessa.....	96
4.2 L'ambito di applicazione dell'art. 348-bis c.p.c.	99
4.3 L'udienza-filtro	100
4.4 La «non ragionevole probabilità» di accoglimento dell'appello.....	102
4.5 L'impugnazione.....	104
5. L'ART. 360-BIS C.P.C.....	107
5.1 Premessa.....	107
5.2 L'art. 360- bis, n.1 c.p.c.....	110
5.3 L'art.360-bis, n. 2 c.p.c.	113
6. IL GIUDICATO IMPLICITO	118
6.1 Premessa.....	118
6.2 L'ordine dell'esame tra le questioni di rito e le questioni di merito.....	120
6.3 Il giudicato implicito sulle questioni pregiudiziali di rito.....	122
6.4 Il giudicato implicito sulle questioni di merito	127

CAPITOLO III - ISTITUTI APPLICATIVI DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCESSO

1. OVERRULING	130
1.1 Premessa	130
1.2 Il dibattito sulla tutela dell'affidamento all'indomani della sentenza Cass., SS.UU., 9 settembre 2010 n. 19246	131
1.3 L'ordinanza interlocutoria Cassazione Civile 17 giugno 2010 n. 14627	134
1.4 La sentenza della Cassazione Civile Sezioni Unite del 11 luglio del 2011 n.15144	136
1.5 I presupposti dell'overruling processuale nell'evoluzione giurisprudenziale	140
1.6 Casistica.....	146
2. IL FRAZIONAMENTO DEL CREDITO.....	152
2.1 Premessa.....	152
2.2 La sentenza Cass., SS.UU., n. 108/2000	153
2.3 La sentenza Cass. SS.UU. n. 23726/2007	154
2.4 La sentenza Cass. SS.UU. n. 4090/2017	156
2.5 Le critiche della dottrina	157
2.6 Le sanzioni per violazione della deontologia.....	160
2.7 Casistica.....	162
3. L'EQUA RIPARAZIONE PER IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO	168
3.1 L'inquadramento normativo.....	168
3.2 Il diritto all'equa riparazione dopo la Legge n. 208/2015	170
3.3 Casistica.....	183
CONCLUSIONI.....	188
BIBLIOGRAFIA.....	192

INTRODUZIONE

La Legge Costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999 ha modificato l'art. 111 della nostra Carta Costituzionale introducendo nei primi due commi il principio del giusto processo, enunciando una serie di garanzie applicabili a tutti i processi, nonché altri tre commi, che sono dedicati al processo penale (non oggetto della presente trattazione).

Il primo comma dell'art. 111 Cost. afferma che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

Il secondo comma, dispone che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità», sancisce il principio di «terzietà ed imparzialità del giudice» e fissa la perentoria ed imperativa enunciazione che di ogni processo «la legge ne assicura la ragionevole durata».

Il principio del giusto processo, già rinvenibile ancor prima, implicitamente nella nostra Costituzione e riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale in numerose sentenze, ha ricevuto una definitiva consacrazione, con la modifica dell'art. 111 Cost., con rilevanti risvolti in termini sistematici nel nostro ordinamento, così da assurgere a riforma dal contenuto fortemente innovativo.

L'introduzione del principio nella nostra Carta costituzionale, è stata attuata, anche con una certa sollecitudine dal momento in cui se ne è sentita l'urgenza, in seguito a vicende, dai risvolti sociali, politici e giudiziari, che ne hanno accelerato l'adozione.

L'Italia, agli inizi degli anni Novanta, era stata scossa dalle vicende politiche, culminate con il noto filone di processi giudiziari denominato «tangentopoli», che aveva provocato la fine della c.d. «Prima Repubblica».

Ed ancora lo scontro frontale tra lo Stato e la mafia, aveva portato alla reazione dell'associazione criminale, giunto al suo apice con l'attentato mortale in danno dei giudici Giovanni Falcone e Paolo Borsellino.

La Corte Costituzionale, pur motivata da urgenti allarmi, nel ribaltare ripetutamente i principi del modello accusatorio del processo penale, in favore di profili evocatori del processo inquisitorio, volutamente abbandonati dal Legislatore con la riforma Vassalli del 1988, aveva, come da più parti osservato, travalicato l'argine dei suoi poteri, così sconfinando nelle attribuzioni proprie del Parlamento.

Fu con la sentenza della Corte costituzionale n. 361 del 1998 che, con decisione, si mossero a lunghe falcate i passi (già prima, invero, percorsi con l'istituzione della Bicamerale, ma senza esito), verso la consacrazione del principio del giusto processo nella Carta costituzionale.

È interessante osservare che l'esigenza politica di formalizzazione del principio del giusto processo, segue un filo invisibile, che parte dalla *Magna Charta Libertatum* (e forse ancor prima dallo *ius commune*), per passare (per grandi linee), alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 (da cui discendono i riconoscimenti comunitari), per arrivare nel nostro ordinamento, con la riforma del 1999 dell'art. 111 Cost.

Procedendo a ritroso, a ben vedere, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 è stata adottata all'indomani della Seconda guerra mondiale ed ha assunto le vesti di un proclama, con lo scopo di fissare un principio inscalfibile, come reazione alla devastante esperienza della guerra e contrarietà ai regimi totalitari nazi-fascisti.

Tanto più si osserva che, il blocco anglo-americano, uscito vincitore dalla Seconda guerra mondiale, ha ben potuto incidere politicamente, ai fini dell'introduzione nella Dichiarazione, di un principio già consolidato nella tradizione giuridica del *common law*. Ancora una volta il principio del giusto processo ha trovato la sua dirompente affermazione, all'indomani di vicende che hanno fortemente inciso sugli equilibri sociali ed in virtù di un orientamento politico, fortemente motivato a far valere i valori di etica nel processo, contro i rischi di un avversato assolutismo.

Può affermarsi che l'esame delle vicende che hanno portato alla scrittura della *Magna Charta*, conducono anch'esse, per sommi capi, a similari osservazioni.

La *Magna Charta Libertatum* fu sottoscritta da Re Giovanni d'Inghilterra, su pressione dei baroni e della stessa Chiesa, dopo che il Re, indebolito dalle sconfitte in terra di Normandia, aveva cercato di usare la leva giudiziaria, tramite il *writ praecipere quod reddat*, per accentrare, con la forza, la giurisdizione, anche sottraendo, in modo insostenibile, risorse alle autorità periferiche.

Ancora una volta, o meglio, per la prima volta, si affaccia in un documento dal contenuto giuridico, il principio del giusto processo (invero il termine fu adoperato, ben dopo e cioè nel 1354).

L'esigenza di un processo giusto, prorompe come anelito di equità e giustizia, nascendo da un dissidio sociale, giunto al suo culmine ed all'esito di un braccio di ferro dai connotati politici.

Questa traccia, che unisce l'affermazione del principio del giusto processo, nelle diverse epoche ed in diversi modi, conduce alla riflessione su quale possa essere la dirompente forza del processo e delle sue regole, tanto che su questa leva, nei momenti più critici, la società e la politica hanno ritenuto utile dover spingere, per ribaltare gli esiti di una possibile deriva assolutista.

L'indagine storica, consente di individuare la radice degli accadimenti e comprendere, perché il Maestro Nicola Picardi affermava che il processo non è un procedimento.

E l'approccio, *in primis* storico, al tema oggetto d'indagine, mi ha permesso di cogliere il senso delle parole che compaiono nella presentazione degli scritti in onore di Nicola Picardi¹, in cui si mette in luce «la saggezza di fondo di un giurista che ha sempre filtrato le soluzioni tecniche attraverso la sua sensibilità di storico».

Così, nel primo capitolo, è stato sviluppato il tema del giusto processo, partendo dall'evoluzione storica, per arrivare all'introduzione del principio nell'art. 111 Cost.

Si è trattato anche dell'art. 6 Cedu, disposizione posta a consacrare a livello europeo i principi fondanti del diritto processuale e si è fatto riferimento alla Carta di Nizza, approvata a dicembre del 2000, la quale si è proposta di riassumere e ricomprendere i principi e valori già presenti nel patrimonio culturale, sociale e giuridico della Comunità europea, tra i quali vi è il principio del giusto processo.

Nel secondo capitolo è stato esplorato il giusto processo tra le norme codicistiche che ne sono maggiormente espressione e che appaiono congiunte da una ragione comune.

Il potere del giudice di sollevare questioni *ex officio*, impone il contraddittorio *ex art.* 183 comma 4, ultima parte, c.p.c. ed in continuità di intenti, il sopraggiunto art. 384, comma 3, c.p.c. è divenuto, poi, applicazione del principio consacrato «in senso forte» nell'art. 101, comma 2, c.p.c.

L'effettiva attuazione del giusto processo, riconoscibile nel divieto della sentenza «a sorpresa», cede ancora il passo al giudicato «invisibile», malcelato dietro il termine «implicito», con il pretesto della ragionevole durata del processo.

¹ A. BRIGUGLIO, R. MARTINO, A. PANZAROLA e B. SASSANI, *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016, p. 1 ss.

Questa forma di giudicato non scritto è in accordo con la tendenza a deresponsabilizzare l'organo giudicante, rinvenibile nei rimedi, non proprio felici, che il legislatore ha adottato per velocizzare la giustizia.

Il filtro d'appello e di cassazione, nascondono, difatti, pronunce d'infondatezza del gravame, dietro la maschera dell'inammissibilità, tra l'altro, con riferimento all'ordinanza *ex art. 348-bis c.p.c.*, neanche direttamente censurabile.

Nel terzo ed ultimo capitolo sono stati approfonditi gli istituti maggiormente rilevanti, ancorati al principio del giusto processo, i quali sia per via normativa, che per riconoscimento giurisprudenziale, hanno trovato ingresso nel diritto processuale civile.

L'*overruling*, istituto di origine anglo-americana, recepito, entro limiti affinati nel tempo dalle pronunce della Corte Suprema, ed il divieto di frazionamento del credito, criticato dalla dottrina, nel suo fondamento ed anche perché non ritenuto espressione del giusto processo, sono originati dall'evoluzione giurisprudenziale di legittimità.

Mentre l'equa riparazione per irragionevole durata del processo è istituto attuativo del giusto processo, di previsione legislativa (L. 24 marzo 2001 n. 89).

Per ciascuno di questi istituti è stata integrata la trattazione, con casistica esemplificativa della concreta adozione dei principi del giusto processo.

L'esame complessivo delle norme codicistiche maggiormente significative in tema di giusto processo e degli istituti che ne hanno dato attuazione, restituiscono, invero, un'immagine in chiaroscuro.

Da quando, infatti, il giusto processo è stato, di fatto, recepito, ben prima della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., tanti sono stati i passi compiuti per la sua concreta attuazione, ma di certo, a buon ragione, si può dire che la strada ad oggi non è stata ancora integralmente percorsa.

A tal proposito si ricordano le parole del Maestro Picardi che ha sostenuto che: «compito del giudice, ed in genere degli operatori giudiziari è, in effetti, quello di privilegiare, fra le diverse interpretazioni possibili di una norma, quella che - nel bilanciamento tra diversi valori costituzionali, applicando cioè il canone della proporzionalità - sia più idonea a dare attuazione al principio del giusto processo»².

² N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2019, p. 254.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DEL GIUSTO PROCESSO

NEL QUADRO NORMATIVO

SOVRANAZIONALE ED INTERNO

SOMMARIO: 1. Le origini del giusto processo. – 1.1 La *lex communis*. – 1.2 L'*Ordo iudiciarius*. – 1.3 Il *iudicium* e l'ordine isonomico nell'età di mezzo. – 1.4 Il *processus* e l'ordine asimmetrico nell'età moderna. – 1.5 La tradizione giuridica del *common law*. – 1.6 La *Magna Charta Libertatum*. – 2. Il *due process of law* nei sistemi giuridici di *common law*. – 2.1 La Costituzione degli Stati Uniti d'America ed «*il Bill of Rights*». – 2.2 Il *due process of law* nel V e XIV emendamento. – 2.3 Il *fair trial*. – 2.4 Il *substantive due process*. – 2.5 Lo *stare decisis*, il *distinguishing*, l'*overruling*. – 2.6 Brevi cenni sulle differenze tra U.S.A. e Regno Unito nell'applicazione del principio del *due process of law*. – 3. L'equo processo nelle fonti internazionali e comunitarie. – 3.1 Gli artt. 8 e 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. – 3.2 L'art. 6 CEDU. – 3.3 L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. – 4. Il fondamento costituzionale del giusto processo: l'art. 111 Cost. – 4.1 L'antecedente storico, politico e giudiziario. – 4.2 I lavori preparatori. – 4.3 Il giusto processo nella giurisprudenza di legittimità antecedente alla riforma. – 4.4 I sintagmi del giusto processo. – Segue: Il giusto processo «regolato dalla legge». – Il contraddittorio tra le parti, «in condizione di parità». – Terzietà ed imparzialità del giudice. – Ragionevole durata del processo.

1. Le origini del giusto processo

1.1 La *lex communis*

Il *Sacrum Imperium*, che prese vita nella notte di Natale dell'anno 800 d.c., con l'incoronazione di Carlo Magno, avvenuta a Roma per mano di Leone III, rappresentava la formale ed unitaria struttura politica di gran parte dell'Europa.

Nasceva un rinnovato Impero d'Occidente, quale ideale continuazione del glorioso ordinamento di Roma, sotto il dominio di un potentissimo imperatore barbarico ed il magistero unitario della Chiesa di Roma.

Un impero non solo sterminato, ma anche, quel che più conta, straordinariamente unito. L'egida del cristianesimo fu il collante non solo religioso, ma anche culturale, che consentì all'ultimo dei Carolingi di realizzare il suo avveniristico progetto politico: un nuovo Sacro Romano Impero³.

³ G. GRANZOTTO, *Carlo Magno*, Milano, 1978, p. 78 ss.

Il ricordo di Roma e della sua potenza, la sopravvissuta tradizione latino-cristiana che la Roma *domina mundi* non sarebbe tramontata, se non con la fine dell'umanità stessa, erano il cemento culturale del nuovo Impero.

Impero che comprendeva gran parte dell'Europa di oggi, con esclusione, oltre che di parte della penisola iberica e dei paesi scandinavi, anche dei piccoli regni anglosassoni.

La concezione etico-politica del *Sacrum Imperium* (così territorialmente individuato), con i suoi caratteri di universalismo, non poteva non trovare espressione di unità anche nel mondo del diritto.

Unità, dunque, che si traduceva, anche, in una *lex communis*, per tutti i popoli che l'Impero comprendeva (*unum Imperium, unum ius*⁴).

È indubbio, però, che il concetto di universalismo dell'unità del diritto, pur affondando le sue radici nell'alto Medioevo, nel contesto dell'Impero Carolingio, troverà la sua piena elaborazione con il "rinascimento giuridico" italiano del XXII secolo, con la nascita della scuola di diritto a Bologna.

La scuola di Bologna si fondava sulla riscoperta dotta dei testi giustinianeî, rielaborati come ufficiale diritto vigente, ritenuto unico ad avere una superiore legittimazione ad essere *communis lex* dell'impero (divenuto Romano-Germanico), costruendo una teoria delle fonti dell'ordinamento giuridico nel quale il diritto romano era, appunto, legge comune che sovrastava i diritti particolari dei vari popoli.

1.2 L'Ordo iudiciarius

A tale contesto storico Medioevale risalgono i trattati di argomento processuale, denominati *Ordines iudicarii* (titolo a volte originario, a volte dato dai moderni per analogia), usciti dalla scuola dei glossatori, che attingevano i principi fondamentali dal diritto romano e canonico.

Nel secolo XII-XIII è possibile, dunque, individuare il vero punto di partenza della processualistica e nell'*ordo iudiciarius* la comune origine degli attuali modelli processuali propri dei sistemi giuridici di civil law e di common law ⁵.

⁴ A. CAVANNA, *Storia del Diritto Medioevale e Moderno*, Milano, 1982, p. 121 ss.

⁵ L'*ordo iudiciarius* può considerarsi la comune origine dei modelli processuali dei sistemi di *civil law* e di quelli di *common law*, essendo diffuso, in epoca medioevale, sia nell'Europa continentale, sia in Inghilterra

Benché non si possa parlare di vera e propria legislazione processuale, gli *ordines iudicarii* possono considerarsi un modello di ordinamento processuale, che erano diffusi, durante il Medioevo, in tutto il continente europeo e si collocavano nel sistema delle fonti del diritto, quali frutto di interpretazioni dottorali⁶.

Gli *ordines iudicarii* non erano caratterizzati da una disciplina uniforme del processo, ma, comunque, erano tutti contraddistinti da una comune suddivisione dell'*iter* processuale.

La fase preparatoria e quella giudiziale erano separate dall'atto di contestazione della lite⁷.

La *litis contestatio* rappresentava uno degli elementi più caratterizzanti della procedura e segnava il passaggio dalla fase preparatoria del giudizio, il cui svolgimento era affidato principalmente alle parti, alla fase del giudizio vero e proprio, nella quale il ruolo principale era attribuito al giudice.

La configurazione del processo in fasi separate, ciascuna delle quali destinata allo svolgimento di particolari attività e alla realizzazione di un autonomo scopo⁸ e, in particolare, la distinzione tra la fase preparatoria e la fase giudiziale, riflettevano la logica selettiva propria dell'*ordo*, secondo la quale, la distinzione tra «fatto» e «diritto» era chiara e definita.

Tale logica selettiva incideva anche sul ruolo assegnato ai soggetti del processo (giudice e parti) nelle diverse fasi: nella fase preliminare, destinata alla fissazione degli elementi di fatto della controversia, il ruolo attivo era attribuito alle parti, alle quali era assegnato il compito di porre in essere una serie di attività processuali:

- proposizione del libello introduttivo;
- formulazione delle *interrogationes/positiones*;
- formulazione delle *exceptiones*.

(«Dans le Moyen Âge l'*ordo iudiciarius* a été construit comme une procédure commune à toute l'Europe, y comprise l'Angleterre », A. GIULIANI, *Le rôle du «fait» dans la controverse (à propos du binôme «réthorique-procédure judiciaire»*), in *Archives du Philosophie du Droit*, 1995, p. 231).

⁶ Per la semplice ragione che il primato della legislazione e l'accentramento nel sovrano-legislatore del potere di stabilire le regole di svolgimento dei giudizi si sarebbero affermati molto più tardi, cioè, sul finire del secolo XVIII (A. GIULIANI E N. PICARDI, *Introduzione a Code Louis T. 1 Ordonnance Civile, 1667*, Milano, 1996, p. IX, ss.; ID. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 105 ss.).

⁷ Il modello originario di processo strutturato secondo la bipartizione tra *fase in iure* e *fase in iudicio*, tra loro divise dall'atto formale di contestazione della lite è in realtà proprio del processo civile del diritto romano classico, sia nella forma del processo per *legis actiones*, sia in quella del processo formulare (in argomento, E. BETTI, *Processo civile (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, p. 1099 ss.).

⁸ Sull'autonomia della fase preliminare rispetto a quella del giudizio, A.O. COMEZ, *L'Ordo iudiciarius in Ivo di Chartres*, in *L'Educazione Giuridica*, a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, vol. II, Tomo II, Napoli, 1994, p. 61.

Nella fase giudiziale vera e propria, invece, il ruolo predominante veniva assolto dal giudice, il quale gestiva la fase istruttoria e decideva la causa con sentenza definitiva, mentre alle parti era consentita solo un'attività argomentativa, che si estrinsecava essenzialmente nella discussione (giuridica) della causa davanti al giudice, in ordine alla rilevanza giuridica dei fatti che risultavano essere stati provati.

Insomma, alle parti il fatto, al giudice il diritto «*da mihi factum, dabo tibi jus*».

Il ribaltamento dei ruoli del giudice e delle parti, nella fase preliminare e nella fase giudiziale, costituiva, altresì, espressione di un altro principio proprio dell'*ordo iudiciarius*.

Si tratta del principio di divisione della conoscenza, in virtù del quale si riteneva che la ricerca della verità non fosse attribuita in via esclusiva al giudice, ma si dovesse perseguire attraverso il pari contributo del giudice e delle parti.

Tale principio era concepito come rimedio alla fallibilità del giudizio, e comportava, appunto, il riconoscimento della signoria sul fatto alle parti, e della signoria sul diritto al giudice.

Ecco perché lo svolgimento della fase preparatoria, destinata alla fissazione degli elementi di fatto della controversia era sostanzialmente affidato alle parti; mentre nella fase giudiziale, destinata al giudizio, l'attenzione era spostata sul giudice, e sulla decisione.

I fatti nel processo non erano concepiti nella loro naturale e tangibile esistenza, ma essi erano considerati quali costruzioni dialettiche, che dovevano essere definite dalle parti nel dibattito e messe alla prova dal giudice. In questo senso, i fatti venivano «svelati» nel processo, ed assumevano consistenza ai fini del processo e del giudizio per come risultavano dal confronto tra le contrapposte affermazioni delle parti⁹.

Una tale nozione di fatto non deve meravigliare. Essa risente, infatti, dei modelli epistemologici di riferimento, propri dei compilatori degli *ordines iudicarii*. Al pensiero medioevale era estranea, infatti, l'idea che potesse essere accertata in giudizio la verità, nella sua naturalistica, oggettiva consistenza; ed apparteneva, al contrario, l'idea che nel processo non potesse essere accertata altro, se non una verità probabile, la cui dimensione fattuale veniva «costruita» nel processo.

⁹ A. GIULIANI, *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 606 s.

Considerate le ricordate caratteristiche del diritto medioevale, da un lato, il giudice era libero di creare la regola di diritto, da applicare alla specifica vicenda sottoposta al suo giudizio; dall'altro lato, le parti non erano vincolate ad allegare in giudizio specifici fatti. In altri termini, in un sistema di diritto che non era di diritto positivo, la mancanza di una fattispecie astratta preconstituita, comportava che né il giudice (al momento della decisione), né la parte (nel momento della proposizione della domanda giudiziale) subivano particolari vincoli nello svolgimento delle rispettive attività processuali.

L'aspettativa di accoglimento della domanda giudiziale non dipendeva, allora, dalla conformità della situazione di fatto alla descrizione contenuta in una (inesistente) preconstituita disposizione normativa, e i fatti rilevanti ai fini della decisione potevano essere individuati solo nel processo, mediante il descritto procedimento di confronto dialettico sui fatti, che si svolgeva nel corso della fase preparatoria. In mancanza di una norma preconstituita e precettiva, i fatti rilevanti per la decisione non potevano, infatti, essere individuati al momento della proposizione della domanda, e la fase preparatoria svolgeva, allora, proprio la funzione di filtro nella individuazione del materiale di fatto rilevante ai fini della causa.

Non si trattava, quindi, di un «giudizio» sul fatto, ma di un procedimento di «selezione» dei fatti rilevanti, fondato sul principio (proprio del processo medievale) di divisione della conoscenza.

La concezione dell'*ordo iudiciarius* medievale era, dunque, un modello puro di ordine isonomico¹⁰, entrato in crisi nel continente europeo in epoca moderna, ma sopravvissuto nei suoi caratteri essenziali al di là della Manica e poi dell'Atlantico, in esito a complessi percorsi storico culturali¹¹.

1.3 Il *iudicium* e l'ordine isonomico nell'età di mezzo

Il termine *iudicium* che connota il processo medievale, si rinviene già solo dalle opere dei trattatisti che erano intitolate «*de judiciis*» o «*ordo iudiciarius*».

L'aspetto terminologico era comunque secondario o, a dir meglio, era certamente indicativo di una concezione del processo nell'epoca medievale, come giudizio.

¹⁰ A. GIULIANI, *L'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012, p. 366 s.

¹¹ Di una sorprendente continuità tra processo comune e processo di *common law* in N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2019, pp. 2-5.

Le attività volte alla risoluzione di una controversia erano designate «giudizio», cosicché le regole di attuazione del processo (il rito) erano degradate a mere regole atte a mettere ordine nel giudizio (da qui il termine *ordo iudiciarius*).

Sino a quando il termine «giudizio» ha prevalso sul termine «processo», le attività del giudice per risolvere le controversie hanno risposto ad un «ordine isonomico», caratterizzato dalla natura «originaria» e «extrastatuale», nonché volto al perseguimento di una verità solo probabile, per il tramite della logica argomentativa Aristotelica, secondo le regole del sillogismo classico.

La natura «originaria» dell'ordine isonomico del giudizio era ravvisabile nella procedura, quale risultante di un'opera partecipata da giudici, avvocati, scuole, la quale si consolida nella prassi, che, pur non sovraordinata, era vincolante.

L'extrastatualità, poi, colloca l'*ordo iudicarium* al di fuori del potere politico ed era idonea ad attribuire al diritto fatto valere in giudizio la resistenza nei confronti di autorità esterne.

La teoria dell'argomentazione è, poi, il fulcro del giudizio dall'epoca medievale fino all'età moderna, sia quale logica della controversia, che quale logica della prova, posto che nel contesto dell'ordine isonomico la prova era concepita come *argumentum*¹².

L'argomentazione, nel giudizio medievale, seguiva la logica Aristotelica, secondo cui l'argomentare in materia giuridica deve realizzare la persuasione per il tramite di un ragionamento conforme alla sillogistica classica, ove il ragionamento si risolveva in dialettica discorsiva.

In tale concezione, l'argomentazione consentiva di evitare le strade non percorribili della ricerca, che saranno così escluse dai fatti rilevanti sui quali decidere.

L'argomentazione, poi, doveva condurre alla persuasione, la quale (come ricorda Picardi) si conforma alla probabilità ed all'etica, giammai alla matematica o scienza «*argumentum est ratio, quae rei dubiae faciat fidem*».

Sulla concezione della verità probabile, nell'epoca di mezzo, è doverosa una precisazione. Per lungo tempo si è ritenuto che il giudice medievale fosse vincolato alla valutazione delle prove all'interno di uno schema rigido di regole, che gli inibivano qualsiasi valutazione della prova, secondo prudenza, esperienza e ragione¹³.

¹² A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, rist. 1971, spec. p. 115, p. 139.

¹³ B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, p. 947 e ss.

Il giudice medievale, secondo letteratura giuridica dominante, era impegnato in classificazioni e valutazioni delle prove, seguendo «bizzarri» schemi precostituiti e criteri aprioristici formali.

Invero da una accorta lettura delle fonti (prima ignorate o non adeguatamente considerate), numerosi autori (già W. Ulmann nel 1946), hanno, senza particolare sforzo interpretativo, ma semplicemente rileggendo i testi medievali sul tema, quali il *de probationibus* o i capitoli dello *Speculum* di Guglielmo Durante o anche i trattati di Farinaccio e di Mascardo, constatato che i testi restituivano, invece, sapienti analisi sull'ammissibilità, valutazione ed utilizzabilità delle prove.

Lo studio più accorto, sul punto, si rinviene nell'opera di Susanne Lepsius¹⁴, la quale dall'esame del *Tractatus testimoniorum* di Bartolo da Sassoferrato, disvela che il giudice medievale approda all'intimo convincimento, non solo (per usare una forma tipica), in base alla «libera valutazione» o «al prudente apprezzamento» della prova, ma anche e soprattutto mediante una valutazione della prova eticamente orientata¹⁵.

In questo senso è illuminante quanto ricordato da Picardi: «*i giuristi dell'epoca di mezzo ritenevano che la giurisprudenza non è scienza (iurisprudencia non est scientia), occupandosi anziché di verità assolute, solo di cose probabili che mutano*».

In questo senso il "giudizio" dell'età medievale, ancorato ad un ordine isonomico, valorizzava il contraddittorio, per il raggiungimento di una verità probabile, eticamente orientata.

1.4 Il *processus* e l'ordine asimmetrico nell'età moderna

Nell'Europa continentale fra il secolo XVII ed il secolo XVIII si avrà una profonda frattura con siffatto "giudizio" dell'era di mezzo.

In seguito alle riforme illuministiche, le prime moderne codificazioni segneranno il definitivo tramonto del diritto comune.

¹⁴ SUSANNE LEPSIUS, *Der Richter und die Zuegen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus Testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato*, 2003 Mit Edition Frankfurt am Main, p. 651 ss.

¹⁵ A. PANZAROLA, *Le ricerche sulla giustizia di Nicola Picardi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1167 ss.

Il primo passo, che ha tracciato la strada per il passaggio dal «giudizio» al «processo», è stato il c.d. Code Louis, emanato in Francia da Luigi XI¹⁶ ed in particolare l'*Ordonnance* del 1667, rappresenta una prima traccia nel processo di identificazione del diritto con la legge, in tema di procedura civile.

Invero la storiografia italiana considera le *Ordonnances* (emanate dal Re Sole, non solo in tema di procedura civile, ma anche sul commercio, sulla marina e sulla procedura penale, c.d. *Ordonnance criminelle*) come "consolidazioni", cioè, raccolte di materiali non nuovi ed integrabili con altre fonti normative, non riconducibili a vere e proprie codificazioni.

L'*Ordonnance* sulla procedura civile del 1667, prescriveva che tutte le norme regie fossero osservate da tutte le corti del regno, con il divieto per i giudici di interpretarle ed in caso di dubbio, il giudice doveva rivolgersi al sovrano per conoscerne l'interpretazione. Nell'*Ordonnance* sulla procedura civile, in tema di prova legale, ogni prova aveva un valore prestabilito (con una sorta di graduazione di certezza vincolante per il magistrato) e con il primato della prova scritta su quella orale.

Si realizzava, così, un primo atto di assorbimento della *iurisdictio* nell'alveo della sovranità statale.

Il diritto processuale, però, si delinea in via definitiva intorno alla fine del secolo XVIII e durante il secolo XIX in ogni Stato nazionale dell'Europa continentale.

Ogni Stato stabilisce in ordinamenti generali (codici, ordinanze o leggi) le regole sulla introduzione, lo svolgimento e la conclusione del processo civile e sulla composizione e la competenza degli organi giurisdizionali. Questa codificazione costituisce parte del processo culturale e storico che si manifesta a partire da quest'epoca in tutti gli Stati di tradizione romano-germanica¹⁷.

All'ordine isonomico si sostituisce l'ordine asimmetrico, nel quale i soggetti del processo non sono su posizioni paritarie, dal punto di vista non solo formale, ma anche e soprattutto dal punto di vista sostanziale.

¹⁶ N. PICARDI e A. GIULIANI, *Testi e documenti per la storia del processo, Ordonnance civile 1667*, Milano, 1996, p. 341 ss.

¹⁷ G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, p. 21 ss.. L'A. intende per codificazione, in senso stretto e tecnico, il processo culturale e storico attraverso cui si è resa possibile l'idea ottocentesca che conduce alla elaborazione e promulgazione di corpi di leggi organizzate o codici. "Codice" e "codificazione", spiega l'autore, sono vocaboli di remota ascendenza, che derivano da codex, i libri compatti e cuciti sul dorso, contenenti materiali giuridici nuovi o vecchi, raccolti da privati o da autorità. Cfr. G. TARELLO, *op. cit.*, p. 18.

Le regole processuali divengono regole formali che devono essere solo esattamente eseguite e la forma, che prima concorreva al «giudizio» ed alla formazione della giustizia, diviene solo ed esclusivamente mera tecnica processuale, così da trasformarsi in «*processus*».

L'ordine asimmetrico incide, trasformandolo, sul cardine del «processo giusto», cioè sul contraddittorio, che non è più garanzia e strumento di concreta formazione della giustizia. Il contraddittorio si riduce ad atto formale: esso deve essere realizzato come mera tecnica del processo e formalmente integro, seguendo pedissequamente le regole del processo, al di là del fatto che esso concorra realmente e concretamente alla realizzazione della giustizia sostanziale.

L'*argumentum*, quale momento dialettico centrale dell'ordine isonomico del giudizio, orientato alla logica aristotelica, lascia il passo alla metodologia cartesiana.

Il razionalismo cartesiano, vede nella ragione il fondamento della verità, cosicché le regole esatte, secondo la logica matematica, sono lo strumento per elaborare una nuova visione del processo.

La radice matematica della regola, contempera ed implica la sua inscalfibilità, con la conseguenza che l'idea del processo si riconduce ad un procedimento che è mero strumento formale, nel quale il contraddittorio deve esistere in quanto regola, ma non in quanto strumento di formazione del «giusto», ed i soggetti del processo (giudice da un canto e parti dall'altro) si pongono su di un piano asimmetrico.

In tale ordine, il giudice si ritrova ad attuare la risoluzione delle controversie, per il tramite di regole, che le parti devono limitarsi a rispettare secondo il loro ordine formale, di tal modo che la ragione della forma, prende il posto della ragionevolezza.

Ne discende che il risultato, la decisione, non è più una verità probabile, eticamente orientata, ma è una verità certa, perché discendente dall'esatte applicazioni di regole formali sovraordinate e, dunque, statuali.

Una verità orientata al suo carattere distintivo di certezza, ma non necessariamente «giusta».

Il passaggio dal giudizio medievale al processo civile moderno è stato diversamente motivato dalla dottrina.

Il Chiovenda aveva sostenuto che la discontinuità tra il processo medievale ed il processo moderno, fosse il frutto della contrapposizione tra il romanesimo ed il germanesimo¹⁸.

Il Picardi, si è posto in contrasto con la tesi avanzata dal Chiovenda, ritenendo che la suddetta tesi della contrapposizione tra romanesimo e germanesimo, pone in luce un aspetto sviante rispetto al fulcro della *quaestio*.

La differenziazione tra il processo medioevale ed il processo moderno è da cogliersi in tale prospettiva: il «giudizio» dell'era di mezzo è caratterizzato dalla parità dei soggetti (giudice e parti), secondo un ordine isonomico originario ed extrastatuale, mentre nel processo moderno il giudice è un burocrata, che attua le regole imposte dall'alto, in un equilibrio asimmetrico tra i soggetti che ne fanno parte, così che il processo diventa mero procedimento.

Nell'Europa continentale, la trasformazione del «giudizio» in «processo», fu un punto di improvvisa frattura e ciò avvenne in concomitanza con l'avverarsi, come dice il Picardi, di «*uno dei grandi tornanti della storia*»: cioè il rifiuto della logica aristotelica e l'adozione della metodologia cartesiana¹⁹.

Ed allora la discontinuità tra il «giudizio» medievale ed il «processo» (o ancor meglio il procedimento) dell'età moderna, non è stato il frutto della contrapposizione tra il romanesimo ed il germanesimo (fenomeno che, pur non disconoscendosi nella sua esistenza, non costituisce il punto saliente della *quaestio*), ma è figlia della rivoluzione culturale illuministica e del razionalismo, nonché diretta conseguenza della statualità del diritto.

Nella nuova prospettiva legalistica e formalistica della codificazione, il diritto, dunque, è venuto ad identificarsi con la norma positivizzata dal legislatore statale, in un sistema chiuso e completo, non integrabile dall'interpretazione giurisprudenziale.

¹⁸ G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, Roma, 1930, I, p. 181. L'A. sosteneva che “*lo studio del processo comune non va limitato al sistema delle norme romane e canoniche e della legislazione dell'impero; ma partendo da una disamina profonda del processo romano puro, sia classico come giustiniano, deve estendersi alla dottrina dei glossatori e a quella canonica e poi ricercare l'infiltrazione germanica*” (p. 186).

¹⁹ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2019, p. 4.

1.5 La tradizione giuridica del *common law*

I territori anglosassoni erano rimasti al di fuori del *Sacrum Imperium* ed il diritto inglese si sviluppò seguendo strade autonome rispetto all'Europa continentale.

Il diritto inglese, difatti, assorbì solo alcuni modelli formali dallo *ius commune*, restando ad esso estraneo l'assetto sistematico e normativo del *Corpus* Giustiniano.

Il *common law*, nonostante ciò, fu vicino all'esperienza giuridica ed allo spirito del diritto romano, dato che la giurisprudenza si risolveva di casi specifici concreti, sebbene le due tradizioni siano storicamente e sostanzialmente differenti.

Nel diritto inglese, si affermò il precedente giurisprudenziale, mentre lo sviluppo dello *ius commune* si alimentò della giurisprudenza dottrinale²⁰.

Nel senso che nell'ambiente medievale continentale i giuristi interpretavano il *Corpus iuris*, operando una mediazione dottrinale che approntava testi da fornire alla magistratura.

A partire dalla scuola di Bologna i principi basilari del diritto erano insegnati dai *doctores* sulle basi testuali del *Corpus Iuris* e le stesse decisioni dei grandi Tribunali (ove operavano giuristi di eguale formazione romanistica), erano comunque annoverate come giurisprudenza dottrinale.

In Inghilterra le Corti londinesi, invece, creavano giurisprudenza, cosicché rimase da sempre estranea all'esperienza anglosassone l'idea che il diritto derivi dall'opera dell'autorità, bensì esso discende dalla decisione del caso concreto «cd. *case law*» e dalle successive stratificazioni dei precedenti giurisprudenziali²¹.

Più precisamente si osserva che l'espressione *common law* fu utilizzata in origine per designare quella parte del diritto inglese applicata nei tribunali reali di giustizia, a differenza delle consuetudini applicate presso i tribunali locali o di competenza specializzata.

Fu proprio presso i Tribunali reali che prese forma il diritto comune dell'Inghilterra²².

È interessante osservare che la cultura giuridica di *common law* si caratterizza per la conservazione delle antiche libertà locali, affermate nella lotta contro l'assolutismo dei

²⁰ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982, pp. 482-483.

²¹ A. R. HOGUE, *Origins of the Common Law*, London, 1966, p. 66.

²² F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte, Göttingen*, 1967, trad. it. di U. SANTARELLI, *Storia del diritto privato moderno*, Milano, 1980, p. 321.

Tudor e degli Stuard, per la perdurante partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia penale ed, infine, per l'uso tradizionale del precedente come fonte del diritto. Tutte queste caratteristiche, insieme ad altre, «esprimono nella sua forma più pura lo stile di vita della società anglosassone che si fonda sulla tradizione, sull'esperienza e sulla ragione pratica, non su idee e principi; perciò l'essenza del diritto anglosassone ha impresso la sua impronta con più intensità di ogni altro sul carattere nazionale del suo popolo»²³.

Si può affermare che il periodo di formazione del *common law*, cioè della diffusione di un diritto comune a tutta l'Inghilterra, abbia avuto inizio nel 1066, quando Guglielmo il conquistatore, Duca di Normandia, venne incoronato Re d'Inghilterra nell'abbazia di *Westminster*, dopo aver vinto nella battaglia di *Hastings* l'ultimo sovrano sassone Aroldo II²⁴.

Guglielmo realizzò il processo di unificazione e di accentramento dell'amministrazione giudiziaria, mediante un complesso sistema unitario e permanente, che si avvale delle Corti regie, della giustizia itinerante e dei *writs*, destinato alla formazione di un nuovo diritto comune in sostituzione delle consuetudini locali²⁵.

La centralizzazione della giurisdizione era attuata dalle Corti Regie (le tre Corti Centrali di *Westminster*) mediante il meccanismo dei *writs* (in latino *brevia*).

Essi erano ordini del sovrano, muniti del suo sigillo e redatti dalla sua Cancelleria, indirizzati alle Corti inferiori, cioè o alla Corte distrettuale «*sheriff*» o baronale «*lord*».

Il sovrano, con il *brevia* ingiungeva alla Corte inferiore di rendere giustizia relativamente ad una vertenza in corso, sollecitato da colui il quale si proclamava vittima di denegata giustizia presso una Corte locale o che non era riuscito ad essere reintegrato nel proprio diritto²⁶.

Unitamente alla richiesta del *writ*, la parte era tenuto al pagamento di una somma di danaro alla tesoreria regia.

Presupposto per l'emanazione del *writ*, è che la lite sia stata portata prima innanzi alla Corte locale e che la parte non ne abbia tratto una concreta soddisfazione.

²³ F. WIEACKER, *op cit.*, p. 446.

²⁴ G. W. KEETON, *The Norman Conquest and the Common Law*, London- New York, 1966, p. 710.

²⁵ F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1968, p. 214.

²⁶ S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, London, 1969, p. 296.

L'intervento del re era, quindi, con il *brevia*, volto ad ingiungere alla Corte locale a rendere giustizia, con l'alternativa, in caso di resistenza, di avocare la controversia innanzi alla Corte Centrale.

Con questo rimedio confluivano una enorme quantità di azioni nell'alveo della giurisdizione regia, con la conseguenza, non solo di accrescere l'accentramento del potere giudiziario, ma anche di far affluire una grande quantità di danaro nelle casse regie, in quanto alcuni *writ*s avevano un prezzo molto elevato, soprattutto quelli che avevano ad oggetto la titolarità dei possessi fondiari²⁷.

Ad ogni *writ* corrispondeva un tipo di controversia, per cui era compito dell'interessato richiedere un *writ* specificatamente adatto alla sua pretesa, con la conseguenza che per evitare di perdere la causa, venivano richiesti sempre più numerosi e differenti *writ*s perché fossero adatti al caso concreto.

Un importante tipo di *writ* fu il «*praecipe quod reddat*» che intimava allo sceriffo di ingiungere al convenuto la restituzione del fondo conteso, con ordine di comparizione innanzi alla Corte locale ed in difetto innanzi alla Corte Centrale.

Il «*writ praecipe*», ben presto, divenne accessibile anche ai concessionari di terre non dipendenti direttamente dal re, ma dipendenti dai signori feudali che, pertanto, con il citato *writ* si videro sottrarre non solo la giurisdizione sulle azioni aventi ad oggetto la titolarità dei possessi fondiari rientranti nel loro territorio feudale, ma subirono anche una gravosa perdita delle entrate giudiziarie, oltre che una palese perdita di potere in favore del potere centrale regio²⁸.

L'opposizione dei baroni, in particolare al citato *writ* e più in generale all'aumento della giurisdizione regia, culminò con l'emanazione nel 1215, da parte del Re Giovanni senza terra, della *Magna Charta* che rappresenta il punto di partenza per la tutela dei diritti di libertà nella struttura giudiziaria inglese²⁹, ove i baroni, ponendo un argine al potere regio, limitarono l'ingerenza del sovrano rispetto alle loro specifiche prerogative giudiziarie.

²⁷ R. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1973, p. 110.

²⁸ J. A. ILIFFE, *Lineamenti di diritto inglese*, Padova, 1966, p. 540.

²⁹ V. VARANO E V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Torino, 2018, p. 260 ss.

1.6 La *Magna Charta Libertatum*

La *Magna Charta Libertatum* è il primo documento delle libertà inglesi, emanato a *Runnymede*, nei pressi di *Windsor*, nel 15 giugno 1215.

La Carta aveva il fine di assicurare i diritti feudali e di garantire che il Re non potesse più intaccare i privilegi dei baroni.

I Re precedenti Enrico I (1110-1135), Stefano (1135-1154) ed Enrico II (1154-1189), avevano emanato una loro carta, ma dato che, l'una dopo l'altra, erano state concesse dai monarchi senza essere richieste, il loro valore per i baroni era limitato.

Giovanni, indebolito politicamente dai pretendenti rivali, dalla mancanza di fondi dopo la perdita della Normandia nel 1204 e dai contrasti con il Papa Innocenzo III dal 1208 al 1213, aveva chiesto di imporre tasse alla Chiesa ed ai baroni, provocando, così un conflitto con *Stephen Langton*, arcivescovo di *Canterbury*, il quale concorse alla redazione della *Magna Charta Libertatum* che fu sottoscritta dal Re Giovanni d'Inghilterra a *Runnymede*.

Oltre alla promessa di salvaguardare i diritti dei baroni, la *Magna Charta* assicurava la libertà della Chiesa, delle tradizioni cittadine, la protezione dei comuni e prevedeva riforme istituzionali della giustizia, come la garanzia dei processi con una giuria e «*l'habeas corpus*», ovvero il diritto dei sudditi di non essere arrestati o, comunque, puniti senza regolare processo, nel quale ciascuno possa essere giudicato dai propri pari (prima fondamentale libertà personale).

Venne istituito un concilio di venticinque baroni per assicurare l'osservanza dei precetti della Carta da parte del monarca³⁰.

Successivamente il Re rinnegò la *Magna Charta*, sostenendo di essere stato costretto e ottenne di esserne dispensato con il consenso del Papa. Ciò provocò un altro insorgere di ostilità.

Ma Giovanni, poco dopo morì, pressoché solo a *Gloucester*, nell'ottobre del 1216, quando la maggior parte dei suoi baroni e dei suoi cavalieri l'avevano abbandonato³¹.

La *Magna Charta Libertatum* divenne, così, il simbolo della supremazia costituzionale, formando la base per ulteriori sviluppi nella concessione delle libertà.

³⁰ M.E. BUNSON, *Dizionario Universale del Medioevo*, II, 1998, p. 693 ss.

³¹ G. DUBY, *Guglielmo il Maresciallo 1198*, Roma, 2016, p.185 ss.

Benché l'espressione "giusto processo" (*due process of law*), non si trova nella *Magna Charta*, si può certamente affermare che le radici di tale principio sono già rinvenibili nel documento emanato in Inghilterra nel 1215, in quanto intervenne a restringere il potere del sovrano inglese di agire *legibus solutus*³².

Gli articoli nei quali, più di ogni altro, si possono scorgere le radici del principio del giusto processo sono gli artt. 39 e 40, i quali testualmente recitano:

Art.39: «*Nullus liber homo decelero capiatur, vel imprisonetur aut disseisiatur de aliquo libero tenemento suo vel libertatibus vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut aliquo modo destruat, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium quorum, vel per legem terrea*»³³.

Art.40: «*Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus, rectum vel iusticiam*»³⁴.

Nello stabilire il dovere del sovrano di procedere «*mediante la legge del regno*», «*by the law of the land*», «*per legem terrae*», la *Magna Charta* poneva il sovrano stesso, ovvero lo Stato, nella condizione di «dover osservare le procedure legittime» al fine di infliggere una qualunque sanzione nei confronti di un individuo.

Le radici di giustizia ivi contenute, possono così scorgersi nel requisito della legittimità «*cd. lawfulness*», inteso appunto nel senso di un giudizio legittimamente pronunciato a seguito delle opportune procedure e nel rispetto delle leggi del regno.

La *Magna Charta Libertatum* è riconosciuta come il precedente diretto del *due process of law* e come primo atto riconoscitivo di diritti costituzionali, il quale nel sancire un principio di libertà rispetto al potere regio, contiene due dispositivi normativi (quello dell'art. 39 e dell'art. 40), entrambi provvisti di valenza sostanziale, processuale e riconoscitivi di diritti³⁵.

La locuzione «*due process of law*» non si rinviene nella *Magna Charta Libertatum* del 1215, bensì comparve per la prima volta nel 1354 nello «*Statutum de anno vicesimo octavo*» del Re d'Inghilterra Edoardo III. Il testo riprendeva l'art. 39 della *Magna Carta* del 1215. L'espressione utilizzata in questa epoca fu «*due procès de lei*», così la locuzione

³² G. VIGNERA, *Riserva di Legge comma 1 Cost.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 551 ss.

³³ ART. 39 trad.: «*Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato, in alcun modo, né useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per legge del regno*».

³⁴ Art. 40 trad.: «*A nessuno venderemo, negheremo, differiremo o rifiuteremo il diritto o la giustizia*».

³⁵ G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e "giusto processo"*, in *Rass. Parlam.*, 1999, p. 539 e segg.

latina «*legale iudicium*» divenne la formula francese «*due procès de lei*» (lingua abitualmente utilizzata nella legislazione inglese del Medioevo), per trasformarsi successivamente in quella inglese «*due process of law*»³⁶.

La *Magna Charta Libertatum* è stata, poi, oggetto di numerose rivisitazioni (la più importante fu quella del 1297) e nel corso degli anni è stata quasi integralmente abrogata come legge, rimanendo in vigore solo le clausole 1, 9 e 29 del 1297, ma conserva tutt'ora lo *status* di carta fondamentale dell'ordinamento inglese, tanto che quest'idea del procedimento legittimo «*lawful*» o giusto «*fair*» venne poi trasfusa nelle prime costituzioni statali, rappresentando l'antecedente diretto della frase «*due process of law*», quale oggi si legge nella Costituzione degli Stati Uniti d'America³⁷.

2. Il *due process of law* nei sistemi giuridici di *common law*

2.1 La Costituzione degli Stati Uniti d'America ed «*il Bill of Rights*»

Dopo la Dichiarazione d'indipendenza dall'imperialismo inglese, i padri fondatori sentirono l'esigenza di dotare la nuova Nazione americana di ideali universali basati sul riconoscimento ed il rispetto delle libertà fondamentali.

Furono dapprima elaborati e ratificati (1781-1782) gli *Articles of Confederation* e, poi, con lo scopo di rafforzare l'unione tra gli Stati federali fu convocata la Convenzione di Filadelfia, ove fu redatto un progetto di Costituzione, sottoposto alla ratifica degli Stati (all'epoca erano tredici), avvenuta tra il 1787 ed il 1788³⁸.

La Costituzione americana è la prima costituzione moderna di uno Stato federale.

Essa è costituita da sette articoli, a cui si sono aggiunti ventisette emendamenti.

I primi dieci emendamenti, costituiscono il «*Bill of Rights*», ossia la Carta dei diritti fondamentali.

Gli articoli originari, insieme al «*Bill of Rights*», rappresentano il testo del più antico documento costituzionale oggi in vigore, che si pone come una Costituzione rigida, modificabile solo attraverso gli emendamenti, mediante un procedimento complesso nel quale partecipano gli Stati membri (attualmente cinquanta).

³⁶ *Due Process of law*, in *Enc.giur.* XII, Roma, 1989, p. 1.

³⁷ J. RANDY E HOLLAND, *Magna Charta: Muse and Mentor*, The University of Melbourne, 2014, p. 72 ss.

³⁸ V. VARANO e V. BARSOTTI, *op.cit.*, pp. 314 – 320 ss.

I primi dieci emendamenti furono approvati in brevissimo tempo ed erano, difatti, già in vigore nel 1791. Essi possono dirsi una vittoria degli antifederalisti, perché erano volti alla sola limitazione del potere del governo federale.

Solo nel 1868 fu emanato il XIV emendamento che, oltre ad estendere la tutela dei diritti fondamentali, limitò anche il potere dei singoli Stati.

Come già anticipato, le garanzie del «*Bill of Rights*» fanno parte del patrimonio del *common law*, tanto che la clausola 39 della *Magna Charta Libertatum* corrisponde alla fondamentale garanzia del *due process of law* contenuta nel V e nel XIV emendamento.

2.2. Il «*due process of law*» nel V e XIV emendamento

Il principio del "giusto processo" cd. «*due process of law*» si rinviene nella Costituzione degli Stati Uniti d'America, nel V e nel XIV emendamento.

Il V emendamento recita:

«No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation»³⁹.

Il XIV emendamento statuisce:

«All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property,

³⁹ V emendamento del *Bill of rights*, trad.: «Nessuno sarà tenuto a rispondere di reato, che comporti la pena capitale, o che sia comunque grave, se non per denuncia o accusa fatta da un "Grand Jury", a meno che il caso riguardi membri delle forze di terra o di mare, o della milizia, in servizio effettivo, in tempo di guerra o di pericolo pubblico; e nessuno potrà essere sottoposto due volte, per un medesimo reato, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica; né potrà essere obbligato, in qualsiasi causa penale, a deporre contro sé medesimo, né potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, senza un giusto processo; e nessuna proprietà privata potrà essere destinata a uso pubblico, senza equo indennizzo».

*without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws»*⁴⁰.

Il «*due process of law*» è una clausola tra le più importanti della Costituzione americana ed in dipendenza della sua indeterminatezza è da sempre stata oggetto di ampi dibattiti tra i costituzionalisti americani.

E ciò perché essa è strettamente correlata alla nozione di *rule of law*, cioè di norma di legge, nel senso che il «giusto processo», per essere sottratto all'arbitrio del potere, deve necessariamente conformarsi ad un governo di leggi.

Il principio del «*due process of law*», benché oggetto di variegata ed elaborate pronunce della Suprema Corte degli Stati Uniti, assolve alla funzione di rendere effettivo l'esercizio di qualsiasi diritto o libertà fondamentale, nell'ambito di un diritto processuale o di un diritto di giustizia sostanziale, la cui genesi trova fondamento nelle stesse norme costituzionali⁴¹.

La materia del «*due process*» è, dunque, una materia molto complessa, che ha suscitato interpretazioni assai controverse e nella quale si è reso necessario distinguere il «*procedural due process*» ed il «*substantive due process*».

2.3 Il *fair trial*

Il «*due process of law*» trova applicazione, sia in ambito processuale, che in attuazione del diritto sostanziale.

In ambito processuale si utilizza l'accezione di «*procedural due process*», la quale indica che un giudizio deve essere *fair* cioè equo «*cd. trial*», con ciò facendo riferimento alla mera tecnica processuale.

In tal senso si può affermare che nessuno può subire restrizioni della libertà, della vita e della proprietà, se non siano garantite talune componenti essenziali di legalità procedurale, quali:

⁴⁰ XIV emendamento del *Bill of rights*, trad.: «Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà se non in seguito ad un regolare procedimento legale (*due process of law*); né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi (*clausola anche detta di equal protection of law*)».

⁴¹ L. P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del "giusto processo"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 887 ss.

- l'eguaglianza delle parti;
- l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, corti e tribunali, precostituiti dalla legge;
- la pubblicità delle udienze e della pronuncia delle decisioni giudiziarie;
- il diritto di accesso e di ricorso effettivo agli organi statuali di giustizia, senza alcuna irrazionale discriminazione;
- il contraddittorio e la difesa tecnica nel giudizio;
- il diritto alla prova, ossia il diritto di agire e di difendersi provando;
- la durata ragionevole del procedimento;
- il divieto di autoincriminazione;
- il diritto di impugnare le pronunce di condanna, in un ulteriore grado di giudizio innanzi ad un giudice superiore;
- l'invalidità ed inutilizzabilità probatoria di una confessione estorta con violenza e, comunque, ottenuta con mezzi coercitivi;

Queste sono le garanzie minime dalle quali è possibile ricavare i paradigmi essenziali perché un processo possa essere equo e giusto.

Il processo è così avvertito come *due* e come *lawful*, non perché sia tecnicamente ineccepibile rispetto alle regole formali del procedimento, ma perché «*corrisponde pienamente ai valori culturali etico-religiosi e sociali, sui quali si basano le radicate tradizioni di indipendenza, di libertà democratica e di fair play, proprie delle società anglosassoni*»⁴².

2.4 II «*substantive due process*»

L'accezione di «*substantive due process*» consiste nel tentativo di impiegare la formula del «*due process*» come garanzia dei diritti sostanziali di libertà e di proprietà e come strumento di controllo da parte della Corte Suprema in ordine alle scelte legislative, rinvenibile in una serie articolata di pronunce che nel tempo hanno dapprima svalutato e,

⁴² I. H. JACOB, *The fabric of English Civil justice*, London, 1987, p. 15 (importante è quanto egli dice a p.63 ss., a proposito della *civil procedure law*: «*it is the indispensable instrument to activate every other branch of the law... it's essential function is to infuse life into all other areas of the law, to bring into actual being and to give really and effect to all the legal rights and duties of every person and body in society*»).

poi, rivalutato, anche nella diversa ottica del «*rationality test*», la formula del «*due process*», come garanzia dei diritti sostanziali⁴³.

A partire dal 1937 la Corte Suprema, difatti, ha ravvisato la sussistenza di profili di illegittimità costituzionale per violazione del «*substantive due process*», nelle sole ipotesi di leggi che non possono essere riferite logicamente allo scopo che si propongono di perseguire⁴⁴.

La teoria del «*substantive due process*» è stata impiegata dalla Corte Suprema in una delle pronunce più significative in materia di V e XIV Emendamento.

La pronuncia *Obergefell v. Hodges* del 2015 trae origine dalla causa intentata da alcune coppie gay che hanno ricorso avverso il provvedimento con cui i pubblici ufficiali di *Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee* — Stati che definiscono l'istituto matrimoniale come l'unione tra un uomo ed una donna — avevano rifiutato di espletare le formalità richieste per la conclusione del matrimonio. Le parti attrici hanno invocato sia la clausola del «*due process*» sia quella «*dell'equal protection of law*» del XIV Emendamento, sostenendo che il mancato riconoscimento del diritto al matrimonio violi la loro libertà e li ponga in una situazione di discriminazione, rispetto alle coppie eterosessuali, nel godimento di un diritto fondamentale.

La sentenza ha statuito che: «*il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale insito nella libertà della persona e che ai sensi delle clausole del giusto processo e dell'eguale protezione del XIV emendamento le coppie del medesimo sesso non possono essere private di quel diritto e di quella libertà. La Corte ora ritiene che le coppie omosessuali possono esercitare il diritto fondamentale al matrimonio e questa libertà non può essere loro negata*»⁴⁵.

È interessante osservare che la stessa sentenza afferma e ribadisce che la dinamica del sistema costituzionale americano è improntata a che gli individui non devono aspettare l'azione del legislatore prima di far valere un diritto fondamentale. Le Corti della Nazione sono aperte agli individui pregiudicati nei loro diritti, che vengono innanzi alla Corte per difendere il proprio, diretto e personale, interesse nella nostra Carta fondamentale. Un individuo può invocare la protezione costituzionale di un diritto quando è lesa, anche se

⁴³ M. COMBA, *Il fondamento costituzionale del diritto al giusto procedimento in Italia: spunti di riflessione derivanti dalla comparazione con il due process of law statunitense in Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia, Amministrativisti e Costituzionalisti a confronto*, Alessandria, 1998, p. 347.

⁴⁴ Sull'autonomia della fase preliminare rispetto a quella del giudizio, A.O. COMEZ, *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁵ *Obergefell vs Hodges* Corte Suprema degli Stati Uniti 576 US 2015.

il più vasto pubblico è contrario ed anche se il Parlamento rifiuti di agire. L'idea della Costituzione era quella di sottrarre certe materie dalle vicissitudini della lotta politica, per porle oltre la portata delle maggioranze e dei funzionari, per costituirle come principi giuridici che dovessero essere applicati dalle Corti.

Questa la ragione per cui i diritti fondamentali non possono essere sottoposti ad un voto e non dipendono dal risultato di nessuna elezione.

Il caso sopra citato è un esempio di come nella *common law* i diritti si possono affermare in modo incrementale attraverso la decisione dei giudici e consente di comprendere cosa si intenda per clausole costituzionali aperte e quanto sia importante il ruolo interpretativo della Corte Suprema Federale ed anche perché, a proposito della Carta americana, si parli di diritto costituzionale giurisprudenziale.

2.5 Lo «*stare decisis*», il «*distinguishing*» e «*l'overruling*»

Nel sistema di *common law* le decisioni delle Corti superiori vincolano le Corti inferiori appartenenti alla medesima giurisdizione.

Lo «*stare decisis*», «*rimanere su quanto deciso*» è un principio generale in forza del quale il giudice è obbligato a conformarsi alla decisione adottata in una precedente sentenza, nel caso in cui la fattispecie portata al suo esame sia identica a quella già trattata nel caso in essa deciso⁴⁶.

Tale principio, però, non ha portata orizzontale, nel senso che la Corte Suprema Federale, non è legata alle proprie decisioni, così provvedendo, di tanto in tanto, a mutamenti giurisprudenziali, anche sulle medesime questioni già decise dalla medesima Corte in precedenza.

E tanto anche perché l'approccio ermeneutico della Corte è quello di interpretare la Costituzione scritta, adeguandosi allo spirito dei tempi e, dunque, al cambiamento della società e del sentire collettivo.

Negli Stati Uniti la struttura dell'ordinamento è federale, per cui le Corti dei singoli Stati, non sono tra loro vincolate, anche se la decisione assunta da una Corte Federale ha, certamente, una considerevole forza persuasiva.

⁴⁶ U. MATTEI, *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 34 ss.

La tecnica del precedente si avvale anche di altri istituti, che contribuiscono all'evoluzione giurisprudenziale.

Si tratta dell'«*overruling*» e soprattutto del «*distinguishing*».

Nell'ipotesi detta di «*genuine distinguishing*» il giudice esclude l'applicabilità di uno specifico precedente al caso concreto in esame, sulla base delle sottili differenze in fatto che possano marcare una certa distanza fra la fattispecie portata al suo esame e la fattispecie in passato decisa da altro giudice, sempre che tali differenze si possano considerare rilevanti per la questione da decidere. In altri termini, con il «*distinguishing*» il giudice dimostra che l'identità tra la fattispecie portata al suo esame e quella del precedente è solo apparente. Il ricorso a questa tecnica gioca un ruolo molto importante nei sistemi di *common law*.

In altri casi, il giudice può constatare che il principio di diritto espresso nella motivazione è troppo ampio rispetto ai fatti che ne costituiscono la cornice e la sua applicazione porterebbe ad una decisione impropria, egli può interpretare i precedenti in senso restrittivo «cd. *restrictive distinguishing*».

Nell'ipotesi, invece, di «*overruling*», ovvero di mutamento giurisprudenziale le Corti americane hanno sperimentato nuove tecniche denominate «*prospective overruling*» ed «*anticipatory overruling*», che sono idonee a rendere il sistema ancora più flessibile.

Con il «*prospective overruling*» il cambiamento della giurisprudenza opera solo per il futuro, mentre nel secondo caso un giudice inferiore disattende la decisione assunta da un giudice sovraordinato, sulla scorta di una ragionevole certezza che la Corte Superiore sia in procinto di cambiare orientamento giurisprudenziale.

Tutti questi istituti che, come detto, favoriscono l'adattamento della giurisprudenza al caso concreto, al variare degli assetti sociali ed allo spirito dei tempi, sono improntati al principio del giusto processo, non solo sotto il profilo processuale, ma anche sotto il profilo sostanziale.

2.6 Brevi cenni sulle differenze tra U.S.A. e Regno Unito nell'applicazione del principio del «*due process of law*».

La differente operatività e percezione della regola dello «*stare decisis*», costituisce uno dei tratti distintivi tra Stati Uniti ed Inghilterra.

In Inghilterra la regola secondo cui i casi analoghi devono essere decisi in modo conforme al precedente, è applicata con maggiore rigidità, così da fissare un obbligo per il giudice, il quale, chiamato a decidere una controversia, non potrà discostarsi dal precedente, secondo la «*doctrine of binding precedent*».

In conformità alla teoria dichiarativa, secondo la quale il giudice si limita ad applicare le regole preesistenti risultanti dal precedente, le Corti inglesi hanno da sempre adottato il precedente con estremo rigore, affinché esso fornisca un grado di certezza con cui i consociati possano basare la condotta dei propri affari, nonché risponda all'affidamento che le parti processuali possono riporre su di una determinata regola di origine giurisprudenziale.

Invero nel 1966 la *House of Lords* (dal 1° ottobre del 2009 *Supreme Court*) ha formulato una dichiarazione stragiudiziale, detta «*practice statement*», con la quale ha affermato che non si sarebbe più sentita vincolata necessariamente ai propri precedenti. Di fatto la *House of Lords*, da allora, ha modificato solo in pochissimi casi le proprie decisioni, rispetto ai precedenti, così rendendo la «*practice statement*», di fatto, priva di una portata concreta, la quale, però, ha assunto una notevolissima rilevanza dal punto di vista del superamento della teoria dichiarativa della *common law*, in favore della funzione creativa del diritto da parte della giurisprudenza.

Il mutamento giurisprudenziale anche definito «*overruling*» è, dunque, una pratica utilizzata dalle Corti inglesi con estrema parsimonia, tanto che il «*prospective overruling*», cioè la irretroattività del mutamento giurisprudenziale, può dirsi pressoché assente presso le Corti inglesi.

In Inghilterra, invece, si è parlato di «*retrospective overruling*», allorquando la regola oggetto di modifica viene considerata come un errore della *common law* ed espunta già dal caso concreto sottoposto all'attenzione della Corte.

La *House of Lords* con una decisione del 1970 ha affermato: «*se decidiamo che la regola esistente sia sbagliata, allora dobbiamo riconoscere che lo è sempre stata*»⁴⁷.

Il «*prospective overruling*» ha visto uno spiraglio applicativo solo nel 2005, con il caso *Spectrum*, ove la *House of Lords* ha ritenuto possibile discostarsi dalla regola generale

⁴⁷ *Midland Baptist Association vs Birmingham Corporation* 1970 AC 874, 898.39.

della retroattività, solo nell'ipotesi eccezionale in cui tale regola generi conseguenze particolarmente inique⁴⁸.

In effetti tale apertura della Corte al «*prospective overruling*», pur riconoscendone l'applicazione nel caso eccezionale in cui la retroattività del mutamento giurisprudenziale generi una concreta iniquità, così dando prioritario valore al processo equo e giusto, non ha visto succedersi, nell'esperienza inglese, pronunce successive.

La statuizione del 2005 costituisce, piuttosto, una messa in discussione della «*declaratory theory*», ponendo le basi per un acceso ed attuale dibattito dottrinale⁴⁹.

3. L'equo processo nelle fonti internazionali e comunitarie

3.1 Gli artt. 8 e 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo

Dopo la fine della Seconda guerra mondiale, il 10 dicembre 1948, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvò la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, al fine di proclamare la dignità di ogni essere umano, in ragione degli inalienabili principi di libertà, giustizia e pace, la quale, in particolare, ha sancito:

Art. 8: «*Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge*»⁵⁰.

Art. 10: «*Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta*»⁵¹.

Il modello internazionale di processo equo e giusto, è, dunque, rinvenibile nei predetti due articoli della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

⁴⁸ *National Westminster Bank Plc vs Spectrum Plus Ltd* 2005 UKHL, 41.

⁴⁹ Tale dibattito, con le numerose prese di posizione e le differenti varietà di accenti della dottrina, è oggi riassunto in A. BEEVER, *The Declaratory Theory of Law*, in 33 *Oxford J.L. Stud.*, 2013, p. 421 ss.

⁵⁰ *The original text of the article 8 of Universal Declaration of Human Rights: «Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law».*

⁵¹ *The original text of the article 10 of Universal Declaration of Human Rights: «Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him».*

È indubbio che i principi del giusto processo, già esistenti negli ordinamenti anglosassoni hanno trovato affermazione a livello internazionale, in virtù del peso politico ed ideologico delle due Nazioni uscite vincitrici dal conflitto mondiale⁵², ma è anche vero che i valori espressi nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sono il risultato di un sentire collettivo dell'intera comunità internazionale, quale naturale anelito di democrazia e giustizia⁵³.

Il medesimo principio di «processo equo» troverà, poi, affermazione nell'art. 6 CEDU, ossia la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stipulata a Roma nel 1950.

3.2 L'art. 6 CEDU

La Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata stipulata a Roma nel 1950 da tredici Stati al tempo membri del Consiglio d'Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia).

Per l'Italia l'entrata in vigore avvenne solo il 10 ottobre 1955⁵⁴, dopo una lunga elaborazione giurisprudenziale⁵⁵.

La CEDU ha inteso, come detto, sancire il principio del processo equo, che già apparteneva al modello internazionale⁵⁶.

L'art. 6 stabilisce al punto 1: «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie*

⁵² P. PELLEGRINELLI, *Giusto Processo (civile)*, in *Dig.Disc.Priv., Sez.Priv.*, Torino, 2007, p. 644 ss.

⁵³ N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.civ.*, 2007, p. 35 ss.

⁵⁴ A seguito della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 221 del 24 settembre 1955 della Legge 4 agosto 1955 n. 848 portante la ratifica della Convenzione CEDU e del protocollo aggiuntivo firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

⁵⁵ G. RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano. Nota minima in margine alla sentenza Ciulla*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1990, p. 36.

⁵⁶ V. GREMENTIERI, *Le garanzie internazionali del processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 576 ss. spec. pp. 595-611.

sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti»⁵⁷.

La norma, poi, statuisce il principio della pubblicità della sentenza, nonché il diritto al libero accesso alla sala di udienza, salvo le previste eccezioni.

Al punto 2, l'art. 6 CEDU richiama il principio della presunzione di innocenza in sede penale e nel punto 3 fissa il principio di effettività della difesa ed i suoi criteri, nonché il diritto alla difesa tecnico-professionale, la quale, al pari del contraddittorio, è un diritto inviolabile appartenente a qualsiasi tipo di procedimento giurisdizionale.

Le garanzie consacrate nell'art. 6 CEDU, coincidono con i «principi fondamentali di diritto processuale», i quali hanno trovato realizzazione e definizione nelle numerose pronunce della Corte Europea di Strasburgo.

La norma è stata interpretata nel senso che in essa è sancito «il diritto nell'azione», cioè la garanzia che le parti abbiano diritto ad avere un processo equo nel suo svolgimento ed iter processuale e che esso si attui con una durata ragionevole, mentre non si ravvisa nella norma «il diritto di azione» degli individui, in presenza di diritti violati⁵⁸.

I principi fondamentali del diritto processuale, che l'art. 6 CEDU fissa e riconosce, sono:

a) Il principio della pubblicità del processo, il quale deve essere sempre garantito, pur con delle limitazioni, le quali devono essere oggetto di esplicita e comprovata giustificazione, improntata ad un criterio di razionalità⁵⁹.

b) Il principio della ragionevole durata del processo, che deve essere proporzionata alla natura e complessità del giudizio e quale valore essenziale di civiltà⁶⁰.

⁵⁷ *European Convention on Human Rights, article 6: «In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice».*

⁵⁸ M. DE SALVIA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, p. 44 ss.

⁵⁹ Corte Europea, sent. 23 giugno 1981 sul caso *Le Compte*, in *Foro It.* 1982, IV, pp. 1-14; sent. 8 dicembre 1983, sul caso *Pretto* e sul caso *Axen* *ivi*, 1984, IV, pp. 265-280; sent. 22 febbraio 1984, sul caso *Sutter*, *ivi*, 1984, IV, pp. 265-271.

⁶⁰ Corte Europea, sent. 27 giugno 1968, sul caso *Wemhoff* e sul caso *Neumeister*, in *Foro it.*, 1968, IV, pp. 89-105, 105-119; sent. 28 giugno 1978, sul caso *Konig*, *ivi*, 1979, IV, pp. 417-436, con nota di PIZZORUSSO; sent. 6 maggio 1981, sul caso *Buchholz*, *ivi*, 1981, IV, pp. 273-282, spec. p. 279, con nota di PIZZORUSSO; sent. 10 dicembre 1982, sul caso *Foti* e sul caso *Corigliano*, e 15 dicembre 1982, sul caso *Eckle*, *ivi*, 1983, IV, pp. 181-206; sent. 9 aprile 1984, sul caso *Goddi*, *ivi*, 1985, IV, pp. 53-58; sent. 25 giugno 1984, sul caso *Guincho*, *ivi*, 1986, IV, pp. 60-61; sent. 23 febbraio 1984, sul caso *Luberti*, *ivi*, 1985, IV, 1-11; sent. 25 giugno 1987, sul caso *Capuano*, *ivi*, 1987, IV, pp. 385-390, spec. 388, con nota di PIZZORUSSO; da ultimo,

- c) Il principio della indipendenza ed imparzialità del giudice e che esso sia costituito per legge.
- d) Il principio della pubblicità della sentenza e del libero accesso all'aula di udienza, temperato con l'esigenza del diritto alla *privacy* e con il superiore interesse della giustizia.
- e) Il principio di presunzione di innocenza.
- f) Il principio del contraddittorio e della effettività della difesa⁶¹.
- g) Il principio al diritto di una difesa-tecnica professionale, anche mediante l'accesso alla difesa gratuita di un avvocato d'ufficio⁶².

Le sentenze della Corte Europea hanno, dunque, di volta in volta, precisato il contenuto dei principi fondamentali del diritto processuale delimitandone e chiarendone la portata, così fornendo agli Stati aderenti criteri guida, per consentire un'armonizzazione delle legislazioni interne, con i principi fissati dalla Convenzione.

La Corte di Strasburgo non si è però limitata a definire i principi del diritto processuale che l'art.6 CEDU aveva sancito, ma con la sentenza *Golder vs Regno Unito* del 1975, ha decretato l'ingresso nella Costituzione europea del diritto di accesso al giudice, così affermando che la norma in esame, non solo disciplina l'equo processo, ma garantisce anche il diritto di accesso alla giustizia.

L'argomentazione che la Corte Europea ha utilizzato per ricondurre il diritto di azione al tenore dell'art. 6 CEDU, si avvale delle regole sull'interpretazione dei trattati, enunciate nella Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969.

sent. 20 febbraio 1991, sul caso *Vernillo*, in *Riv. It. dir. lav.*, 1991, pp. 334 ss.; sent. 24 maggio 1991, sul caso *Caleffi*, in *Riv.it. dir. lav.*, 1991, II, pp. 714 ss. In dottrina, con ulteriori spunti e richiami, a proposito della cronica responsabilità degli organi giudiziari italiani, per l'eccessiva lentezza delle procedure: R. DANONI, Il «*termine ragionevole*» nei procedimenti giudiziari in Italia (art. 5 e 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo), in *Foro pad.*, 1990, II, pp. 51 ss.

⁶¹ Corte europea, sent. 25 aprile 1983, sul caso *Pakelli*, in *Foro it.*, 1984, IV, pp. 153-164, spec. 161-162, con nota di E. MARZADURI, *Sui contenuti del diritto di difesa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 153-157; sent. 9 aprile 1984, sul caso *Goddi*, *ivi*, 1985, IV, pp. 53-58; sent. 12 febbraio 1985, sul caso *Colozza*, *ivi*, 1985, IV, pp. 221-234, con nota di L. CRESTI, *La disciplina dell'irreperibilità e della latitanza nel procedimento contumaciale in relazione alla convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Colozza*, *ivi*, 221-229. Con più ampi ragguagli, su quest'ultimo tema: D. VIGONI, *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Padova, 1992, p. 1 ss., spec. pp. 46-72.

⁶² Corte europea, sent. 25 aprile 1983, sul caso *Pakelli*, *cit. supra*; sent. 2 marzo 1983, sui casi *Monnell e Morris*, in *Foro it.*, 1988, IV, 1-16, con nota di Pizzorusso. Sui rapporti fra processo «equo» e contraddittorio: sent. 29 maggio 1986, sul caso *Feldbrugge*, *ivi*, 1987, IV, pp. 445-446; sent. 24 novembre 1986, sul caso *Gillow*, *ivi*, 1987, IV, pp. 454-456. Sul concetto di «*égalité des armes*», inoltre, sent. 6 maggio 1985, sul caso *Bonisch*, in *Riv. dir. internaz.*, 1987, pp. 156 ss.

La Corte, pur avvalendosi di un appiglio testuale oggettivamente esiguo, ha affermato che la norma, soprattutto nel testo francese, fissa il diritto di ogni individuo affinché una propria causa sia esaminata equamente innanzi ad un Tribunale e, dunque, non davanti ad una qualsiasi autorità.

Il diritto all'azione, secondo la Corte, permette di tutelare il principio della «*prééminence du droit*» e della «*rule of law*», come riportato nel Preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Sarebbe ineccepibile, in materia civile, non accogliere il diritto «*d'accéder aux Tribunaux*» senza, quindi, correttamente garantire il principio di preminenza del diritto. Questa affermazione⁶³, tuttavia, non risulta essere decisiva ed è per questo che la Corte si è avvalsa del canone della implicazione dichiarando: «*ogni Stato contraente potrebbe senza violare tale disposizione o sopprimere i suoi organi giurisdizionali o sottrarre alla loro competenza la cognizione di certe categorie di controversie di carattere civile, per affidarle ad organi dipendenti dal potere esecutivo*»⁶⁴.

Da tale fondamentale sentenza, quindi, è sancito un diritto al processo, così che lo Stato nazionale non può negare al suo cittadino il ricorso alla tutela giurisdizionale per la difesa dei suoi diritti sostanziali, anche adottando modi di esercizio del diritto innanzi all'autorità giudiziaria non ragionevoli o allorquando, la tutela è resa particolarmente difficile, come ad esempio, nell'ipotesi in cui siano previsti termini di prescrizione e di decadenza eccessivamente brevi.

Alla luce di quanto sopra esposto si può affermare che la norma consacrata nell'art. 6 CEDU costituisce un modello internazionale europeo di processo equo, avente l'autorità di imporsi entro i confini dei singoli ordinamenti nazionali, nonché costituisce un modello di interpretazione e di orientamento dei singoli sistemi e delle garanzie processuali⁶⁵.

⁶³ La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Loizidou* contro Turchia del 23 marzo del 1995 ha affermato che la Convenzione costituisce «un atto costituzionale dell'ordinamento pubblico europeo», Ved. la sentenza in Riv. internaz. dir. uomo, 1995, p. 483 ss.

⁶⁴ Vedi il par. 34 della sentenza in esame.

⁶⁵ La possibilità di trarre dalla c.d. *Konventionskonforme Auslegung* (e quindi dal modello internazionale di processo equo) criteri integrativi che - a prescindere dal rango di norma ordinaria, comunque ascrivibile alle leggi di ratifica - siano in grado di orientare il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri interpretativi, applicativi o strumentali, e ribadita con specifico vigore soprattutto laddove quei sistemi nazionali di garanzie processuali si rilevino dotati di una carente od incompleta copertura costituzionale. Ciò vale ad es. con riguardo alle garanzie del *Grunggesest* tedesco (sul che, si veda E. SCHUMAN, *Menschenrechtskonvention und Zivilprozeb*, in *Festschrift für K.H. Schwab zum 70 Geburtstag*, München 1990, pp. 449-463, spec. pp. 452-462), oppure anche nell'ordinamento francese, in cui, fra l'altro, manca

3.3 L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata approvata dal Parlamento, dalla Commissione e dal Consiglio dell'Unione Europea, a Nizza nei giorni sette e nove dicembre del 2000.

Essa, nonostante i suoi contenuti e la sua rilevanza in tema di riconoscimento dei diritti fondamentali, non ha avuto, sin da subito, valore giuridico obbligatorio, difatti, la Carta, con talune rivisitazioni, è stata nuovamente proclamata e firmata dai Presidenti del Parlamento, della Commissione e del Consiglio il 12 dicembre del 2007.

La Carta, in virtù del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, dal 1° dicembre 2009, ha acquistato pieno valore giuridico (ma con talune limitazioni per il Regno Unito e la Polonia)⁶⁶.

La Carta non nasce come un proclama di condanna del passato, al pari, ad esempio, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la quale nel 1948, all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale, aveva avuto l'intento di fissare principi di libertà e democrazia, come negazione e reazione alle dolorose vicende belliche.

La Carta di Nizza, invece, si propone di riassumere e ricomprendere principi e valori già presenti nel patrimonio culturale, sociale e giuridico della Comunità europea e che, come abbiamo visto con la Convenzione di Roma del 1950 ed ulteriori Convenzioni internazionali di cui si dirà, avevano già avuto un loro riconoscimento formale.

Lo spirito della Carta, di riaffermazione di valori e principi già presenti nella Comunità europea, è espressamente consacrato nel Preambolo, ove si legge: *«La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal*

una garanzia costituzionale che consacri l'accesso alle corti di giustizia (in argomento da ultimo, T.S. RENOUX, *Le droit au recours juridictionnel* in *La Semaine Juridique*, in Jcp, 67, 1993, pp. 211-216, spec.211-213 e con altri accenni, L.P. COMOGLIO in *Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale*, in *Riv.dir.proc.*, 1993, pp. 465-490, spec. 481-483. Per un più ampio quadro L. P. COMOGLIO, in *Modelli di garanzia costituzionale del processo*, pp. 737-741.

⁶⁶ U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, p. 20.

Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte».

Essa è, dunque, un proclama definito dalla prevalente dottrina come *«un grande atto di ricognizione storica: un atto che attribuisce forma scritta e solenne a ciò che è ritenuto già patrimonio della Comunità»*⁶⁷.

L'art. 51 della Carta, ne ha, poi, fissato l'ambito di applicazione, espressamente statuendo che le disposizioni si applicano alle Istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Con ciò si osserva che la Carta non si prefigge di interferire sugli ordinamenti interni e nella disciplina processuale civile dei singoli Stati, ma le norme in essa contenute devono essere rispettate dagli Stati membri, allorquando essi devono attuare il diritto dell'Unione europea.

Sono previste norme che sanciscono dei livelli di garanzia «cd. esterni» in favore della stessa.

L'art. 52 prevede al primo comma una riserva di legge, in base alla quale limitazioni ai diritti contenuti nella Carta possono essere previste esclusivamente per legge ed in ogni caso, in modo da rispettare il contenuto essenziale di tali diritti.

La norma prevede anche che eventuali limitazioni devono essere fatte nel rispetto del principio di proporzionalità, ovvero quando ciò risulti essere necessario per il perseguimento di un interesse generale comunitario, oppure al fine di non ledere un diritto o una libertà altrui.

Dalla lettera della norma al 3° e 4° comma si evince che i diritti della Carta devono essere esercitati nei limiti e alle condizioni previste dai vari Stati membri e che per i diritti consacrati anche nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essi hanno eguale portata, fermo restando la potestà dell'Unione di dare una protezione più estesa.

Altra norma cardine al fine di tutelare la Carta di Nizza è l'art. 53, il quale recita: *«Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni*

⁶⁷ N. TROCKER, *Diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, Padova, 2009, p. 453 ss.

internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

Tale norma realizza un livello di protezione uniforme rispetto al panorama pubblicistico internazionale⁶⁸.

In tale quadro complessivo si inserisce l'art. 47, nel capo VI «Giustizia», il quale è intitolato: «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale».

L'art. 47 recita: «*Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.*

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge.

Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

Prima di entrare nel merito della disposizione e nel suo contenuto, in parte riproduttivo di principi già enunciati ed in altra parte, per quanto si dirà, innovativo, si osserva che l'art. 47 ha certamente trovato ispirazione in taluni precedenti che di seguito si enunciano. Un precedente è rinvenibile nell'art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948⁶⁹, nel punto in cui tale norma fissa il principio della «*tutela effettiva*» dei diritti fondamentali.

Medesimo principio è poi, rinvenibile nell'art. 13 CEDU del 1950, ove la norma recita che: «*Ogni persona...ha diritto a un ricorso effettivo...*»⁷⁰.

⁶⁸ Si rammenti il IX Emendamento, apportato nel 1791 alla Costituzione federale nordamericana del 1787: «*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*», Ved. L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1988, pp. 774-777.

⁶⁹ Art. 8 Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo: «*Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge*».

⁷⁰ Art. 13 Convenzione europea dei diritti dell'uomo: «*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*».

Quanto al diritto ad un processo equo, si ricorda l'art. 10 della Dichiarazione Universale del 1948, l'art. 6 CEDU, nonché l'art. 14 1° comma del Patto internazionale sui diritti civili e politici stipulato a *New York* il 6 dicembre del 1966, ove si legge: «*Ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge*».

Il precedente che, però, riassume in sé, più di ogni altro, la portata complessiva della norma di cui all'art. 47 della Carta, è l'art. 19 della Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali, adottata dal Parlamento europeo, con la risoluzione del 12 aprile del 1989. L'art. 19, intitolato «Accesso alla giustizia», nei tre commi di cui si compone, statuisce rispettivamente, «il diritto di accesso alla giustizia», «il diritto al processo equo» ed «il principio di effettività».

Passando all'esame dell'art. 47 ed all'analisi dei diritti che in esso sono espressamente riconosciuti, è interessante richiamare la suddivisione operata da una parte della dottrina ed in particolare di Luigi Paolo Comoglio⁷¹, il quale individua nel diritto alla difesa tecnica - Art. 47, 3° comma - e nel diritto al gratuito patrocinio - Art. 47, 4° comma - un sistema coordinato di garanzie, che seppur presenti nella regolamentazione del processo equo europeo, emergono maggiormente rafforzate ed ampliate⁷² nell'art. 47, così ribadendo il diritto all'effettivo accesso alle Corti, soprattutto con la previsione del diritto al patrocinio statale gratuito assicurato ai meno abbienti⁷³.

Quanto al secondo comma dell'art. 47, la norma riproduce, in altro modo, il modello di processo equo già enunciato nell'art. 6 della CEDU, così ribadendo la natura della Carta, quale riaffermazione di principi e valori già presenti nel patrimonio culturale e giuridico europeo.

Vi è nel secondo comma la riproduzione dei «valori fondamentali processuali» del processo equo, non solo già appartenenti alla cultura giuridica europea, ma in effetti, ancor prima, riconducibili al «*fair trial*» del «*due process of law*»⁷⁴.

⁷¹ L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, p. 129 ss.

⁷² L'ampliamento delle garanzie è determinato dalla lettera della norma Art. 47 Carta di Nizza, ove è previsto: «...nella potestà individuale di farsi "consigliare"».

⁷³ L.P. COMOGLIO, *Access to justice and Constitutional Rights in Italy*, in *Rapports Nationaux Italiens, au XV Congrès International de Droit Comparé* -, Milano, 1998, pp. 511-542.

⁷⁴ L. P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.civ.*, 1991, pp. 673-741, spec.731 ss. anche in *Studi in onore di V. DENTI*, Vol.I, Padova, 1994, pp. 297-381 ed in *Valori etici ed ideologie del giusto processo (modelli a confronto)*, in *Riv.Trim.dir.proc.civ.*, 1998, pp. 887-938, spec. pp. 897 - 938.

È, invece, nel primo comma dell'art. 47 della Carta il vero motivo di novità, nel punto in cui la norma fissa «il principio effettività», mediante il ricorso «effettivo» dinnanzi al giudice.

L'interpretazione dell'effettività, che, nella traduzione italiana del testo della Carta, sembrerebbe avere un contenuto limitato al mero accesso alla giustizia, ha invece un contenuto più ampio, per come emerge più chiaramente dalle versioni inglese e tedesca ove rispettivamente si parla di «*right to an effective remedy*» e «*rechtauf einem wirksamen rechtsbehelf*»⁷⁵.

L'effettività deve essere intesa in senso più ampio, cioè nel senso della tutela effettiva del ricorso al giudice, cosicché la norma processuale si pone quale strumento di tutela del diritto sostanziale.

In altri termini il primo comma dell'art. 47 della Carta deve essere interpretato alla stregua del brocardo latino «*ubi remedium ibi ius*», il quale è alla base del binomio «*substance-procedure*», tanto caro alle tradizioni del *common law*.

L'effettività del diritto dipende, dunque, non solo dalla possibilità di ricorrere al giudice, ma anche di ottenere una effettiva reintegrazione dei diritti violati, anche attraverso le varie forme di tutela (a seconda della loro natura, cognitiva, cautelare o esecutiva).

Il citato principio rappresenta il frutto del percorso evolutivo iniziato con le succitate Convenzioni internazionali del XX secolo, consacrato nella Carta di Nizza anche grazie al significativo apporto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁷⁶.

⁷⁵ Le altre versioni linguistiche del primo comma dell'art. 47 della Carta, rispetto a quella italiana, presentano fra loro divergenze non irrilevanti.

La versione francese: «*Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit a un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article*».

La versione inglese: «*Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this article*».

La versione tedesca: «*Jede person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem artikel vorgesehenem Bedingungen bei einem Gericht einem wirksamen Rechtsbehelf einzulegen*».

La versione spagnola: «*Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de Union hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo*».

⁷⁶ F. MATSCHER, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 215 ss.

4. Il fondamento costituzionale del giusto processo: l'art. 111 Cost.

4.1 L'antecedente storico, politico e giudiziario

Prima di affrontare il tema dei lavori preparatori alla modifica costituzionale dell'art. 111 Cost. del 1999, è interessante osservare quale fosse il clima sociale e politico, in cui si innescarono le rilevanti vicende giudiziarie di quegli anni.

Agli inizi degli anni '90 in Italia da una parte si assiste alla inchiesta giudiziaria denominata «mani pulite», nella quale fu coinvolta buona parte del sistema politico italiano per motivi di malaffare e corruzione, che condusse alla fine della «c.d. prima Repubblica».

Dall'altra negli stessi anni era in corso una poderosa offensiva dello Stato nei confronti della mafia; vicenda che ebbe, al suo apice, gli attentati ai giudici Falcone e Borsellino.

Lo Stato in tale contesto sociale e politico, sentì l'esigenza di fortificare i suoi poteri, ed è in tale prospettiva storica che deve essere interpretato l'orientamento assunto dalla Corte Costituzionale, definito da molti come invasivo del potere parlamentare legislativo.

È da ricordare che il processo penale in Italia era disciplinato a far data dal 1930 dal codice Rocco, orientato ad un modello misto, di origine inquisitoria e che negli anni oggetto della presente disamina, era stato da poco riformato, precisamente nel 1988, con l'adozione del codice Vassalli, orientato, invece, al modello accusatorio⁷⁷.

La riforma del processo penale era stata di portata epocale, perché aveva rappresentato un radicale cambio di direzione, posto che il processo inquisitorio (da cui direttamente discendeva quello misto) era volto alla ricerca della «verità storica», anche sacrificando l'interesse dell'individuo in favore di quello della comunità, mentre il rinnovato processo accusatorio, introdotto in Italia nel 1988, era improntato alla rinuncia della ricerca della verità storica, in favore di una realtà processuale, desumibile esclusivamente dalle risultanze processuali, secondo il brocardo «*Iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*», così avvalendosi delle prove formate in contraddittorio davanti al giudice, con il contributo diretto delle parti⁷⁸.

È ben comprensibile come la riforma del processo penale, che era stata una vera e propria rivoluzione di metodo, era idonea ad incidere fortemente sui processi incardinati nell'ambito delle gravi vicende sociali e politiche di quegli anni.

⁷⁷ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, Roma-Bari, 1985, p. 13.

⁷⁸ P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, p. 45.

Cosicché, in tema di prova, mentre, secondo il modello processuale precedente, gli atti di istruzione erano utilizzabili dal giudice del dibattimento, nel processo penale riformato le prove si potevano formare solo in dibattimento.

Significativa era la portata dell'art. 500 c.p.p. in tema di assunzione in dibattimento delle dichiarazioni dei testimoni e l'art. 513 c.p.p., avente ad oggetto l'assunzione in dibattimento delle dichiarazioni degli imputati in procedimenti connessi.

I giudici in quegli anni avevano preso ad adottare decisioni, il cui convincimento non si era formato secondo le nuove regole probatorie del processo penale, anche sollevando varie questioni di legittimità costituzionale.

La Corte Costituzionale con due sentenze del 1992 la n. 254⁷⁹ relativa all'art. 513 c.p.p. e la n. 255 relativa all'art. 500 c.p.p., aveva fatto cadere la regola che impediva il passaggio nel dibattimento delle dichiarazioni rese dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero nella fase delle indagini, così consentendo, in seguito alle contestazioni mosse alla persona che rendeva in dibattimento dichiarazioni diverse da quelle verbalizzate nella fase delle indagini, l'acquisizione del relativo verbale. Poteva, inoltre, darsi lettura delle dichiarazioni rese dagli imputati in procedimenti connessi, così da fornire rilevanza ad atti che si erano formati al di fuori del dibattimento ed al fuori del contraddittorio⁸⁰.

La Corte Costituzionale nelle richiamate pronunce si era avvalsa del «principio di non dispersione della prova e di ricerca della prova» (già appartenente al modello inquisitorio del processo penale) e nonostante le aspre critiche, il portato delle pronunce della Corte era stato avallato dal legislatore con il D.L. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356), al fine di contrastare la criminalità mafiosa, in seguito agli attentati che avevano causato la morte dei giudici Falcone e Borsellino.

A distanza di qualche anno, quando ancora riecheggiava la vicenda di «tangentopoli», la reazione del Parlamento si è concretizzata con la Legge n. 267 del 1997, che ha modificato l'art. 513 c.p.p., con l'esclusione dell'utilizzabilità delle dichiarazioni dei coimputati e degli imputati in un procedimento connesso, qualora si fossero rifiutati di sottoporsi

⁷⁹ Corte Cost., 03.06.1992 n. 254 in *Foro It.*, 1992, I, pp. 2012-2032, con note di DI CHIARA, *L'inquisizione come "eterno ritorno": tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/1992 della Corte Costituzionale*; G. FIANDACA, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Il Foro it.*, 1999.

⁸⁰ P. L. COMOGLIO, *Lessico delle prove, ricerca della verità e poteri del giudice penale*, nel vol. *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, pp. 272-282.

all'esame dibattimentale, con portata incisiva in molti processi e recupero del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

La Corte Costituzionale, pertanto, è intervenuta, ancora una volta, con la sentenza n. 361/1998⁸¹, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 513 c.p.c. e delle disposizioni ad esso collegate - artt. 500 e 238 c.p.p. - consentendo l'utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte in fase di indagini.

Ed è in seguito a questa sentenza che il Parlamento ha ritenuto di intervenire, in via definitiva, con la costituzionalizzazione del modello accusatorio e con la modifica dell'art. 111 Cost. nel novembre del 1999.

4.2 I lavori preparatori

L'esigenza di attribuire un fondamento costituzionale alle garanzie processuali riconosciute esplicitamente solo da fonti esterne al nostro ordinamento, si sentì forte e chiara, come detto, all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 361/1998.

Ancor prima, però, da più parti ed in *primis* in ambito politico, si era sentita l'esigenza di costituzionalizzare i principi cardine del giusto processo, posto che le sentenze n. 254 e 255 del 1992 della Corte, avevano già esse operato una svolta inquisitoria e la sottrazione della garanzia del contraddittorio era stata vissuta come una usurpazione della funzione legislativa.

Con Legge Costituzionale n. 1 del 24 gennaio 1997 fu istituita la Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali, con espressa attribuzione di predisporre progetti di revisione della Parte II della Costituzione.

Contemporaneamente il Parlamento con la Legge n. 267 del 7 agosto del 1997, provvedeva a modificare l'art. 513 c.p.p., ripristinando le garanzie del contraddittorio, nei termini innanzi indicati.

La Bicamerale (istituita all'epoca del governo D'Alema), formata da 35 deputati e da 35 senatori, anche in virtù del diffuso consenso ricevuto da una proposta di riforma che manifestava l'esigenza di disciplinare i principi del giusto processo espressamente nel testo costituzionale, presentò alle Camere il 4 novembre del 1997 un progetto di legge.

⁸¹ Corte Cost., 02.11.1998, n.361, in *Foro It.*, 1998, I, pp. 3441-3463, con nota di DI CHIARA *Art.513 cpp e riprogettazione (manipolativa) dello statuto dell'imputato - teste: appunti sparsi "a prima lettura" su Corte Cost.361/98.*

Le linee programmatiche trovarono attuazione, in particolare, nell'art. 130 del progetto di riforma, il quale prevedeva: «*la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza; ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e davanti ad un giudice terzo; la legge ne assicura la ragionevole durata*».

Il testo fu accolto positivamente, anche se non fu scevro da critiche, posto che i dubbi sorsero in considerazione del fatto che nel progetto erano affermati principi guida, la cui portata risultava condizionata dalla preesistenza di dette garanzie negli Atti internazionali, così rischiando di conservare un effetto esclusivamente simbolico⁸².

Il rischio sembrava essere quello che le disposizioni, così espresse, avessero un'eccessiva rigidità, con difficile coordinamento con gli elementi peculiari dei differenti modelli processuali⁸³.

In ogni caso, benché il tentativo di riforma operato con il progetto della Bicamerale, fallì definitivamente il 9 giugno del 1998, con l'ufficiale scioglimento della Commissione (soprattutto determinata da divergenze di ordine politico), si può affermare che i principi del giusto processo definiti nell'art. 130 del progetto, furono in larga parte ripresi nella futura riforma costituzionale dell'art. 111 Cost.

È interessante osservare che il testo dell'art. 130 nel progetto della Commissione non fa cenno alla regola del contraddittorio nella formazione della prova, che sarà, invece, al centro del testo del nuovo art. 111 Cost., cosicché non sembra azzardato pensare che, le sentenze della Corte Costituzionale del 1992, ancora non avevano formato (all'epoca della presentazione del progetto), quella consapevolezza di dover giungere alla consacrazione di un contraddittorio forte.

Consapevolezza che sopraggiungerà solo dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 513 c.p.p. con la sentenza della Corte Costituzionale n. 361 del 2 novembre 1998⁸⁴.

⁸² P. FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Crit.dir.*, 1999, pp. 164 ss. identica terminologia è adottata da V. GREVI, *Processo penale e riforme costituzionali nel faticoso cammino della Commissione Bicamerale*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 130, il quale, sia pure in disamina di una parte del testo, sottolinea come sia «difficile sfuggire alla sensazione di una norma-bandiera, di forte sapore retorico».

⁸³ V. GREVI *op. cit.*, p. 137, il quale evidenzia il concreto pericolo "di preconstituire nel seno della Costituzione delle barriere rigide idonee a configurarsi come preclusive rispetto a soluzioni di mediazione tra opposte esigenze (di garanzie individuali e, rispettivamente, di accertamento dei fatti) tipiche della sfera di discrezionalità del legislatore processuale penale.

⁸⁴ G. UBERTIS, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale e la previsione del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 44 ss. ed in P. FERRUA, *Op. cit.*, p. 11.

Dopo il fallimento della Bicamerale ed in esito alla pronuncia n. 361/1998 della Corte Costituzionale, da più parti ebbe spazio l'idea che la Corte avesse debordato dalla propria competenza e che i principi del nostro ordinamento stessero andando non solo, in ambito penale in collisione con il modello accusatorio del codice Vassalli del 1988, ma anche in senso opposto rispetto ai principi del giusto processo che avevano oramai trovato affermazione in ambito internazionale e comunitario.

Tanto più che, mentre le sentenze dalle Corte Costituzione del 1992 avevano coinvolto le disposizioni codicistiche, materialmente compilate dalle commissioni in virtù di delega, la sentenza del 1998 aveva direttamente contrastato il portato della L. 267/97, approvata a larghissima maggioranza dal Parlamento stesso, che, così vedeva minacciato il suo valore e le sue funzioni.

Questo era almeno il sentimento politico dell'epoca, ove sia maggioranza che opposizione avevano sentito come intrusiva l'attività della Consulta nell'ambito e nella funzione legislativa⁸⁵.

Al punto che furono presentati ben dodici progetti di riforma costituzionale, di cui è significativo uno di essi, poi accantonato, che era volto alla modifica dell'art. 136 Cost., così da sottrarre alla Corte le sentenze manipolative, sia nella forma sostitutive che additiva⁸⁶.

Gli altri undici progetti di riforma, poi, confluirono in un unico progetto ed in breve tempo (poco meno di un anno), la riforma costituzionale è stata approvata definitivamente dalla Camera nella seduta del 1° novembre del 1999, con un *quorum* non inferiore ai due terzi, così da metterla al riparo dalla richiesta di referendum.

L'esigenza di celerità, probabilmente, ha influito sul recupero dei principi già contenuti nel progetto della Commissione Bicamerale, tanto che nell'iter formativo emerge con chiarezza la ricerca di giungere ad un veloce ed ampio consenso parlamentare.

⁸⁵ In realtà di sentenze «additive» la Corte ne aveva emanate da oltre trent'anni. Esse indubbiamente hanno rappresentato un'espansione del potere e della sfera di intervento della giustizia costituzionale, ma sono alla base dello sviluppo del nostro sistema di libertà costituzionali e dell'attuazione positiva che la Costituzione ha avuto in questi quaranta anni. Non si è trattato, dunque, solo di un'espansione di poteri, ma dell'utilizzazione flessibile dello strumento giudiziario per realizzare i fini costituzionali, specie nel settore delle libertà.

⁸⁶ C/5371 (Modifica all'articolo 136 della Costituzione, in materia di poteri della Corte costituzionale), presentato il 5 novembre 1998 dai deputati Soda ed altri.

4.3 Il giusto processo nella giurisprudenza di legittimità antecedente alla riforma

I principi del giusto processo sono rinvenibili nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, prima ancora della modificazione operata dalla Legge Costituzionale n. 2 del 1999.

Le pronunce della Consulta, soprattutto risalenti al ventennio anteriore alla riforma del 1999, hanno tratto spunto dalla comparazione con altri ordinamenti e dal pensiero del «giusnaturalismo processuale», con ciò riferendosi al diritto naturale processuale.

A seguito del riconoscimento del «giusto processo» nell'art. 6 CEDU, la dottrina⁸⁷ ha cominciato ad interrogarsi sul rapporto tra il diritto naturale e le regole processuali naturali, quali *minimum* di garanzie aderenti ai valori etici appartenenti alla natura umana e preesistenti alla norma processuale.

Le regole minime del processo naturale, sedimentate nei secoli, possono ricondursi ai principi dell'imparzialità del giudice «*nemo iudex in causa propria*» e di quello del contraddittorio «*audiatur et altera pars*», che è il fulcro del giusnaturalismo processuale⁸⁸.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale, nel periodo anteriore alla riforma del 1999, è stata, altresì, influenzata dalle norme di diritto internazionale e comunitario, ancorché esse siano prive di rango direttamente costituzionale.

Le numerose pronunce, hanno ripetutamente affermato che l'ordinamento processuale debba essere informato al giusto processo, quale «*esigenza suprema che non si risolve in affari di singoli, ma assurge a compito fondamentale di una giurisdizione che non intenda abdicare alla primaria funzione di 'dicere ius', di cui i diritti di agire e di resistere nel processo rappresentano soltanto i veicoli necessari in non diversa guisa delle norme*

⁸⁷ V. DENTI, *Valori Costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 443-464; E. AMODIO, *Giusto processo, proces equitabile e fair trial, la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p.93-108; M. TARUFFO, *La semplice verità, il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari-Roma, 2009, pp. 23-31; M. CAPPELLETTI, *Fundamental guarantees of the parties in Civil proceedings. General report*, in *Fundamental guarantees of the parties in Civil litigation: studies in National, international and comparative law*, a cura di M. CAPPELLETTI e D. TALLON, Milano, New York, 1973, pp. 661-773; KUNT WOLFGANG NORR, *Naturrecht und zivilprozess. Studien zur Geschichte des deutschen zivilprozess rechts während der naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976.

⁸⁸ P. STEIN e J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, p. 114: «*La giustizia nell'applicazione del diritto esige anche il riconoscimento di certi principi di fairness nel processo. Alcuni di questi principi hanno finito per essere noti nel loro insieme come principi di giustizia naturale (natural justice). Essi riguardano il modo in cui dovrebbe procedere chiunque esercita la funzione giudiziale, in Tribunale o in altra sede; nel caso in cui tali principi siano violati, il procedimento dovrà essere annullato*».

disciplinatrici della titolarità e dell'esercizio della potestà dei giudici», come riportato nella sentenza della Corte Costituzionale n. 137 del 1984.

Su tali premesse di carattere generale, la Corte Costituzionale ha individuato, prima ancora della nuova formulazione dell'art. 111 Cost., i principi del giusto processo nel diritto di azione e di difesa di cui all'art. 24, commi 1° e 2°, per la giustizia ordinaria, e 113, per le controversie dinanzi la pubblica amministrazione; il principio di eguaglianza formale e sostanziale delle parti a norma dell'art. 3, commi 1° e 2°; la precostituzione per legge del giudice «naturale», ai sensi dell'art. 25; l'autonomia e l'indipendenza del «terzo potere», quindi sia della magistratura che del singolo giudice, di cui agli artt. 101 e ss.; la garanzia del ricorso straordinario per cassazione - art. 111, comma 7°, Cost. - avverso le sentenze ed i provvedimenti limitativi della libertà personale.

Volendo accorpare le citate garanzie in relazione ai diritti tutelati, esse si possono rinvenire nei diritti fondamentali della persona ed in particolare negli artt. 2 e 3 Cost.; nei diritti alla tutela giurisdizionale artt. 24 e 25 Cost.; quanto nel sistema degli organi giudiziari artt. 101 e 113 Cost.

L'individuazione di garanzie minime rinvenibili della citate disposizioni, hanno consentito alla Corte di configurare una nozione di «giusto processo», caratterizzata dal diritto all'azione ed alla difesa, dalla celerità del giudizio, dalla razionalità dei termini congrui, dalla previsione di preclusioni che non siano tali da rendere eccessivamente difficoltosa la difesa in giudizio e soprattutto dal principio del contraddittorio, fondato sull'eguaglianza delle parti dinanzi al giudice e rinvenibile dalla combinazione tra gli artt. 3 e 24 Cost.

Per questa via si sono succedute un gran numero di pronunce della Corte, tra le quali (senza l'intento di presentarne una rassegna esaustiva, ma solo esemplificativa⁸⁹) è significativa la sentenza n. 102/1986, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 100 primo comma L.F., per contrasto con l'art. 24 comma 2 Cost., nella parte in cui ciascun creditore poteva impugnare ex art. 98 L.F. i crediti ammessi, con ricorso al Giudice Delegato entro 15 giorni dalla data di deposito dello stato passivo in Cancelleria, anziché dalla ricezione della raccomandata con avviso di ricevimento, con il quale il Curatore deve dare notizia

⁸⁹ Per l'analisi puntuale delle oltre cinquanta pronunce in cui la Corte fa esplicito riferimento al «giusto processo», si rinvia a M. CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, cit., spec. par. 2.

dell'avvenuto deposito ai creditori che hanno presentato domanda di ammissione al passivo.

In tal caso la Corte è intervenuta, applicando il principio del giusto processo, con riferimento ad una norma suscettibile di impedire, nei fatti, l'esercizio del diritto di opposizione allo stato passivo, ai sensi degli artt. 98 e 99 L.F.

Da menzionare, ancora, è la sentenza n. 137/1984 della Corte Costituzionale, con riguardo all'art. 24 Cost., che ha ritenuto contrario al principio del giusto processo e per l'effetto ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, l'art. 648 c.p.c., secondo comma, nella parte in cui dispone che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il giudice istruttore, se la parte che ha chiesto l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo, offre cauzione per l'ammontare delle eventuali restituzioni, spese e danni, debba e non possa concederla solamente dopo aver deciso gli elementi probatori di cui all'art. 648, primo comma, c.p.c. e la corrispondenza dell'offerta cauzione all'entità degli oggetti indicati nel comma secondo del medesimo art. 648 c.p.c.

Si menzionano, tra le altre, le sentenze n. 124/1992, n. 131/1996 e n. 155/96 rese dalla Corte sull'art. 34 comma secondo c.p.p., le quali, in tema di incompatibilità del giudice ed in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., hanno identificato e circoscritto particolari situazioni processuali in cui, nell'ambito del medesimo procedimento, il giudice non può più considerarsi imparziale, trovandosi, quantomeno, per effetto della mera prevenzione, in una situazione di incompatibilità con il corretto esercizio delle funzioni attribuitegli.

È il caso del giudice, il quale chiamato a decidere, ha già emesso un precedente provvedimento dotato di una pur sommaria incidenza contenutistica sul merito del procedimento, così risultando fortemente condizionato nell'imparzialità della decisione.

La nozione di giusto processo, formulata dalla copiosa giurisprudenza della Corte Costituzionale in data anteriore alla riforma del 1999, ha interrogato la dottrina in ordine alla necessità ed utilità dell'intervento riformatore.

Parte della dottrina ha avuto opinioni dissenzienti⁹⁰, in ordine alla portata innovativa della novella del 1999, affermando che la riforma si era limitata alla mera riproduzione di contenuti normativi già presenti a livello costituzionale.

⁹⁰ P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, p. 90; G. UBERTIS, voce *Giusto processo* (Diritto processuale penale), in *Enc. dir., Annali*, 1, Milano, 2008, p. 419 ss.; S. LA CHINA, *Giusto processo, laboriosa utopia*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 1111 ss.; L.P. COMOGLIO, *Il giusto processo nella dimensione*

Altra parte della dottrina, tra cui la voce autorevole di Nicola Picardi⁹¹, ha adeguatamente valorizzato la recezione nel nostro ordinamento del principio del giusto processo, soprattutto in considerazione delle preesistenti garanzie costituzionali minime, cosicché si può attuare un processo giusto ove: *«non sia sufficiente l'osservanza formale delle regole processuali, ma è necessario che sia recuperato l'aspetto etico, oltre che logico del processo, a cominciare dal comportamento leale delle parti»*.

Del resto è agevole osservare che il novellato art. 111 Cost. ha espressamente adottato terminologie sino ad allora ignote alla Carta Costituzionale - «giusto processo», «contraddittorio», «giudice imparziale e terzo», «ragionevole durata» - che costituiscono un'oggettiva innovazione foriera di riflessi sugli istituti processuali, per cui questa parte della dottrina⁹² ha salutato la novella come un «mutamento di prospettiva» nello scenario processuale.

4.4 I sintagmi del giusto processo

Il Parlamento italiano ha introdotto nella Carta fondamentale, nell'art. 111, con voto pressoché unanime, i primi due commi che enunciano una serie di garanzie applicabili a tutti i processi in generale, nonché altri tre commi dedicati esclusivamente al processo penale.

Oggetto della presente disamina sarà il primo e secondo comma dell'art. 111 Cost.: *«La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata»*.

Della novella in questione, solo i primi due commi sono riferibili al processo civile, dato che essi trattano del processo in generale. Riguardano esclusivamente il processo penale, invece, i commi che vanno dal terzo al quinto, mentre le restanti disposizioni sono rimaste immutate rispetto al precedente testo dell'art. 111, tra cui la previsione del ricorso

comparatistica, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 702 ss. - S. CHIARLONI, voce *Giusto processo* (Diritto processuale civile), in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2008, pp. 403 ss.; S. TARULLO, voce *Giusto processo*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, pp. 377 ss.

⁹¹ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2019, p. 251.

⁹² N. TROCKER, *Il valore costituzionale del giusto processo*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. CIVININI e C. VERARDI, Milano, 2001, p. 595; in riferimento al «mutamento di prospettiva», soprattutto C. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in *"Riflessioni sulla giustizia (in)civile"*, Torino, 2011, p. 354.

straordinario per cassazione, che oggi si trova disciplinata al settimo comma (precedentemente inserito al secondo comma).

4.5 Il giusto processo regolato dalla legge

Il primo comma dell'art. 111 Cost. nell'affermare che «*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*», pone una riserva di legge.

Il mondo accademico, si è, da subito, interrogato sulla portata della norma, sentendo l'esigenza, secondo una parte della dottrina di discostarsi dalla riduttiva interpretazione meramente letterale della disposizione.

Una lettura meno rigida e non esclusivamente esteriore del termine «*regolato dalla legge*», conduce inevitabilmente a ritenere che il giusto processo, non debba essere necessariamente regolato, anche in dettaglio, dalla legge, ma che possa essere demandato anche al giudice il potere di bilanciare gli interessi contrapposti.

Nel richiamare, sul punto, gli scritti di Picardi⁹³, si è parlato, a proposito del primo comma dell'art. 111 Cost., di riserva di legge rinforzata, nel senso che la Costituzione, non si limita a rinviare alla fonte legislativa, ma al secondo comma dell'art. 111 Cost. specifica, quali siano le «*garanzie minime*», che la legge deve rispettare, come requisiti necessari e sufficienti, perché possa attuarsi un processo giusto ed equo.

La Costituzione, difatti, al secondo comma dell'art. 111 Cost., precisa che il processo deve svolgersi in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale e la legge ne assicura la ragionevole durata.

Nell'affidare la trattazione dei singoli sintagmi del giusto processo alle pagine che seguono, si può osservare che se da una parte la riserva è «*assoluta*», nel senso che la materia processuale non può essere regolata da altre forme normative che non siano la legge, sicché sarebbe incostituzionale un processo disciplinato in parte da regolamenti amministrativi come avviene in Francia⁹⁴, dall'altra, la riserva contenuta nel primo comma dell'art. 111 Cost. può anche dirsi «*relativa*», nel senso che sebbene il processo debba essere regolato dalla legge, non può affermarsi che la fonte legislativa debba necessariamente regolare il processo con assoluta puntualità e completezza.

⁹³ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2019, p. 252.

⁹⁴ S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 129.

Ed infatti, ad esempio, nel rito sommario, nei filtri di ammissibilità in appello ed in Cassazione, nel procedimento cautelare e nel giudizio equitativo, assistiamo ad una regolamentazione, in parte affidata al Giudice e non rigorosamente regolamentata dalla norma, senza che, con ciò, i processi non possano dirsi equi e giusti.

Anzi, osserva il Picardi, che una rigidità assoluta del procedimento, quando si impone ad esempio un'esigenza di speditezza (si pensi alla declaratoria dello stato di abbandono di un minore), è certamente suscettibile di non realizzare un processo giusto, perché potrebbe comprometterne l'effettività della tutela.

Per questo motivo la riserva di legge deve essere adeguatamente interpretata ed intesa come esigenza di demandare al legislatore di predeterminare le componenti essenziali del giusto processo, anche affidando ad altra fonte di regolamentazione la disciplina in dettaglio.

Una differente interpretazione, improntata al formalismo ed all'interpretazione letterale della norma, del resto, trova ostacoli in evidenze non diversamente superabili.

Si pensi al processo innanzi alla Corte Costituzionale, ove le fonti primarie sono integrate da una deliberazione della stessa Corte, che hanno, nella sostanza, natura regolamentare⁹⁵.

O anche a tutti quei processi ove l'esercizio dei poteri del giudice e delle parti non è regolato direttamente dalla legge, ma è rimesso al potere d'ufficio, che individua i modi, forme e termini del processo (sempre nel rispetto dei principi fondamentali).

È il caso dell'art. 669 *sexies* c.p.c., il quale intitolato «Procedimento», fissa le linee essenziali dei procedimenti cautelari ed al primo comma, recita espressamente: *«Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, provvede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento»*.

O anche si pensi all'art. 700 c.p.c., che disciplina i provvedimenti d'urgenza, il quale segue le medesime regole processuali ed ove il potere discrezionale del giudice nel regolare il procedimento è ancor più deformalizzato dalla natura generica del rimedio, che si pone quale misura residuale a cui ricorrere in tutti i casi *«non regolati nelle precedenti sezioni»*. Ed ancora si ricorda il procedimento sommario di cognizione, regolato dagli artt. 702 *bis* e ss., ove espressamente l'art. 702 *ter*, intitolato «Procedimento», al quinto comma recita:

⁹⁵ B. CAPPONI E R. TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2018, p. 26 ss.

«Se non provvede ai sensi dei commi precedenti, alla prima udienza, il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, provvede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande».

Tutte le norme processuali innanzi richiamate, fanno espressamente salvo il diritto di difesa ed il contraddittorio, devolvendo al giudice il modo più opportuno per regolare il processo, anche in relazione alla complessità e natura della questione, ai fini del provvedimento richiesto.

Esse sono certamente idonee a qualificare come «relativa» la riserva di legge, contenuta nel primo comma dell'art. 111 Cost., tanto più che le tutele che in via meramente esemplificativa sono state innanzi richiamate, quali la tutela cautelare e la tutela sommaria, sono contraddistinte da un'esplicita funzione che è caratterizzata dalla natura del provvedimento invocato.

Le differenti qualità, tempi e forme degli accertamenti eseguiti in tali procedimenti, rispetto al giudizio a cognizione ordinaria, non sono sufficienti a ritenerli carenti della qualità di giusti processi.

Per altri versi si è osservato, che il diritto processuale ben può prevedere clausole generali, posto che la previsione legislativa di ogni singola articolazione della procedura, può sembrare irragionevole, allorquando si ponga il quesito, fino a quale punto debba giungere la regolazione analitica operata dalla legge⁹⁶.

Qual è, osserva il Chiarloni il segnale di confine per il potere assegnabile dal legislatore al giudice, senza che ne risulti violata la clausola: «la giurisdizione si attua attraverso il processo regolato dalla legge»?

L'osservazione è pertinente ed ancor più dirimente, perché, da una parte la norma costituzionale non ne fissa il punto, o meglio l'argine, dall'altra, se anche l'esegesi del primo comma dell'art. 111 Cost. conduca ad una delimitazione, questa avrebbe una tale rigidità, da rendere impossibile calare il principio in tutte le possibili accezioni che l'ordinamento pone.

Il dibattito dottrinale, poi, si è inevitabilmente spostato su di una tematica alquanto controversa, che è quella riferita ai procedimenti camerati.

⁹⁶ S. CHIARLONI, *Op.cit.*, p. 133.

I procedimenti camerali sono formalmente improntati alla sommarietà - artt. 737-742 *bis* c.p.c. - benché da più parti si è osservato che la maggioranza dei procedimenti camerali sono in concreto tutt'altro che sommari, posto che l'attribuzione al giudice di strumenti di indagine più penetranti, consente di conseguire, alle volte, una maggiore attendibilità dei risultati istruttori.

Il procedimento camerale si pone, dunque, come un procedimento a cognizione deformalizzata, ma non per questo illegittimo, sempre che vengano assicurati i diritti fondamentali, di difesa ed al contraddittorio.

Del resto il diritto di difesa *ex art. 24*, comma 2°, Cost., non è tutelato dall'ordinamento processuale in maniera assoluta, ma con regole differenti, secondo le speciali caratteristiche dei singoli procedimenti, pur sempre, però, nel rispetto dello scopo e della funzione del diritto di difesa e sempre che venga assicurato il contraddittorio.

Non manca, però, in dottrina la voce di chi presagisce che il rito camerale, generalizzato a qualsiasi categoria o tipologia di materia, di rapporto e di controversia, sia soggetto a rischio di censure di incostituzionalità.

Così auspicando l'emanazione di una disciplina *ad hoc*, la quale provveda «*a regolamentare, sia pure nei limiti della peculiarità differenziali delle materie e del rito, l'attuazione adeguata di quelle garanzie minime di cui al secondo comma dell'art. 111 Cost.*»⁹⁷.

Sulla compatibilità costituzionale del rito camerale, si è ripetutamente pronunciata la Corte Costituzionale, la quale si è espressa in senso affermativo, ove il modello processuale previsto dal legislatore, nell'esercizio del potere discrezionale di cui egli è titolare in materia, sia tale da assicurare: «*il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà dell'impugnazione, sia per motivi di merito che per motivi di legittimità, della decisione assunta, la attitudine del provvedimento conclusivo del giudizio ad acquisire stabilità, quanto meno allo stato degli atti.*»

⁹⁷ L.P. COMOGLIO, *Op.cit.*, p. 62; A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost.*, pp. 242-245; M. G. CIVININI, *Procedimenti camerali a tutela di diritti e status; diffusione del modello, interventi della Corte Costituzionale, garanzie del giusto processo*, Relazione per l'incontro di studio sul tema «La tutela sommaria cautelare», C.S.M. Frascati 20-22 novembre 2000, pp. 2-21.

Questo è il tenore dell'ordinanza n. 170 del 2009, confermata dall'ordinanza n. 19 del 2010, che ha consentito di integrare le regole base del procedimento camerale sui diritti, delineandone un modello, comunque, non vincolante⁹⁸.

Con la conseguenza che la violazione di questi principi, da parte del giudice di merito, rende il provvedimento ricorribile *ex art. 111 Cost.* innanzi alla Corte di Cassazione

Sul piano, invece, della giurisprudenza di legittimità, si ricorda la sentenza della Cassazione Sezioni Unite civili del 30 luglio 1953, n. 2593, che aderì ad un'interpretazione sostanzialista, consentendo il ricorso straordinario avverso provvedimenti camerale decisorio, ai quali venne riconosciuta la «sostanza» di sentenze, pur avendo la forma di ordinanze o decreti ed a cui è seguita la sentenza Cass., SS.UU. del 19 giugno 1996, ovvero la sentenza sul «contenitore neutro», nella quale la Suprema Corte ha espressamente approvato l'utilizzabilità del rito camerale in materia contenziosa decisoria.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, l'opzione a favore della procedura camerale consiste nel considerare tale procedimento alla stregua di un «contenitore neutro», in grado di *«assicurare, da un lato, la speditezza e la concentrazione del procedimento ed essere, dall'altro, rispettosa dei limiti imposti all'incidenza della forma procedimentale dalla natura della controversia che, in quanto relativa a diritti o 'status', gode di apposite garanzie costituzionali»*.

Pur auspicando, soggiunge la Corte che *«la giurisdizione si allontani dal precedente rito camerale per ammantarsi di forme tipiche del rito ordinario, disegnando un nuovo tipo di processo a contenuto oggettivo che, non incidendo sul rapporto sostanziale controverso, rispetti le garanzie delle parti in ordine alla competenza per territorio, al diritto di difesa e di prova»*.

In definitiva come afferma Donzelli: *«l'essenza del processo giusto è costituita dalla proporzionalità delle forme, intesa come capacità di adattamento della procedura alla complessità sostanziale e processuale della controversia, al fine di mantenere, anche al variare delle condizioni, il giusto equilibrio tra diversi valori antagonisti»*⁹⁹.

Principio di proporzionalità che deve pur sempre essere contemperato tra l'esigenza di accelerazione dei processi e le garanzie poste a tutela delle parti, che non devono,

⁹⁸ Per un'analisi di questa giurisprudenza A. CARATTA, *In procedimenti camerale-sommari in recenti sentenze della Corte Costituzionale* in *Riv.Trim.dir.proc.civ.*, 1992, p. 1049 ss.

⁹⁹ R. DONZELLI, *Sul giusto processo civile regolato dalla legge*, in *www.academia.edu.it*, pp. 959-960.

comunque, essere pregiudicate, di modo che le regole acceleratorie del processo, non devono giammai essere posposte rispetto alle garanzie fondamentali del contraddittorio e della difesa¹⁰⁰.

4.6 Il contraddittorio tra le parti, «in condizioni di parità»

L'art. 111 Cost., secondo comma, dispone che «*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità*».

Come poco prima prospettato, parte della dottrina ha rinvenuto nelle garanzie enunciate nel secondo comma dell'art. 111 Cost., tra cui il principio del contraddittorio ed in condizioni di parità, quelle «garanzie minime» necessarie perché il processo possa definirsi giusto.

I più hanno, però, osservato che le citate garanzie erano già rinvenibili nella Costituzione, ancor prima della riforma dell'art.111 Cost., nel principio di uguaglianza (art. 3 Cost) e nel diritto di difesa (art. 24, secondo comma, Cost.)¹⁰¹.

Difatti è proprio nell'art. 24 Cost. che può essere individuato il presupposto del contraddittorio, ove «la difesa» è un diritto che assurge al ruolo di garanzia di ogni parte coinvolta nel processo, cosicché alle parti sia assicurata la possibilità di domandare, eccepire, dedurre e provare in condizione di eguaglianza (parità delle armi), così da incidere sulla formazione del convincimento del giudice.

Si è detto poc'anzi, «parità delle armi», con ciò disvelando che il principio della parità delle parti affonda le sue radici, appunto, nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Il principio del contraddittorio in condizioni di parità, dunque, può dirsi un principio costituzionale preesistente alla riforma dell'art. 111 Cost., perché sotteso all'enunciato del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) ed al diritto di difesa (art. 24, secondo comma, Cost.).

Il principio del contraddittorio trova la sua esplicitazione nell'art. 101 c.p.c., ove si legge: «*Il giudice, salvo che la legge non disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna*

¹⁰⁰ A. PANZAROLA, *I principi nell'esperienza giuridica*, in *Riv. It. per le Scienze Giuridiche*, Roma, 2014, p. 333.

¹⁰¹ M. BOVE, *Art.111 Cost. e giusto processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, p. 479.

domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa».

La stessa Corte Costituzionale - sentenza n. 70/1961 - ebbe ad affermare che il principio del contraddittorio risulta violato quando sussistono ostacoli processuali a far valere le ragioni delle parti ed implica che la parte contro la quale sia stata promossa l'azione venga a conoscenza dell'iniziativa dell'avversario.

Fermo il punto della preesistenza del contraddittorio, come principio costituzionale, si pone, dunque, l'urgenza di argomentare sull'aspetto di novità della riforma dell'art. 111 Cost. o quanto meno di riesaminare il principio del contraddittorio, nella visuale d'insieme della novella¹⁰².

Dalla riforma, invero, si avverte l'esigenza di superare l'interpretazione tradizionale ancorata al portato letterale dell'art. 101 c.p.c., ove il principio del contraddittorio è ristretto nell'obbligo del giudice di non statuire, se l'azione non sia portata a conoscenza dell'avversario¹⁰³.

Nella prospettiva del complesso delle garanzie assicurate alle parti, nel giusto processo, emergenti dal riformato art. 111 Cost., l'esegesi del principio del contraddittorio si amplia, così da assumere il connotato di possibilità effettiva di partecipare attivamente allo svolgimento del processo.

Il contraddittorio, affinché sia rispettato il principio nel giusto processo, non può essere inteso in senso rigido e formale (in questo senso si è parlato di contraddittorio debole), ma deve essere interpretato in senso sostanziale, così da assicurare alle parti un contraddittorio forte.

Così, ad esempio, secondo la Corte Costituzionale (sentenza n. 447/2002), l'art. 320, quarto comma, c.p.c., allorquando stabilisce che *«quando sia reso necessario dalle attività svolte dalle parti in prima udienza, il giudice di pace fissa per una sola volta una nuova udienza per ulteriori produzioni e richieste di prova»*, deve essere interpretato come espressione di una direttiva generale da applicare tutte le volte in cui il rituale ampliamento del *thema decidendum*, verificatosi in prima udienza, ne comporti la necessità e, dunque, ove il convenuto, costituitosi il giorno stesso della prima udienza, proponendo, altresì, domanda riconvenzionale, deve essere assicurato il leale

¹⁰² N. TROCKER, *op. cit.*, p. 53 ss.

¹⁰³ F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa»: questioni di fatto e questioni di diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, p. 1182.

svolgimento del procedimento, consentendo all'attore di apprestare le proprie difese, avverso la spiegata riconvenzionale, nella successiva udienza fissata *ex art.* 320 c.p.c., comprendenti non soltanto ulteriori attività probatorie ma anche ulteriori attività assertive per contrastare la domanda riconvenzionale avanzata dal convenuto.

La Corte Costituzionale ha, dunque, interpretato la norma, al di là della sua letterale formulazione, cosicché alle parti sia assicurato un contraddittorio effettivo e forte.

Il contraddittorio¹⁰⁴, poi, deve svolgersi tra le parti «in condizione di parità».

Tale principio è definito il «cardine della disciplina del giusto processo» - Corte Cost. sentenza n. 331/2008 - e deve essere inteso nel senso che alle parti devono essere messi a disposizione eguali mezzi di difesa ed in condizione di effettiva parità, di modo che sia realizzato un contraddittorio con le fattezze dell'equilibrio, della ragionevolezza e del bilanciamento.

All'uopo soccorre all'interprete il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma, Cost.), che consente di individuare nella partecipazione effettivamente paritaria delle parti al processo, il criterio della sostanziale (e, dunque, non astratta) uguaglianza delle armi.

Numerose pronunce della Corte Costituzionale hanno evocato il principio della parità delle parti, tra cui la sentenza n. 215/2005, nella quale la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 268, secondo comma, c.p.c., nella parte in cui non consente alle parti, in caso di intervento di terzo principale o litisconsortile, successivo allo scadere dei termini di cui all'art. 184 c.p.c., di depositare documenti ed indicare nuovi mezzi di prova rispetto alla domanda formulata con l'atto di intervento, affermando al riguardo che l'applicazione senza eccezioni del sistema delle preclusioni, lungi dal causare lesione all'evocato principio di parità delle parti, ne costituisce coerente attuazione, proprio al fine di evitare che il terzo possa trarre vantaggio dalla scelta di intervenire tardivamente.

Alla parità delle parti nel processo si collega il tema delle garanzie che assicurano la rimozione degli ostacoli suscettibili di violare il principio del contraddittorio.

¹⁰⁴P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in «*Scritti in onore di F. Carnelutti*», II, Padova, 1950, p. 539 ss.: «Se uguale per tutti deve essere il diritto sostanziale, non è concepibile che il procedimento tecnico che serve ad applicare la legge ai concreti casi controversi si plasmi in maniera diversa secondo i diversi accorgimenti delle parti in contesa e che l'equilibrio del contraddittorio sia turbato, secondo i casi, dalla prepotenza del più forte o dalla abilità del più scaltro».

Sulla concezione agonistica del processo: F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 101 ss.

Si tratta di impedimenti che, pur completamente differenti tra loro, sono accomunati dalla previsione di strumenti atti alla loro rimozione, così da garantire la parità delle armi.

Al di fuori del processo, il principio della parità delle armi, ai sensi dell'art. 111 Cost., in combinato con la previsione *ex art. 24*, terzo comma, Cost., assicura: «*ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione*», affinché sia garantita la rimozione di impedimenti economici che possano inibire l'accesso al processo ed alla tutela effettiva dei diritti.

Nel processo, invece, ove la parte incorra in preclusioni per caso fortuito o forza maggiore, l'ordinamento prevede il rimedio della rimessione in termini, disciplinato dall'art. 153, secondo comma, c.p.c., il quale dispone: «*La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma*».

La disamina sul principio del contraddittorio, non può, inoltre, non tener conto della formazione della prova, che l'art. 111, quarto comma, Cost. circoscrive testualmente al processo penale.

Nel processo civile, le prove costituende, cioè quelle che si formano all'interno del processo nel corso dell'istruzione probatoria (ad es. l'esame testimoniale), devono essere formate nel rispetto del contraddittorio tra le parti, mentre le prove costituite, che sono quelle che si formano al di fuori del processo, quali quelle di tipo documentale, vengono prodotte dalle parti, per essere direttamente valutate dal giudice ai fini della decisione.

Se nel processo civile (ed in quelli, comunque, diversi dal processo penale), il contraddittorio non può esser considerato un principio di ordine generale nella costituzione della prova, è, invece, d'obbligo che il contraddittorio sia garantito alle parti nell'esame delle risultanze probatorie, comunque esse siano state acquisite, sia perché formate nel processo, che al di fuori di esso.

Il principio del contraddittorio all'interno del processo, quale garanzia effettiva fornita alle parti in condizioni di parità, anche riferito all'esame delle risultanze probatorie, è fatto osservare dal giudice, nel rispetto di un suo potere-dovere, a pena di nullità degli atti, la cui sanzione trae origine dall'enunciato costituzionale e trasfusa nelle norme processuali.

Al suddetto potere officioso del giudice si associa, altresì, la norma introdotta al secondo comma dell'art. 101 c.p.c. (comma aggiunto dall'art. 45 L. 18 giugno 2009, n. 69), che il Legislatore ha recepito dalla giurisprudenza di legittimità da tempo consolidata.

Il giudice: «*se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, riserva la decisione assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*».

La norma (che sarà analizzata in dettaglio nel prosieguo), impone al giudice, onde evitare un provvedimento decisorio «a sorpresa», anche detto della «terza via», di provocare, con ordinanza e con eventuale rimessione della causa in istruttoria, il preventivo contraddittorio delle parti, sulla questione rilevata.

La violazione del contraddittorio, sulla questione rilevata d'ufficio, configura un vizio *in procedendo*, deducibile con l'impugnazione, nelle forme e nei termini di rito.

Sul principio del contraddittorio, in ultimo, la dottrina si è interrogata sulla legittimità costituzionale dei procedimenti che si svolgono «*inaudita altera parte*», nella prima ed, alle volte, unica fase.

Si è posto il quesito del processo per decreto ingiuntivo *ex artt. 633 ss. c.p.c.*, non seguito da opposizione *ex art. 645 c.p.c.*

Il giudice emette il decreto ingiuntivo, in assenza di contraddittorio tra le parti, sul mero ricorso del richiedente, pur nel rispetto delle condizioni di ammissibilità della domanda. Non di certo si può affermare che il procedimento monitorio viola il perentorio comando costituzionale, in quanto è sufficiente osservare che il contraddittorio sia garantito alla parte che lo pretende, anche in un momento successivo al provvedimento¹⁰⁵.

Più compiutamente è stato osservato¹⁰⁶ che il procedimento, benché svolto senza la preventiva instaurazione del contraddittorio, è, comunque, giusto, perché garantisce una effettiva possibilità di difesa, benché differita.

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo il contraddittorio è effettivo, benché si compie in una fase successiva, ma pur sempre nello stesso grado del giudizio.

¹⁰⁵ S. CHIARLONI, *Op.cit.*, p. 8.

¹⁰⁶ TOFFOLI, *Considerazioni sulla compatibilità del procedimento per ingiunzione (e dell'ipotesi della motivazione della sentenza a richiesta di parte) con l'articolo 111 della Costituzione*, nel vol. *Il nuovo articolo della Costituzione*, pp. 288-297.

Del resto, nell'opposizione, sebbene sia introdotta con atto di citazione, l'opponente è attore solo in senso formale, ma è convenuto in senso sostanziale, mentre l'opposto è attore in senso sostanziale, la cui domanda è contenuta nel ricorso per decreto ingiuntivo, con tutto ciò che consegue in ordine alle regole del processo e di prova.

Tanto vale, analogamente, per ogni altro modello processuale in rapporto di strumentalità con il giudizio di merito (si pensi alle opposizioni *ex artt.* 615 - 619 c.p.c.), nei quali è rinvenibile la piena legittimità costituzionale del procedimento, in relazione al principio del contraddittorio, perché ne è garantita un'effettiva possibilità, benché differita¹⁰⁷.

4.7 Terzietà ed imparzialità del giudice

Sul principio di «terzietà ed imparzialità del giudice», enunciato al secondo comma dell'art. 111 Cost., la dottrina si è divisa, in ordine alla sua portata concretamente innovativa¹⁰⁸.

Già prima della riforma, la giurisprudenza della Corte costituzionale aveva diffusamente fatto riferimento al principio di terzietà-imparzialità, benché non espresso da alcuna norma costituzionale, ma ritenuto connotato alla funzione giurisdizionale¹⁰⁹.

La Corte ha, poi, espressamente affermato che il modificato art. 111 Cost. non abbia apportato alcuna sostanziale innovazione, in quanto non è introduttivo di un nuovo valore costituzionale, bensì nella riforma è solo ravvisabile: «una sintesi di valori che connotano il modo in cui, nel suo complesso, l'ordinamento deve far sì che il giudice si ponga di fronte alla *res iudicanda*» come statuito nella sentenza n. 240 del 2003.

Per altri versi si è invece, osservato che la garanzia costituzionale soggettiva, già presente nella Costituzione e contenuta nell'art. 25, primo comma, Cost., il quale recita: «*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*», resta autonoma ed

¹⁰⁷ L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 930-931.

¹⁰⁸ A favore della portata innovativa: N. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, op. cit., p. 45 e G. SCARSELLI, *Il nuovo art. 111 e imparzialità del giudice nel processo civile*, in *Questione giustizia*, 2000, p. 89 e R. ORIANI, *L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, Napoli, 2002, p. 130 ss.

Contrari: S. CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, p. 257 e C. CONSOLO, *Il giudice "terzo" ed "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, 2002, Napoli, p.74 ss; R. SABATO, *L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 167.

¹⁰⁹ Importanti le sentenze della Corte costituzionale: sent. n. 93 del 1965; n. 41 del 1985; n. 148 del 1996; n. 351 del 1997; n. 363 del 1998.

estranea al principio di terzietà ed imparzialità, introdotto con la modifica dell'art. 111 Cost.

La precostituzione del giudice «per legge», affermata dall'art. 25, primo comma, Cost., rafforza, nella specifica accezione, il giusto processo regolato dalla legge, ma non si sovrappone ad esso, confortando, con ciò, la tesi favorevole alla portata riformatrice della novella.

Al di là, comunque, di ogni valutazione circa l'effettiva portata innovativa della riforma, può affermarsi con certezza che l'introduzione di tale principio nell'art. 111, secondo comma, Cost. ha acceso il dibattito in ordine a siffatta garanzia¹¹⁰.

I dubbi insorti sulla costituzionalità delle norme di diritto fallimentare, derogatrici del principio della domanda di parte, concernenti in particolare l'art. 6 l. fall., in ordine ai soggetti che hanno il potere di promuovere il procedimento per la dichiarazione di fallimento, sono stati superati dalla modifica introdotta dal d.lgs. 9 gennaio 2006, il quale ha abrogato il potere d'iniziativa d'ufficio del giudice.

Si era a lungo ragionato in ordine alla legittimità costituzionale della norma, unitamente ad altre del procedimento fallimentare, perché contraria al principio di terzietà-imparzialità del giudice, in quanto operava una fusione, in un unico soggetto, delle funzioni del domandare e del giudicare sulla domanda.

La Corte costituzionale, in numerose sentenze, tra le quali la sentenza n. 240 del 2003, aveva affermato la legittimità costituzionale dell'art. 6 l. fall., nella parte in cui prevedeva che il fallimento potesse essere dichiarato d'ufficio dal tribunale, rientrando nella discrezionalità del legislatore riconoscere al giudice il potere di iniziativa officiosa per la dichiarazione di fallimento, non potendosi dubitare che il Tribunale, procedendo d'ufficio, agisca non come attore, ma nella sua veste giurisdizionale.

La preoccupazione del legislatore è, però, apparsa quella di garantire la terzietà ed imparzialità del giudice che procedeva alla dichiarazione di fallimento: sia che istruisse egli stesso il procedimento - art. 6 legge fall. - sia che provvedesse su segnalazioni provenienti da altro giudice come sancito dall'art. 8 legge fall.

¹¹⁰M. BOVE, *Art.111 Cost e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, p. 479; B. CAPPONI E R. TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2018, p. 29.

Di qui, la riforma del 2006, che ha attribuito oggi al solo P.M. il ruolo di organo giudiziario, diverso dal giudice, che procede e che dà impulso a tutte le segnalazioni che non si concretino nell'iniziativa delle parti private (debitore e creditore).

Il rimedio di attribuire l'iniziativa ad una parte pubblica diversa dal giudice che procede è parso al legislatore consono a garantire la terzietà del giudice nella fase prefallimentare, in luogo dell'individuazione di segnalazioni qualificate che il tribunale potesse conoscere nell'esercizio della sua ordinaria attività.

Passando all'esame testuale della norma, si osserva che l'utilizzo dei termini «terzo» ed «imparziale» ha interrogato gli studiosi del diritto, sull'apparente impiego di due sinonimi, al punto da ravvisarne un'endiadi, ma la tesi maggioritaria ha riconosciuto nei due termini l'esigenza di garantire, sotto differenti profili, l'estraneità del giudice alla controversia.

Alla «terzietà» può attribuirsi un significato strutturale, nel senso che il giudice deve essere indipendente dalle parti del processo, mentre la «imparzialità», ha una valenza funzionale ed impone al giudice un distacco ed un'assenza di pregiudizi nei confronti della controversia.

Si è detto che: *«la terzietà si riferisce al rapporto del giudice con le parti, mentre l'imparzialità si riferisce al rapporto del giudice con la controversia»*¹¹¹.

Altra tesi rapporta la «terzietà» al profilo istituzionale ed ordinamentale, in quanto integra le garanzie dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, mentre la «imparzialità» al modo con cui in concreto il giudice esercita la sua funzione¹¹².

In altri termini il giudice imparziale è colui che, con effettiva ed intima equidistanza, pronuncia le sue decisioni, senza pregiudizi personali, senza condizionamenti e con serenità e distacco.

La lettura dei lavori Parlamentari, preparatori alla riforma dell'art. 111 Cost., corrobora la fondatezza di tale ultima tesi, avendo il legislatore, con i termini «terzietà» ed «imparzialità», voluto espressamente operare una specificazione delle caratteristiche ineludibili del giudice, rievocando da una parte il profilo istituzionale ed ordinamentale e

¹¹¹ G. VERDE, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 307 ss.

¹¹² P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 98 ss.

dall'altra l'approccio soggettivo del giudice¹¹³, sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia del contendere¹¹⁴.

La tutela del principio di terzietà ed imparzialità si attua mediante la normativa processuale, per il tramite delle norme sull'incompatibilità, con cui è possibile conseguire in concreto la garanzia costituzionale.

Le regole del processo sull'incompatibilità del giudice, sono eccezionali e devono essere interpretate *stricto iure* e sono riconducibili, nel procedimento civile, agli istituti dell'astensione e della riconsunzione del giudice *ex artt. 51 e 52 c.p.c.*

Nell'evoluzione dell'analisi delle incompatibilità è stato affrontato il tema della c.d. «forza della prevenzione», intesa come condizionamento, in cui naturalmente può incorrere il giudice, discendente dalla naturale propensione a preservare un giudizio già espresso.

Ciò accade nella fattispecie ove il processo pone il giudice nella necessità di adottare una duplicità di giudizi di merito, come nell'ipotesi dei provvedimenti cautelari *ante causam* a cui segue il giudizio a cognizione piena innanzi allo stesso giudice¹¹⁵.

La Corte costituzionale ha affrontato la tematica, in numerose pronunce sulla c.d. incompatibilità endoprocessuale, distinguendo tendenzialmente le ipotesi in cui l'oggetto del giudizio sia stato già esaminato dallo stesso magistrato con pronuncia idonea ad acquisire stabilità di giudicato, dalle ipotesi in cui manchi anche uno solo dei predetti caratteri.

¹¹³ F. DI LORENZO, *Giusto processo e ragionevole durata*, Milano, 2018, p. 17 ss.

¹¹⁴ Corte Cost., sent. 155 del 1996, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 1464 ss.

¹¹⁵ A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. III Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000, V, p. 247, che ritiene che nel processo civile l'incompatibilità da prevenzione determinata dall'emanazione di provvedimenti cautelari *ante causam* non sussiste poiché il reclamo *ex art. 669 terdecies*, proponibile innanzi ad un giudice diverso, costituisce garanzia sufficiente a controbilanciare la c.d. forza della prevenzione. Tale autore sostiene, però, che l'incompatibilità da prevenzione possa avere un ruolo importante nei giudizi oppositori; così anche M. BOVE, *Art. III Cost e giusto processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, pp. 509 e ss., il quale afferma che «non è la semplice coincidenza tra il giudice della cautela e giudice del merito a destare problemi sul piano della garanzia di imparzialità, ma semmai il modo in cui si è giunti a pronunciare il provvedimento cautelare, se questo si fonda su una cognizione ampia della situazione sostanziale tutelata, allora il rischio che il giudizio cautelare finisca per rappresentare un pregiudizio nella fase di merito è forte e va evitato»; N. TROCKER, *Il valore costituzionale del giusto processo*, cit., p. 47 pur riconoscendo con favore la derivazione del principio di incompatibilità del giudice dalla garanzia di imparzialità pone l'attenzione sulla necessità di evitare un'eccessiva espansione delle incompatibilità soggettive del giudicante ed a far sì che la garanzia dell'imparzialità quale criterio di organizzazione preventiva dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali non crei difficoltà operative pregiudizievoli per il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia; sostanzialmente nello stesso senso si esprime CONSOLO, *Il giudice terzo e imparziale*, cit., p. 80.

Solo nella prima categoria di fattispecie, il principio costituzionale della terzietà e dell'imparzialità deve ritenersi violato, perché il secondo giudizio assume il valore di vera e propria impugnazione, così da essere un altro grado di giudizio.

Così, ad esempio, non sussiste l'obbligo di astensione del giudice dell'esecuzione chiamato a conoscere dell'opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*¹¹⁶.

Ed ancora nell'ipotesi di provvedimento cautelare non sussiste l'esigenza di ordine costituzionale di un obbligo di astensione del giudice, che lo abbia pronunciato *ante causam*, dal trattare e decidere la successiva causa di merito, come enunciato dai provvedimenti quali la sentenza n. 326 del 1997 e l'ordinanza n. 220 del 2000.

Di particolare interesse è la sentenza n. 168 del 2000 resa in merito all'ordinanza *ex art. 186 quater c.p.c.*

La Corte ha escluso che sussista l'esigenza di ordine costituzionale di astensione del giudice che abbia pronunciato l'ordinanza dal trattare e decidere la causa con sentenza, pur riconoscendo che la norma citata attribuisca all'ordinanza un effetto anticipatorio della decisione definitiva.

La sentenza cit. ha motivato l'insussistenza della questione di legittimità costituzionale, fondando la decisione, sul rispetto del diritto di difesa, non violato dall'eventuale incidenza della forza della prevenzione del giudizio antecedente, posto che, a prescindere dal tenore della sentenza che sarà resa, essa è idonea ad offrire alle parti una garanzia di maggiore riflessione sulla controversia in sede decisoria.

4.8 Ragionevole durata del processo

Il secondo comma dell'art. 111 Cost. si conclude con la perentoria ed imperativa enunciazione, che di ogni processo: *«la legge ne assicura la ragionevole durata»*.

Già prima della riforma la Corte costituzionale aveva desunto il principio della ragionevole durata del processo dall'art. 24 Cost., perché requisito implicitamente riconosciuto a tutti coloro i quali agiscono per la tutela dei loro diritti.

Numerose sentenze della Corte costituzionale hanno affermato la necessità di una maggiore celerità dei processi, pur sempre nei limiti della ragionevolezza, di modo che

¹¹⁶ ord. n. 168 del 2002 e n. 176 del 2001.

essa non sia vista come valore assoluto, ma temperato con le altre tutele costituzionali, primo fra tutti il diritto di agire e difendersi in un giudizio garantito dall'art. 24 Cost.

Ed in tal senso la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 251 del 2003 ha statuito l'insussistenza della questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 111 Cost., delle disposizioni che impongono al titolare di un diritto, di esperire, prima di promuovere l'azione, le procedure atte alla composizione stragiudiziale della controversia, perché il diritto di difesa ex art. 24 Cost. è comprensivo anche del diritto di non essere inutilmente chiamati in giudizio.

La Corte ha così affermato la necessità di un processo celere, giammai, però, a discapito del diritto di azione e di difesa e dei fondamentali principi costituzionali, cosicché, in questo senso, abbia una ragionevole durata.

La Corte costituzionale con l'ordinanza n. 174 del 2013 ha soggiunto che, se da una parte i principi del giusto processo, primo fra tutti il principio del contraddittorio, contraddistinguono l'equo vaglio giurisdizionale, dall'altra il processo è scandito da fasi temporali codificate dal legislatore, che rispondono al principio di ragionevolezza, dal cui mancato rispetto discende la sanzione delle preclusioni processuali.

Pertanto il termine «ragionevole» non consente la predeterminazione di quale sia la giusta durata del processo, ma induce ad una valutazione più accorta, ove la celerità del processo retrocede rispetto alla tutela dei principi cardine del giusto processo, nel temperamento delle forme del rito e della materia oggetto di tutela¹¹⁷.

Come è accaduto per gli altri sintagmi del giusto processo, anche sulla ragionevole durata si aperto un ampio dibattito, nel quale la dottrina si è divisa tra chi ha affermato la portata innovativa della riforma¹¹⁸ e chi, invece, ha avvertito la sola mera riproduzione formale di un principio già implicitamente contenuto nel dettato costituzionale¹¹⁹.

Il riconoscimento esplicito, nell'art. 111 Cost., del principio della ragionevole durata del processo, se è pur vero che nella sostanza ha confermato un principio che la Corte aveva già rinvenuto nelle norme della Carta costituzionale, ha, senza alcun dubbio, non solo aperto un dibattito volto a favorire gli strumenti processuali che potessero darvi

¹¹⁷ F. DE SANTIS DI NICOLA: *L'interazione tra «livelli» di tutela (riparitaria) del diritto alla durata ragionevole del processo: fondamento e linee di tendenza*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Vol. I, Napoli, 2010, p. 627 ss.

¹¹⁸G. OLIVIERI, *La ragionevole durata del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art.111, secondo comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, pp. 251-268, spec. pp. 251-253.

¹¹⁹S. CHIARLONI, *Il nuovo art.111 Cost. e il processo civile*, cit., pp. 1032-1033.

attuazione, ma anche indotto la giurisprudenza di legittimità alla rivisitazione di alcune norme del processo (sebbene, nei primi tempi, anche, con dubbio esito¹²⁰).

Si pensi alla dibattuta¹²¹ sentenza resa dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite 9 ottobre 2008 n. 24883, che ha sacrificato il portato dell'art. 37 c.p.c. sull'altare del principio della ragionevole durata del processo, laddove la norma codicistica espressamente sancisce che il difetto di giurisdizione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo, nel mentre la Corte di legittimità ha statuito che «*il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti o rilevato dal giudice fino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ovvero può essere fatto valere mediante impugnazione del relativo capo della sentenza di primo grado, in assenza della quale si determina il passaggio in giudicato della relativa questione*».

La previsione del principio della ragionevole durata del processo nella Carta costituzionale italiana, discende direttamente dall'art. 6 CEDU, che al primo comma aveva già nel 1950 espressamente sancito che «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole...*».

È interessante rilevare che la CEDU aveva previsto all'art. 34 della stessa Convenzione, che la violazione, anche riferita al mancato rispetto della ragionevole durata del processo, consente ad «una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati» di ricorrere innanzi alla Corte di Strasburgo, per la tutela del proprio diritto.

La tutela giurisdizionale diretta all'equa riparazione della violazione del principio della ragionevole durata del processo, nella nostra Costituzione, è garantita dall'art. 111, secondo comma, Cost., con la riserva di legge (soggetta al sindacato incidentale di costituzionalità).

La Corte costituzionale non può, di certo, sindacare la durata del singolo processo, bensì nell'esercizio delle sue funzioni, può controllare e ricercare la legittimità costituzionale di quelle disposizioni normative non conformi alla ragionevole durata del processo ed alle sue ragionevoli scansioni temporali.

¹²⁰ G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, p. 49 ss.

¹²¹ R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Giur.it.*, 2009, p. 416; E.F. RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art.37 cpc nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1071; V. COLENSANTI, *Giurisprudenza "creativa" in tema di difetto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1125; M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Quaderno 6 G.P.C., Napoli, 2010, p. 35 ss.; A. DIDONE, *Le sezioni Unite e la ragionevole durata del giusto processo*, in *Giur. It.*, Fasc. 3, 2009, p. 670-674.

Secondo l'espressa previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 111 Cost., è la legge, dunque, che deve assicurare la ragionevole durata del processo.

La legge n. 89/2001 «c.d. Legge Pinto», poi, riformata con l. n. 134/2012, ha disciplinato un procedimento speciale per l'equa riparazione, nei casi di violazione del principio della ragionevole durata del processo.

L'organo giurisdizionale, che è competente a conoscere e decidere della domanda di equa riparazione è la Corte d'appello, che nell'accertare la violazione e nel determinare la riparazione ai sensi dell'art. 2056 c.c., considera la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o comunque a contribuire alla sua definizione. La previsione costituzionale del principio della ragionevole durata del processo, ha costituzionalizzato il «principio di economia processuale», il quale pur immanente nel processo, ancor prima della riforma, era difficilmente ricavabile dal sistema processuale, in assenza di alcun riconoscimento testuale.

Il principio di economia processuale, definitivamente riconosciuto, con la riforma dell'art. 111 Cost., da alcuni autori¹²² è stato scomposto in una componente interna, come risparmio nel processo di attività delle parti e del giudice ed in una componente esterna, nel senso della possibile prevenzione di infruttuosi giudizi o gradi di giudizio.

La formula imperativa contenuta nel secondo comma dell'art. 111 Cost. (che è allo stesso tempo precettiva e programmatica), dovrebbe imporre l'adozione di opportune riforme strutturali, anche in attuazione del principio di economia processuale, con l'obiettivo di razionalizzare la tecnica dei meccanismi processuali.

In tale aspettativa può accogliersi l'orientamento della Corte costituzionale statuito con l'ordinanza n. 251 del 2003, la quale ha negato che il principio della ragionevole durata del processo renda illegittime le disposizioni che impediscano di celebrare un unico giudizio, in quanto «il *simultaneus processus*», pur non elevato a regola costituzionale, costituisce, pur sempre un espediente processuale.

Il caso, ad esempio, dell'opposizione a decreto ingiuntivo, che dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, nel quale il giudice deve accertare la fondatezza della pretesa fatta valere dall'opposto, che assume la posizione sostanziale di attore, mentre l'opponente, il quale assume la posizione sostanziale di convenuto, ha l'onere di contestare il diritto

¹²² L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, p. 88.

azionato con il ricorso, facendo valere l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda o l'esistenza di fatti estintivi o modificativi di tale diritto, potendo quest'ultimo proporre domanda riconvenzionale a fondamento della quale può anche dedurre un titolo non strettamente dipendente da quello posto a fondamento della ingiunzione, quando non si determini in tal modo spostamento di competenza e sia pur sempre ravvisabile un collegamento obiettivo tra titolo fatto valere con l'ingiunzione e domanda riconvenzionale, tale da rendere opportuno la celebrazione del «*simultaneus processus*»¹²³.

¹²³ Cass., II, 04 marzo 2020, n. 6091.

CAPITOLO II

IL GIUSTO PROCESSO NEI TRE GRADI DI GIUDIZIO

SOMMARIO: 1. L'art. 183, comma 4, ultima parte, c.p.c. - 1.1 Premessa. - 1.2 Il potere officioso del giudice. - 1.3 Le questioni di fatto, le questioni di diritto e le questioni miste. - 1.4 Le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito. - 1.5 Le eccezioni rilevabili d'ufficio. - 2. L'art. 101, comma 2, c.p.c. - 2.1 Premessa. - 2.2 I precedenti giurisprudenziali. - 2.3 Il dibattito sulla portata applicativa dell'art. 101, comma 2, c.p.c. - 2.4 La violazione dell'obbligo giudiziale sollevata in appello ed in cassazione. - 3. L'art. 384, comma 3, c.p.c. - 3.1 Premessa. - 3.2 La portata della norma secondo la giurisprudenza di legittimità e la dottrina. - 4. Gli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. - 4.1 Premessa. - 4.2 L'ambito di applicazione dell'art. 348-*bis* c.p.c. - 4.3 L'udienza-filtro. - 4.4 La «non ragionevole probabilità» di accoglimento dell'appello. - 4.5 L'impugnazione. - 5. L'art. 360-*bis* c.p.c. - 5.1 Premessa. - 5.2 L'art. 360-*bis*, n. 1 c.p.c. - 5.3 L'art. 360-*bis*, n. 2 c.p.c. - 6. Il giudicato implicito. - 6.1 Premessa. - 6.2 L'ordine dell'esame tra le questioni di rito e le questioni di merito. - 6.3 Il giudicato implicito sulle questioni pregiudiziali di rito. - 6.4 Il giudicato implicito sulle questioni di merito.

1. L'art. 183, comma 4, ultima parte, c.p.c.

1.1 Premessa

La previsione di cui all'art. 183, comma 4, ultima parte, c.p.c., secondo cui «*il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*», è espressiva del principio del contraddittorio¹²⁴, intrinseco al corretto svolgimento del «giusto processo» ex art. 111 Cost¹²⁵.

La questione rilevata dal giudice, risultante dai fatti allegati dalle parti, impone, dunque, che il giudicante provveda ad indicarla alle parti, affinché possano, nel rispetto del contraddittorio, assumere una posizione, in fatto ed in diritto, e fornire i chiarimenti necessari¹²⁶.

¹²⁴N. PICARDI, *Le matrici storico culturali del contraddittorio*, in *Riv. Trim. di Dir. Proc. Civ.*, 2003, p. 16.

¹²⁵Cass., III, 4 giugno 2013, n. 14039.

¹²⁶E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 580 - Se il contraddittorio è la regola della dinamica processuale, non può non coinvolgere tutti i soggetti del processo; è la garanzia con cui, a ben guardare, la parte si muove nel cosmo processuale ed è perciò configurato anche garanzia verso il giudice, di cui infatti limita la potestà giurisdizionale (come — prima ancora che dalle norme costituzionali — già si evince dall'art. 101, comma 1°, c.p.c.). Poiché tuttavia la posizione del giudice è ontologicamente diversa da quella delle parti, non necessitando di difesa e quindi di garanzia, il giudice espleta la dinamica relazionale con gli altri soggetti con modalità diverse, inquadrabili appunto non tanto nel regolato contrasto quanto nella collaborazione. Sul principio di collaborazione tra il giudice e le parti. Tale dottrina si è sviluppata in un contesto normativo ancora ben lontano dalla riforma preclusiva degli anni '90, e anteriore soprattutto alla valorizzazione dei tempi come misura di effettività dei diritti. Nella forma

La norma ha posto numerosi quesiti, sui quali la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate, sia in relazione all'interpretazione della portata della norma, che alle conseguenze derivanti dalla sua violazione, in ogni stato e grado.

In primo luogo, si è posto il tema se il giudice debba o possa esercitare il potere officioso, di cui all'art. 183 comma 4, ultima parte, c.p.c. e, dunque, se il giudice deve esercitare obbligatoriamente il suo potere o se, invece, abbia una mera facoltà.

In secondo luogo, si è discusso in ordine a quali questioni possano essere sollevate d'ufficio dal giudice, cioè se oggetto di rilievo siano le questioni di fatto o le questioni di diritto o, ancora, le questioni miste, ossia quelle che sono, allo stesso tempo, di fatto e di diritto.

Altro argomento trattato, riferito al rilievo d'ufficio ed all'attivazione del contraddittorio tra le parti, è se il potere del giudice sia esercitabile in tutto il corso del processo e, dunque, anche oltre il termine di cui all'art. 183, comma 4, ultima parte, c.p.c.

Da qui l'art. 101 comma 2 c.p.c., introdotto dal legislatore, dopo che la giurisprudenza di legittimità aveva già statuito sulle conseguenze della c.d. «*terza via*»¹²⁷.

Ultima questione, attiene alla sanzione discendente dalla violazione della norma, in ogni stato e grado del processo.

1.2 Il potere officioso del giudice

Il giudice esercita il suo potere, con il solo limite delle allegazioni delle parti, nel senso che il giudice può estrapolare le questioni delle quali ne ritiene d'ufficio opportuna la trattazione, solo sulla scorta di quanto emergente dagli atti del processo e di ciò che le parti hanno allegato.

mentis dell'epoca, l'effettività dei diritti era presidiata invece dalla tendenziale coincidenza tra verità giuridica e verità materiale quale frutto del processo; l'attività del giudice nella trattazione veniva quindi letta come stimolo e supporto per l'introduzione, da parte dei contendenti, di ulteriori aspetti non solo giuridici, ma anche fattuali e probatori (col rischio, dunque, di implementazione del processo, in luogo di semplificazione e concentrazione). Ma la sua qualificazione quale «collaborazione» portava comunque una risoluzione del problema della condivisione del giudice con le parti — contraddittorio è dialettica, quindi, *lato sensu*, pura condivisione — delle questioni rilevabili d'ufficio.

¹²⁷ V. Cass., III, 21 novembre 2001, n. 14637; Cass., I, 9169/2008; Cass., SS.UU. 20 settembre 2009, n. 20935, Cass., III, 7 ottobre 2010, n. 20811. A queste si aggiunge anche la statuizione della Corte Costituzionale con la sentenza n. 321/2007.

Il quesito da più parti sollevato è se il giudice, potendo rilevare una questione d'ufficio, abbia l'obbligo di sollevarla, chiedendo alle parti la trattazione della questione o se, invece, ne abbia una mera facoltà¹²⁸.

La dottrina¹²⁹ ha chiarito che il giudice non ha l'obbligo di sollevare la questione d'ufficio, ma questi ne ha una mera facoltà.

Del resto è sufficiente osservare, mediante una mera esemplificazione, quanto potrebbe accadere in merito alla declaratoria d'incompetenza, qualora si affermasse l'obbligatorietà del rilievo officioso.

Ai sensi dell'art. 38, comma 3, c.p.c., l'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio, nei casi previsti dall'articolo 28, sono rilevate d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'articolo 183 c.p.c.

Se si ipotizzasse che il rilievo d'ufficio fosse obbligatorio, si dovrebbe contestualmente affermare che le parti possano dolersi della sua omissione, così disponendo della facoltà di impugnare la sentenza che sia stata resa in violazione dell'obbligo del giudice di rilevare, entro la prima udienza di trattazione, la propria incompetenza.

Ma visto che l'incompetenza non è solo sollevabile dal giudice, ma anche dalle parti, non oltre l'udienza *ex art.* 183 c.p.c., potrebbe, allo stesso tempo, affermarsi che la parte che non abbia sollevato nei termini l'eccezione di incompetenza e sia decaduto dalla facoltà di esperire il rimedio, potrebbe aggirare la decadenza oramai maturata, impugnando la sentenza resa dal giudice, il quale anch'esso avrebbe omesso di rilevare la propria incompetenza, in violazione di un obbligo impostogli dalla legge.

L'ipotesi prospettata, non solo consentirebbe alle parti di aggirare la norma, ma anche e soprattutto di vanificare la decadenza che la stessa norma impone.

L'irrimediabile contraddizione, che sarebbe generata dall'obbligatorietà del rilievo officioso, allorquando la norma esplicitamente ne prevede una preclusione, induce inevitabilmente ad affermare che l'esercizio del potere d'ufficio non è censurabile e nel contempo che tale esercizio non può che essere facoltativo.

¹²⁸ S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 569 - «l'inosservanza del dovere del giudice di stimolare il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio non mette in gioco il principio del contraddittorio» bensì «trattandosi del dovere di sollecitare la previa discussione su questioni che appartengono al comune sapere di tutti i soggetti del processo proprio il principio della reciproca collaborazione del giudice con le parti per garantire la leale condotta del processo e la giustizia del suo esito».

¹²⁹ M. FORNACIARI, *La definizione del thema decidendum e probandum nel processo civile di rito ordinario (art. 183, commi 3, 4, 5, c.p.c.)*, in *Giust. civ.*, fasc. 6, 2002, pag. 297.

1.3 Le questioni di fatto, le questioni di diritto e le questioni miste

La dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate su quali questioni siano rilevabili d'ufficio e su quali, tra queste, il giudice deve, una volta sollevata la questione, invitare le parti ad assumere una posizione.

Si suole distinguere tra questioni di fatto, di diritto e questioni miste (di fatto e diritto).

a) Le questioni di fatto

Il giudice può sollevare questioni di fatto, alternative o concorrenti con quelle su cui si è basato l'attore nell'atto introduttivo della lite.

Così, allo stesso modo, il giudice può rilevare d'ufficio fatti impeditivi, modificativi o estintivi, che il convenuto non ha fatto valere nella comparsa di costituzione e risposta, comunque, non subordinati all'esclusivo potere di parte.

Trattasi, dunque, di fatti (tranne quelli che identificano l'oggetto del processo e le eccezioni in senso stretto), comunque, risultanti dagli atti di causa e dalle risultanze istruttorie, che le parti non avevano adeguatamente valorizzato.

Rientrano in tale categoria i fatti introdotti inconsapevolmente nel processo dalla parte, ad esempio risultanti da un documento prodotto in giudizio o quelli che sono stati volontariamente e consapevolmente introdotti dalle parti, ma a cui non è stato attribuito alcun significato giuridico, o quelli acquisiti al processo non per diretta iniziativa delle parti, come ad esempio risultanze istruttorie, ma anche in questo caso non valorizzati dalle loro difese¹³⁰.

b) Le questioni di diritto

Il giudice può individuare, interpretare ed applicare le norme, dunque, sollevare questioni di diritto, cioè relative all'individuazione ed all'interpretazione della norma sotto cui sussumere la fattispecie concreta dedotta in giudizio in modo difforme dalle parti¹³¹.

Le questioni di mero diritto sono quelle che non trovano base materiale in alcun fatto da riesaminare o apprezzare in modo diverso, per cui la questione di diritto non implica la necessità di riesaminare fatti dedotti.

c) Le questioni miste

¹³⁰ D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001, p. 212 ss.

¹³¹ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, p. 90.

La questione non sempre è di mero diritto, posto che, in taluni casi, la differente individuazione o interpretazione della norma, comporta una differente rilevanza dei fatti storici dedotti, eventualmente rendendo rilevanti altri fatti non allegati.

È una questione di diritto mista al fatto, quella che muta l'impostazione giuridica dei fatti ed implica la necessità di un loro riesame.

d) Le questioni sulle quali il rilievo officioso del giudice, impone il contraddittorio tra le parti

La giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite¹³², ha assunto una posizione ben definita, evidenziando innanzitutto che la previsione di cui all'art. 183, comma 4, ultima parte, c.p.c., non costituisce adempimento fine a sé stesso, ma, piuttosto, risulta funzionale a consentire alle parti di 'aggiustare' le proprie posizioni in conseguenza del nuovo sviluppo dialettico del processo impresso dal rilievo officioso.

Ed in tale prospettiva ha affermato che, pur riconosciuta la violazione «deontologica» da parte del giudicante che decida pronunciando sentenza sulla base di rilievi non previamente sottoposti alle parti (all'udienza *ex art.* 183 c.p.c., ovvero, se emersi o comunque acclarati diacronicamente rispetto ad essa, anche in un momento successivo del processo), in ogni caso, la nullità processuale non può essere, *ipso facto*, sempre e comunque predicata, quale conseguenza indefettibile di tale omissione.

In particolare il Supremo Collegio - esclusa la rilevanza, sotto il profilo della violazione del contraddittorio, del mancato rilievo officioso (e della conseguente, mancata segnalazione tempestiva alle parti) con riferimento alle questioni di puro diritto - ha precisato che saranno le sole questioni di fatto ovvero miste di fatto e di diritto, a legittimare la parte soccombente (a prescindere dalla censura di erroneità della soluzione) a dolersi del *decisum*, sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha

¹³² Cass., SS.UU., 30 settembre 2009, n. 20935: «Nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (cd. terza via), non sussiste la nullità della sentenza, in quanto (indiscussa la violazione deontologica da parte del giudicante) da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'*error iuris in iudicando* ovvero dall'*error in iudicando de iure procedendo*, la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato: qualora invece si tratti di questioni di fatto, ovvero miste, di fatto e di diritto, la parte soccombente può dolersi della decisione, sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini, con la conseguenza che, ove si tratti di sentenza di primo grado appellabile, potrà proporsi specifico motivo di appello solo al fine di rimuovere alcune preclusioni (specie in materia di contro-eccezione o di prove non indispensabili), senza necessità di giungere alla più radicale soluzione della rimessione in primo grado, salva la prova, in casi ben specifici e determinati, che sia stato realmente e irrimediabilmente vulnerato lo stesso valore del contraddittorio».

vulnerato la facoltà di chiedere prove (o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini).

In definitiva deve trattarsi di una questione sollevata d'ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, che, modificando il quadro fattuale, determini nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle stesse, privandole dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria.

Analogo principio, d'altronde, era stato già in precedenza affermato, dalle Sezioni Unite¹³³ con la sentenza 10955/02, resa in tema di prescrizione, a mente della quale in tema di prescrizione estintiva, elemento costitutivo della relativa eccezione è l'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio, mentre la determinazione della durata di questa, necessaria per il verificarsi dell'effetto estintivo, si configura come una «*quaestio iuris*» concernente l'identificazione del diritto stesso e del regime prescrizione per esso previsto dalla legge.

Il potere di sollevare l'eccezione, riservato alla parte, implica che ad essa sia fatto onere soltanto di allegare il menzionato elemento costitutivo e di manifestare la volontà di profittare di quell'effetto, non anche di indicare direttamente o indirettamente - cioè attraverso specifica menzione della durata dell'inerzia - le norme applicabili al caso di specie, l'identificazione delle quali spetta al potere-dovere del giudice.

La conseguenza è che, da un lato, non incorre nelle decadenze, la parte che, proposta originariamente un'eccezione di prescrizione quinquennale, invochi nel successivo corso del giudizio la prescrizione ordinaria decennale; dall'altro, il riferimento della parte ad uno di tali termini non priva il giudice del potere officioso di applicazione - previa, attivazione del contraddittorio sulla relativa questione - di una norma di previsione di un termine diverso, atteso che la rilevazione di una diversa fattispecie (e di un diverso termine prescrizione) dischiudeva nuovi e diversi orizzonti probatori in punto di fatto (la prova, ad esempio, di atti interruttivi compiuti dal creditore in epoca non compresa in quella addotta a fondamento dell'originariamente invocata prescrizione).

¹³³ Cass., SS.UU., 25 luglio 2002, n. 10955.

La dottrina¹³⁴ ha, altresì, osservato che le questioni che il giudice può rilevare d'ufficio possono, in primo luogo, essere «fatti».

Intesi come fatti immediatamente rilevanti (ossia direttamente determinatori della fattispecie affermata) o anche fatti rilevanti solo in via indiretta, cioè fatti secondari (cioè con funzione puramente strumentale rispetto alla determinazione della fattispecie)¹³⁵.

Di contro, invece, il giudice non può rilevare d'ufficio, i fatti costitutivi identificatori del diritto e delle eccezioni in senso stretto.

I fatti, così individuati e qualificati, producono un effetto giuridico rilevante per l'attribuzione o negazione della tutela richiesta, cosicché nasce l'esigenza difensiva della controparte, con conseguente necessità del rispetto del contraddittorio¹³⁶.

È necessario, dunque, non pregiudicare il contraddittorio della parte contro la quale il fatto produce i suoi effetti in caso di rilievo officioso del giudice, in modo da consentirgli di replicare e controdedurre a garanzia del suo diritto di difesa, indipendentemente da una introduzione di tali fatti, consapevole o inconsapevole¹³⁷.

È pacifico che la questione di mero diritto, rilevata dal giudice d'ufficio, non impone l'instaurazione del contraddittorio, mentre, allorquando il giudice solleva una questione mista ai sensi dell'art. 183, comma 4, ultima parte, deve necessariamente richiedere alle parti i chiarimenti necessari, indicando le questioni delle quali ritiene opportuna la trattazione.

In particolare, Francesco Paolo Luiso¹³⁸ ha osservato, che pur essendo concordemente riconosciuta la correttezza della distinzione tra questioni di fatto, di diritto e miste e pur essendo all'unanimità affermata l'obbligatorietà dell'instaurazione del contraddittorio, solo nel caso in cui il giudice rileva d'ufficio una questione di fatto o mista, si può affermare, però, che la distinzione sopra effettuata, è meramente descrittiva.

Nel senso che la distinzione non consente di stabilire *ex ante*, nel momento in cui il giudice rileva la questione, se essa sia un tipo o di un altro.

¹³⁴ F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 65.

¹³⁵ C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Volume I, Torino, 2019, p. 97.

¹³⁶ D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101 comma 2° c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, p. 405.

¹³⁷ D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, p. 406.

¹³⁸ F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, *cit.*, p. 67.

L'autore, difatti, prospetta un'esemplificazione, ove il giudice, *ex officio*, sollevi l'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale per vessatorietà, ai sensi degli artt. 33 ss. del codice del consumo.

In tal caso non è possibile qualificare la questione (di fatto, di diritto o mista), prima ancora che le parti abbiano assunto la loro posizione sul punto.

Benché l'esemplificazione indurrebbe a ritenere che il rilievo del giudice afferisca ad una questione di mero diritto, invero, la parte pregiudicata, potrebbe replicare che egli non ha stipulato il contratto come consumatore, ma come professionista ed, in tal caso, essendo la questione incidente sul fatto, avrebbe ben diritto a pretendere l'instaurazione del contraddittorio sulla questione di nullità, sollevata officiosamente del giudice, per controdedurre e provare la sua qualità di professionista nella stipula del contratto.

Dall'esempio prospettato, discenderebbe che non essendo possibile stabilire *ex ante* se alla questione rilevata di ufficio faranno seguito repliche in fatto o in diritto, il comportamento del giudice che rileva la questione deve sempre essere lo stesso, segnalare la questione alle parti ed attendere le loro osservazioni. Soltanto all'esito di queste si saprà se la questione rilevata di ufficio potrà qualificarsi di diritto (perché le parti solleveranno solo profili di interpretazione e/o applicazione della norma) oppure di fatto (perché le parti solleveranno profili attinenti all'esistenza del fatto storico rilevante o addurranno fatti impeditivi dell'effetto).

1.4 Le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito

Tra le questioni che il giudice può sollevare d'ufficio, è opportuno procedere ad una ulteriore partizione, distinguendo le questioni pregiudiziali di rito e le questioni preliminari di merito.

Entrambe hanno la prerogativa di essere idonee a definire il giudizio, in modo definitivo o parziale¹³⁹, cosicché si rende opportuno valutare se è necessario che tali questioni rilevabili d'ufficio, con la peculiarità di essere oggetto autonomo di pronuncia giudiziale, debbano essere previamente dibattute dalle parti prima della loro decisione.

a) Le questioni pregiudiziali di rito

¹³⁹ V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 220 ss.

Le questioni pregiudiziali di rito sono attinenti al processo relativamente al suo aspetto formale e riguardano l'esistenza di presupposti processuali come competenza del giudice, giurisdizione, legittimazione ad agire *ecc.*, attinenti alla corretta instaurazione e prosecuzione del processo, perciò devono essere valutate prima di ogni altra questione.

Il giudice non va ad accertare i fatti come richiesto dalle parti, non entra nel merito della questione, ma decide su questioni meramente processuali attinenti alla valida instaurazione e prosecuzione del processo; sussiste dunque la possibilità che il giudice definisca il giudizio sulla base del solo esame della questione pregiudiziale di rito e non di tutto il materiale controverso.

La condizione, dunque, per poter decidere nel merito è che sussistano tutti i presupposti processuali, basta che solo un presupposto processuale manchi o sia viziato, che il giudice debba chiudere il processo, dichiarando l'impossibilità di decidere nel merito¹⁴⁰.

b) Le questioni preliminari di merito

Per questioni preliminari di merito si intende ogni questione rilevante ai fini dell'esistenza del diritto, ricomprendendo sia le questioni relativi ai fatti-diritti, che quelle attinenti ai meri fatti.

c) La posizione della dottrina

Secondo l'opinione di Denti, nel suo saggio «*Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*», pubblicato molti anni prima dell'introduzione dell'art. 101, comma 2°, c.p.c., non si può prescindere dal contraddittorio delle parti per le questioni pregiudiziali, in quanto «ampliano il *thema decidendum* sul quale le parti hanno diritto di interloquire»¹⁴¹.

Il giudice ha il dovere prima della decisione di sottoporre al contraddittorio delle parti la norma o le norme che intende applicare al caso concreto e la loro applicazione, indicando alle parti i fatti non dedotti che egli ritiene di non utilizzare relativamente al rilievo officioso di fattispecie impeditive, modificative, estintive.

L'autore, però, fa notare che queste applicazioni del diritto di difesa sembrano peccare per eccesso, poiché in realtà un problema di contraddittorio si pone solo in quanto il giudice decide, ma non in quanto il giudice semplicemente conosce di una questione:

¹⁴⁰A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto*, cit., p. 118 ss.

¹⁴¹V. DENTI, *op. cit.*, p. 224.

dunque si pone «per le sole questioni pregiudiziali in senso tecnico, la cui soluzione è idonea a definire il giudizio».

Solo l'individuazione di una norma da applicare, diversa da quella indicata dalle parti può esigere la sottoposizione al previo contraddittorio delle parti se dalla sua applicazione sorgesse una «questione potenzialmente idonea a definire la controversia».

Altri autori¹⁴² hanno rilevato, che l'art. 183, comma 4, ultima parte, c.p.c. attribuisca al giudice un potere-dovere preordinato a tutelare l'effettività del contraddittorio e ad impedire che il giudice si pronunci senza aver dato modo alle parti di dibattere e di far valere le loro argomentazioni su questioni, rilevate d'ufficio, pregiudiziali di rito (come difetto di giurisdizione o difetto di competenza) o preliminari di merito, di carattere assorbente, addirittura rendendo opportuno, secondo una parte della dottrina, un breve rinvio dell'udienza *ex art. 175, comma 1°*, c.p.c.¹⁴³.

Secondo Cavallini, l'opportunità della trattazione si concretizza nel dovere del giudice, di sottoporre al contraddittorio delle parti il rilievo di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, idonee a provocare una decisione anticipata della causa, impedendo o assorbendo qualsiasi altra trattazione delle domande ed eccezioni già proposte.

È proprio la valenza della questione rilevabile d'ufficio, la quale, qualora rivesta il carattere di questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, a produrre un vero e proprio potere-dovere del giudice di provocare il contraddittorio¹⁴⁴.

1.5 Le eccezioni rilevabili d'ufficio

Le eccezioni in senso lato sono sollevabili d'ufficio dal giudice solo se esse coinvolgano un interesse pubblico in campo processuale, quali ad esempio le eccezioni di giudicato,

¹⁴² C. CAVALLINI, *Le nuove norme del procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, p. 747 ss.; G. BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. It.*, 2006, IV, p. 76; C. CONSOLO, *La trattazione della causa: gli art. 167, 180, 183, 184 e altre disposizioni sul processo di cognizione così come novellati dalle l. n. 80 e n. 263 del 2005*, in C. CONSOLO, S. MENCHINI, F.P. LUISO e L. E. M. SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, p. 34, n.t. 31.; F. SANTENGELI, *Le udienze di trattazione della causa nel processo civile ordinario alla luce delle recenti riforme*, in *Judicium.it.*, 3, n.t. 21.

¹⁴³ G. BALENA, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁴ C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, p. 107.

che possono essere rilevate in ogni stato e grado del processo (mentre, si ricorda, che le eccezioni in senso stretto sono riservate solo alla parte).

Sul punto è, dunque, doveroso preliminarmente ricordare i caratteri distintivi tra le eccezioni in senso lato e le eccezioni in senso stretto.

L'art 112 c.p.c.¹⁴⁵ nella parte in cui si riferisce alle eccezioni, riprende la classica distinzione tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto, sebbene la sua scarna formulazione ha suscitato non poche incertezze interpretative (soprattutto in dottrina) nel tentativo di attribuire alla disposizione il giusto valore sistematico.

Da una parte, quanti sul presupposto che l'art. 112 c.p.c. (seconda parte), rappresenti semplicemente una norma di rinvio alle disposizioni che prevedono caso per caso l'indispensabile istanza di parte, ritengono che dall'interpretazione letterale e sistematica della seconda parte dell'art. 112 c.p.c., si possa agevolmente ricavare la conclusione che «nel nostro ordinamento positivo sia normale la rilevabilità anche d'ufficio e sia invece eccezionale (ossia riservata ai soli casi in tal modo espressamente disciplinati) la rilevabilità solo ad istanza di parte»¹⁴⁶.

Perciò secondo questa opzione interpretativa, se la legge nulla dice di specifico, sussiste il principio della rilevabilità d'ufficio di tutte le eccezioni, salvo espressa previsione della rilevabilità solo ad iniziativa di parte, fermo restando il rispetto di ciò che è stato allegato e il rispetto dell'art. 112 c.p.c. (seppur temperato dal principio di *iura novit curia*).

In base ad una seconda opzione interpretativa¹⁴⁷, altri ammettono l'esistenza di un criterio generale, alla base delle eccezioni che il legislatore prevede espressamente come

¹⁴⁵ Art. 112 c.p.c.: «Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti.»

¹⁴⁶ G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, p. 245; nello stesso senso V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 368 e ss.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 119; F.P. LUISSO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 1997, p. 680.

¹⁴⁷ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2009, p. 143 e ss., nello stesso senso già F. CARNELUTTI, *Eccezione ed analisi nell'esperienza*, in *Riv. Di dir. Proc.*, 1960, p. 649. per il quale il giudice «non può pronunciare su eccezioni le quali non siano proposte dalle parti, salvo che la legge non gliene dia la potestà»; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi.*, Milano, 2002, p. 151; E. T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. Proc.*, 1960, p. 449, per il quale in questi casi l'eccezione costituisce un «diritto processuale analogo e contrapposto all'azione e sta al generico potere di difendersi (ex art. 24 comma 2° Cost.) nello stesso rapporto in cui l'azione sta al potere di proporre una domanda»; M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come contro diritto del convenuto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, p.266 e ss.; V. COLESANTI, in *Enc. Del dir., voce, Eccezione, (Dir. Proc. Civ.)*, XIV, Milano, 1965, 172 e ss.; ID., *Enrico Tullio Liebman e la teoria dell'azione e dell'eccezione*, in AA.VV. Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un maestro, Atti del Convegno (Milano, 24 ottobre 2003), Milano, 2004, p. 10 e ss., spec. p. 27 e ss.; In senso critico su questa impostazione, sostenendo che l'esclusiva delle parti circa la

rilevabili solo ad istanza di parte, che non coincide perfettamente con le ipotesi espressamente previste dal legislatore, ma che deve essere esteso alle ipotesi di eccezioni i cui effetti «sono oggetto di un contro-diritto che la parte che resiste potrebbe far valere (o anche non far valere) con un'azione autonoma».

La giurisprudenza¹⁴⁸ sembra preferire l'estensione dell'area delle eccezioni in senso stretto al di là delle ipotesi espressamente previste dal legislatore, affermando che nel nostro ordinamento le eccezioni in senso stretto, cioè quelle rilevabili soltanto ad istanza di parte, si identificano o in quelle per le quali la legge espressamente riserva il potere di rilevazione alla parte o in quelle in cui il fatto integratore dell'eccezione corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare e, quindi, per svolgere l'efficacia modificativa, impeditiva od estintiva di un rapporto giuridico suppone il tramite di una manifestazione di volontà della parte (da sola o realizzabile attraverso un accertamento giudiziale).

Per cui, soggiunge la Corte di legittimità, l'eccezione di interruzione della prescrizione integra un'eccezione in senso lato e non in senso stretto e, pertanto, può essere rilevata d'ufficio dal giudice sulla base di elementi probatori ritualmente acquisiti agli atti, dovendosi escludere, altresì, che la rilevabilità ad istanza di parte possa giustificarsi in ragione della (normale) rilevabilità soltanto ad istanza di parte dell'eccezione di prescrizione, giacché non ha fondamento di diritto positivo assimilare al regime di rilevazione di una eccezione in senso stretto quello di una contro-eccezione, qual è l'interruzione della prescrizione.

Il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato, non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati *ex actis*, in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della

deduzione in giudizio, a titolo di eccezione, di determinate fattispecie sostanziali è da rinvenire sull'unilaterale disponibilità, da parte del soggetto interessato, degli effetti giuridici di natura estintiva, impeditiva o modificativa che quelle fattispecie sono destinate a produrre; si vedano: E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, p. 319 e ss., e p. 382, la quale pone in evidenza come l'eccezione di merito, intesa come invocazione degli effetti di un fatto modificativo, impeditivo, estintivo ha contenuto meramente negativo; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2008, p.252 e ss., il quale rileva come non sempre possa ravvisarsi nell'eccezione in senso stretto un vero e proprio contro-diritto del convenuto, "se non a pena di una forzatura artificiosa"; in questo senso C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, p. 11 e ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2002, p. 114 e ss..

¹⁴⁸Cass., III, 22 giugno 2015, n. 12876.

decisione, che resterebbe sviato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto.

Dopo aver passato doverosamente in rassegna, gli aspetti salienti del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'interpretazione di quali siano le eccezioni in senso lato e quali siano le eccezioni in senso stretto, nel presupposto che solo le prime sono rilevabili d'ufficio, è opportuno valutare se su queste il giudice, una volta sollevate, debba necessariamente instaurare il contraddittorio e, dunque, se esse siano assimilabili alle questioni rilevabili d'ufficio.

Preliminarmente occorre osservare che, qualora le eccezioni in senso lato, coinvolgano un interesse pubblico in campo processuale, quali ad esempio le eccezioni di giudicato, queste possono essere rilevate d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo.

Per questo motivo la Corte di Cassazione¹⁴⁹ ha stabilito che l'esistenza del giudicato esterno, al pari di quella del giudicato interno, (c.d. "eccezione di giudicato"), non costituisce oggetto di eccezione in senso tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo.

Mentre le eccezioni in senso lato sono relative ad un diritto di carattere sostanziale, il cui esercizio in campo processuale non incide in alcun modo su interessi pubblici ed anche se siano qualificabili come eccezioni in senso lato, hanno una rilevanza condizionata al rispetto del principio dispositivo e del contraddittorio.

Ne consegue che, in tal caso, è vietato al giudice porre alla base della propria decisione, fatti che non rispondano ad una tempestiva allegazione delle parti, ovvero il giudice non può basare la propria decisione su un fatto, ritenuto estintivo, modificativo o impeditivo, che non sia mai stato dedotto o allegato dalla parte, o comunque non sia risultante dagli atti di causa, e che tale allegazione non solo è necessaria ma deve essere tempestiva, ovvero deve avvenire al massimo entro il termine ultimo entro il quale nel processo di primo grado si determina definitivamente il *thema decidendum* e il *thema probandum*, ovvero entro i termini ultimi di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cass., III, 31 gennaio 2017, n. 2322.

¹⁵⁰ Cass., III, 22 giugno 2007, n. 14581.

La dottrina si è posta il quesito se le questioni rilevabili d'ufficio, oggetto esclusivo dell'indicazione alle parti (e dello stesso preventivo contraddittorio), restino distinte dalle eccezioni rilevabili d'ufficio, le quali potrebbero essere poste a fondamento della decisione della causa, senza che le parti abbiano potuto interloquire preventivamente.

Ciò soprattutto, senza che la sentenza possa considerarsi in qualche modo viziata per la palese violazione del principio del contraddittorio, risultando inapplicabile “a monte” il potere-dovere di indicazione alle parti della relativa eccezione.

Secondo Proto Pisani¹⁵¹, pertanto, non appare del tutto condivisibile quell'orientamento per cui il tenore della norma esigerebbe una distinzione contenutistica che separi l'ambito delle questioni da quello delle eccezioni¹⁵².

Difatti, prendendo in considerazione, a guisa di esempio paradigmatico, il potere di rilevazione ufficiosa della nullità del contratto ai sensi dell' art. 1421 c.c.; come non v'è dubbio che l'allegazione del fatto-motivo di nullità sia avvenuta in tempo “utile”, parimenti non si può discutere che l'esercizio di tale potere possa altrettanto verificarsi oltre la prima udienza, e che tale eccezione in senso lato possa rilevarsi, per la prima volta, nel corso del giudizio d'appello nonostante la rinnovata disciplina dei c.d. *nova*.

Da qui, si può evincere, che la ritenuta esclusione delle eccezioni, come tali, dal più ampio novero delle questioni rilevabili d'ufficio e dunque dal potere-dovere del giudice di indicarle alle parti, potrebbe voler significare non solo l'emaneazione di una sentenza “a sorpresa”, ma soprattutto la mancata attuazione del contraddittorio¹⁵³.

¹⁵¹ A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 137: L'autore ritiene che il potere-dovere di indicazione alle parti abbia «oggetto» anche le c.d. eccezioni rilevabili d'ufficio, onde consentire alle stesse parti la rimodulazione delle strategie difensive sull'eventualità dell'accoglimento in sede decisoria 'della proietta' eccezione in senso lato.

¹⁵² E. GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 1993, p. 711 e ss., il quale estende l'ambito delle questioni, oggetto dell'indicazione *a parte judicis*, a tutte le c.d. negazioni dei fatti costitutivi posti dall'attore a fondamento del diritto fatto valere e costituenti, nella prospettiva del convenuto l'esercizio di una “mera difesa”, e giammai di un'eccezione in senso tecnico (non comportando infatti l'allegazione di fatti “nuovi”, ma solo contraddicendo l'esistenza o l'efficacia di quelli già allegati dall'attore stesso).

¹⁵³ F. P. LUIO, in C. CONSOLO, B. N. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 148, ove l'esempio del rilievo “tempestivo” della nullità negoziale, come oggetto di una eccezione rilevabile d'ufficio rientrante nei poteri-doveri del giudice, ai sensi dell'art. 183, 4° comma, c.p.c., viene posto in luce sotto l'aspetto attinente alla valenza della c.d. «collaborazione del giudice con le parti», mutuando una nota locuzione di GRASSO; vale a dire la possibilità, ad esempio, dell'attore, di «correggere la rotta» e, sulla base dell'indicazione giudiziale, di «modificare» la domanda originaria chiedendo la restituzione di quanto ha già eseguito in favore del convenuto sulla scorta di un contratto (presumibilmente) nullo.

2. L'art. 101, comma 2, c.p.c.

2.1 Premessa

L'elaborazione giurisprudenziale ed ancor prima dottrinale, sul tema della «c.d. terza via», viene rapportata al principio del contraddittorio, inteso però come tutela delle parti non dalle difese avverse, bensì dalle valutazioni del giudice.

Sul piano normativo, lo spostamento del principio del contraddittorio nell'area del giudice, ha fatto leva sulla partecipazione del giudice alla trattazione prevista dall'art. 183 c.p.c., mascherando una progressiva trasformazione del processo da struttura piramidale a struttura tendenzialmente orizzontale, adattando il principio suddetto al c.d. principio di leale collaborazione¹⁵⁴.

Gli studi sulla «giusta decisione»¹⁵⁵ ed i precedenti giurisprudenziali, hanno creato i presupposti per la formulazione del nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., formalmente introdotto dall'art. 45, comma 13, L. n. 69 del 2009, con applicazione ai soli

¹⁵⁴ E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., p. 591; contra S. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1362, dove sostiene appunto che la sentenza della terza via «non viola il principio del contraddittorio, bensì il principio di collaborazione tra i soggetti del processo». Separa contraddittorio e collaborazione pure E. F. RICCI, *La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia bisognosa di attuazione a killer di garanzie*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 975 ss., che, commentando Cass., III, 5 agosto 2005, n. 16577, osserva che anche se la sentenza «sembra unificare il principio del contraddittorio come garanzia e il principio di collaborazione, come se l'uno e l'altro fossero espressione di una medesima regola di fondo [...] si tratta di regole differenti, non confondibili l'una con l'altra». Che vi sia un'unica regola di fondo appare invece sostenibile, trattandosi della disciplina della dinamica che connette i soggetti processuali; ma per questo le dinamiche processuali più che a un rapporto di tipo collaborativo sono riconducibili a un equilibrio di forze contrapposte; e ciò può valere, ovviamente, soltanto per le parti. Va infine ricordato che è proprio il principio di collaborazione, sotto forma di «buona fede» (lealtà, correttezza, tutela degli interessi della controparte), che deve plasmare la condotta delle parti in un rapporto negoziale. Poiché avanza la concezione di una «giurisdizione condivisa», è logico ritenere che un simile principio governi la condotta dei suoi protagonisti, potendosi sempre più approssimare a un negozio di accertamento il processo, il cui esito, applicando tutte le potenzialità della «terza via», sarà così «negoziato» da non poter logicamente contenere alcuna fonte di «sorpresa». Ed è opportuno notare fin d'ora che dal processo come gioco (alla Calamandrei) al processo come condiviso negozio di accertamento si rimane sempre nello stesso genus di un processo rimesso al potere dispositivo delle parti, in una visione liberale-individualistica dello strumento giurisdizionale civile. Non a caso, infatti, il concetto della terza via si scontra con il sistema preclusivo, essendo un mezzo per le parti per scavalcarlo; non a caso, infatti, è sorto dottrinalmente in un contesto di giudizio non strutturato da preclusioni ed è stato normativizzato contemporaneamente alla dilatazione dello strumento della remissione in termini (generalizzato con lo spostamento all'art. 153 c.p.c.) che viene offerta alla pratica come potenziale (a seconda di quella che sarà la lettura del diritto vivente) cavallo di Troia contro la struttura delle preclusioni.

¹⁵⁵ B. CAVALLONE, *In difesa della 'veriphobia' (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di MICHELE TARUFFO)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 ss.; M. TARUFFO, *Contro la 'veriphobia'. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010, p. 995 ss.; ID., *La semplice verità*, op. cit.; ID., *Poteri probatori delle parti*, op. cit., p.476; ID., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1997, p. 139;

giudizi instaurati successivamente alla data di entrata in vigore della novella, cioè promossi dopo il 4 luglio 2009¹⁵⁶.

Se, dunque, ai sensi dell'art. 183, comma 4, ultima parte c.p.c. il giudice deve indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio (nei limiti delle succitate specificazioni) di cui ritiene opportuna la trattazione, in virtù della novella, nel caso in cui ciò non avvenga in quella sede, il giudice può, a norma dell'art. 101, comma 2°, c.p.c., al momento della decisione, assegnare alle parti un termine da venti a quaranta giorni, per permettere loro di contraddire e difendersi, sulla questione rilevata officiosamente¹⁵⁷, a pena di nullità della pronuncia finale eventualmente successivamente adottata.

Quindi in difetto del regolare rilievo delle questioni officiose, che deve intervenire di regola nell'udienza di prima comparizione/trattazione ex art. 183, comma 4°, c.p.c., il giudice può utilizzare in fase decisionale lo strumento sanante del novellato art. 101, comma 2°, c.p.c., che assume una natura sussidiaria ed auspicabilmente eccezionale, essendo destinato ad operare solo in caso di tardiva rilevazione della questione officiosa. Il disposto con l'articolo 183, comma 4, ultima parte, c.p.c. ha certamente ispirato la riforma dell'art. 384, comma 3, c.p.c.¹⁵⁸ ed allo stesso tempo anche la novella che ha introdotto il secondo comma dell'art. 101 c.p.c. ha evidenti punti di contatto con le precedenti disposizioni.

Si rinviene tra le norme uno scopo comune, che consiste nell'attuazione di un contraddittorio "effettivo", esteso all'intero processo e vincolante anche per chi giudica.

¹⁵⁶ Si vedano, in merito, i Commenti di C. CONSOLO, F. GODIO, in C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009, 'sub' articolo 101*, Milano, 2009; B. SASSANI e R. TISCINI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile, 'sub' art. 101*, a cura di B. SASSANI e A. SALETTI, Torino, 2009, p. 222 ss.; G. F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, p. 21; R. GIORDANO, in R. GIORDANO e A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, p. 151 ss.; C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 31; M. BOVE e A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, p.40; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 221; E. FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 264; G. BEATRICE, *Principio del contraddittorio*, in *Nuovo processo civile, Il civilista*, Milano, 2009, p. 20; C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 61; A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Judicium.it*, p. 23 ss.; G. BALENA, *Onere di contestazione delle avverse pretese*, in *Guida al dir.*, 2009, p. 110; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2010, p. 101; D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in *Judicium.it*, 2010, p. 399 ss.; F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Judicium.it*, p. 192 ss.; G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, p. 63 .

¹⁵⁷ Qualora il giudice si avveda di una questione dopo l'udienza di trattazione può, o meglio deve, stimolare il contraddittorio, in ogni fase, senza attendere il momento della decisione

¹⁵⁸ Introdotto con l'art. 12, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

Il secondo comma dell'art. 101 c.p.c. in sintonia con gli articoli 183 e 384 cod. proc. civ., favorendo la collaborazione tra giudice e le parti, si pone in continuità ideale con gli altri disposti menzionati, nel tentativo di promuovere la civiltà giuridica e di avvicinare il processo al suo modello costituzionale.

Insieme al contraddittorio e per il suo tramite, si salvaguarda l'eguaglianza sostanziale delle parti, si preserva il diritto di difesa e, con questo, la garanzia di verità¹⁵⁹.

Il secondo comma, aggiunto all'art. 101 c.p.c., è coincidente con gli intenti e la *ratio* dei disposti già esistenti, pur introducendo elementi nuovi, che, invero, risolvono problematiche in passato dibattute.

In primis se il giudice ritiene di dover porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve obbligatoriamente indicarla alle parti, suscitando un dibattito su quanto rilevato ed *in secundis* la locuzione «a pena di nullità» risolve ogni dubbio sulla sanzione comminabile.

Le attività processuali connesse alla questione, sono, poi, chiarite con la previsione della facoltà delle parti di depositare «memorie contenenti osservazioni».

2.2 I precedenti giurisprudenziali

I precedenti giurisprudenziali di legittimità antecedenti all'introduzione del secondo comma dell'art. 101 c.p.c., hanno per lungo tempo avallato la validità delle sentenze adottate «a sorpresa», cioè senza che il giudice abbia preventivamente instaurato il contraddittorio, su di una questione rilevata *ex officio*.

La Suprema Corte aveva ritenuto che l'indicazione alle parti di questioni rilevate d'ufficio, fosse una mera facoltà del giudice, da esercitare secondo la propria discrezionalità¹⁶⁰.

Solo nel 2001, la giurisprudenza ha aderito all'orientamento garantista, con la sentenza Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, con cui la Suprema Corte ha dichiarato la nullità

¹⁵⁹ Per l'espressione 'garanzia di verità' si rinvia a L. FERRAJOLI, *L'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia*, III, 1999, p. 489, nonché a ID., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, p. 31. Sul tema, si rinvia anche agli studi di F. CAVALLA, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, XIII, 1984, p. 469.

¹⁶⁰ Cass., II, 29 aprile 1982, n. 2712.

della sentenza fondata su una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti¹⁶¹.

La Suprema Corte ha statuito, con la richiamata sentenza, che il giudice che intenda, dopo l'udienza di trattazione, sollevare una questione rilevabile d'ufficio, ha il dovere di indicarla alle stesse e di consentire loro di eccepire e di argomentare sul punto.

Qualora invece il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio.

La decisione della Corte di Cassazione è il frutto delle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali, sul giusto processo, formalmente introdotto con la riforma dell'art. 111 Cost. e sulla estensione del principio del contraddittorio, già rinvenibile nell'art. 183, comma 4, ultima parte, c.p.c., all'intero processo, ogni qual volta il giudice solleva una questione d'ufficio.

L'orientamento giurisprudenziale, poi, costantemente affermato, aveva, invero raccolto le indicazioni che da tempo provenivano dalla dottrina¹⁶², la quale aveva affermato che il giudice ha il dovere di indicare l'eccezione rilevabile d'ufficio prima di pronunciare la sentenza sulla base di una soluzione «c.d. della terza via», sì da determinare la nullità della sentenza in caso di difetto di indicazione.

La giurisprudenza di legittimità, poi, si è arricchita dei contenuti apportati dall'intervento della Corte Costituzionale, la quale con la sentenza n. 321/2007, ha affermato che il

¹⁶¹ Cass., III, 21 Novembre 2001, n. 14637: «Il giudice, che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve segnalare alle medesime e consentire loro di eccepire e di argomentare in merito; qualora il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio (nella specie, la suprema corte ha cassato con rinvio la sentenza che aveva deciso di un'opposizione a ordinanza ingiunzione facendo perno sulla questione della sussistenza in astratto del potere sanzionatorio, non sollevata dalle parti né a queste sottoposta dal giudice)». Si trattava di un'opposizione ad un'ordinanza di ingiunzione emessa da una provincia, nei confronti di un comune per l'inquinamento di acque fluviali. All'esito di una complessa e articolata istruttoria, il pretore aveva annullato l'ordinanza ritenendo insufficiente, il potere di sanzionare, esercitato dalla provincia nei confronti di altro ente locale. La decisione venne cassata con rinvio per violazione dell'art. 183 comma 4° c.p.c.

¹⁶² L. MONTESANO e G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., I, p. 348 ss.; G. CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e del contraddittorio*, in *Foro, it.*, 1999, V, p. 8 ss.; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, p. 85 ss.; C. FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 780 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione* in *Commentario Allorio*, I, Torino, 1973, p. 1046 ss.; V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., p. 217 ss. Sul punto si confronti la posizione di S. CHIARLONI, *La sentenza della «terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, nota a Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giur. it.*, 2002,1, p. 1362 ss.; ID., *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., p. 569 ss.

principio del contraddittorio tutela il diritto delle parti di concorrere con la loro attività difensiva alla decisione giusta e partecipata della lite, cioè fondata sul dialogo trilaterale tra attore, convenuto e giudice.

Qualora la parte, però, lamenti il mancato rispetto del principio del contraddittorio, al fine di ottenere la declaratoria della nullità della sentenza da parte del giudice del gravame, dovrà dimostrare quali istanze istruttorie ed allegazioni difensive le sono state precluse, per via del mancato rispetto del principio del contraddittorio.

Cosicché nel 2008, con la sentenza Cass., 9169/2008, il giudice di legittimità, a sua volta, ha precisato che l'impugnante qualora faccia valere la violazione del contraddittorio, conseguente al rilievo officioso, questi è tenuto all'indicazione puntuale delle attività difensive che siano state compromesse dalla violazione della regola processuale.

La Cass., SS.UU., 20 settembre 2009, n. 20935 ha, poi, statuito che l'omessa indicazione alle parti, ad opera del giudice, di una questione rilevabile d'ufficio, sulla quale si fonda la decisione, comporta la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa, solo quando la parte che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere in sua difesa qualora il contraddittorio sulla predetta eccezione fosse stato tempestivamente attivato, in quanto, alla stregua del canone costituzionale di ragionevole durata del processo, detta indicazione non costituisce un adempimento fine a sé stesso, la cui omissione è censurabile in sede d'impugnazione a prescindere dalle sue conseguenze pratiche, ma assume rilievo solo in quanto finalizzata all'esercizio effettivo dei poteri di difesa¹⁶³.

Tutto ciò è, del resto, in linea con principi ricorrenti negli ultimi anni nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui l'art. 360, n.4, c.p.c., nel consentire la denuncia di vizi che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, non è volto a tutelare l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, (e non trasforma il ricorrente nell'Ombudsman¹⁶⁴ del processo civile), ma presidia e tutela, per converso, un diritto

¹⁶³ Cass., III, 12 marzo 2010, n. 6051; Cass., IV, 23 aprile 2010, n. 9702; cfr. ancor più di recente SS.UU. 4 settembre 2012, n. 14828 in motivazione, laddove, richiamandosi principi già espressi da Cass. n. 21108/2005, si è ribadito che la denuncia dell'omessa segnalazione del rilievo officioso deve essere accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, il cui esercizio non è stato possibile.

¹⁶⁴ Ombudsman, definizione su www.treccani.it: «Particolare istituto, esistente in Svezia, Norvegia, Danimarca, Finlandia, in Nuova Zelanda e altri stati, costituito da un funzionario che, con funzioni analoghe a quelle del difensore civico, ha il compito di svolgere indagini circa le doglianze di privati cittadini verso la pubblica amministrazione e di controllare i modi con cui i pubblici funzionari applicano le leggi. Per analogia, istituzione cui sono affidati compiti di controllo e arbitraggio, in particolare, *o. bancario*.»

all'eliminazione di eventuali «*vulnera*» subiti in concreto dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato «*error in procedendo*».

Il precipitato logico di detta regola è che la nullità della sentenza e del procedimento debbono essere dichiarate solo ove, nell'impugnazione, alla denuncia del vizio idoneo a determinarle, segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa¹⁶⁵, sia pure con la precisazione che l'esplicita indicazione del concreto pregiudizio che la parte abbia o ritenga di avere accusato dall'affermata violazione della norma processuale non è necessaria ove quanto lamentato possa essere immediatamente colto dal contenuto complessivo del ricorso (Cass., III, 7 ottobre 2010, n. 20811).

Si tratta di una particolare ricaduta applicativa del principio di proporzionalità nell'uso dell'apparato giurisdizionale, che impone di rinvenire un preciso limite all'invocazione della tutela astrattamente espressa dalle norme processuali, oltre il quale si andrebbe ad abusare del processo.

2.3 Il dibattito sulla portata applicativa dell'art. 101, comma 2, c.p.c.

Il contributo della dottrina, anteriore alla riforma, e l'evoluzione giurisprudenziale di legittimità hanno condotto, come detto, all'introduzione del comma 2 nell'art. 101 c.p.c., con l'art. 45, comma 13, L. n. 69 del 2009.

Senza dubbio la previsione normativa si pone in continuità con il disposto dell'art. 183 c.p.c. e dell'art. 384 c.p.c., ampliandone il contenuto all'intero processo.

Per quanto l'art. 183, comma 4, ultima parte, c.p.c. avesse già prima una portata estensibile all'intero processo, tanto da condurre la giurisprudenza della Suprema Corte a vietare le sentenze «a sorpresa», pur senza una esplicita previsione normativa, è ben vero che l'aggiunta del secondo comma all'art. 101 c.p.c. ha attribuito al contraddittorio una visione «dinamica», cioè estesa all'intero processo ed in ogni sua fase, così da adeguare il processo al modello costituzionale¹⁶⁶.

¹⁶⁵*Ex multis* Cass., II, 30 dicembre 2011, n. 30652; Cass., I, 21 febbraio 2008, n. 4435; Cass., II, 27 luglio 2007, n. 16630.

¹⁶⁶ Sulla concezione dinamica ed effettiva del contraddittorio, cfr. E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, p. 229, per il quale «il principio del contraddittorio deve essere rispettato non solo formalmente, ma sostanzialmente, in modo che a entrambe le parti sia garantita la possibilità di svolgere pienamente la difesa delle proprie ragioni e devono considerarsi incostituzionali le norme che non lo rispettano». Similmente, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 100; V. DENTI, *Questioni*

Tanto più che la norma, prevedendo espressamente la sanzione della nullità della sentenza «a sorpresa» ha introdotto, inequivocabilmente l'obbligatorietà per il giudice di indicare alle parti le questioni rilevate d'ufficio.

Obbligatorietà che emerge ancor più rafforzata dalla previsione di un termine a difesa delle parti, incompatibile con la mera facoltà.

Assodato l'obbligo del giudice di attivare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio, il dibattito si è spostato su quali questioni sussista l'obbligo giudiziale.

È corretto partire dalla portata letterale della norma, nella quale il legislatore ha espressamente e genericamente utilizzato il termine «questione», con ciò attribuendo al disposto una portata ampia, senza specifiche connotazioni, cosicché i fautori¹⁶⁷ della tesi estensiva, hanno affermato che l'obbligo giudiziale sia riconducibile a tutti i punti controversi della lite, che siano di fatto, misti (di fatto e di diritto), nonché di merito e processuali.

Si può, dunque, affermare che l'obbligo giudiziale sussista su ogni questione, con il solo limite, che la stessa giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente evidenziato e, cioè, con l'esclusione di tutte quelle questioni che non sono idonee ad incidere sull'emananda sentenza¹⁶⁸, cosicché sia rispettato non solo il principio del contraddittorio, ma anche adeguatamente applicato il principio della ragionevole durata del processo.

Quanto allo stadio del processo entro il quale il giudice può rilevare una questione d'ufficio e sottoporla alle parti, l'art. 183 c.p.c., sembrava sancire una preclusione, che, invero, la stessa giurisprudenza ha superato.

rilevabili d'ufficio e contraddittorio, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 223; A. NASI, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, 1973, p. 1087. Più di recente, cfr. R. CAPONI, *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. CIVININI e C. VERARDI, Milano, 2001, p. 281. Sulle radici storiche del principio, similmente concepito, si rinvia a M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, 2007, p. 28.

¹⁶⁷ C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, estratto da "Studi Urbinati", 1984, p. 5 ss.; ID., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 783; L. P. COMOGLIO, *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, p. 108; ID., voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989, p. 3 ss.; ID., *Etica e tecnica del 'giusto processo'*, cit., p. 71; ID., *'Terza via' e processo giusto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 755 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 99; M.G. CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, p. 1; E. FABIANI, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, p. 3174; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., p. 508.

¹⁶⁸ C. FERRI, *Sull'effettività*, cit., p. 784, L. P. COMOGLIO, *'Terza via'*, cit., 758, ID., *Etica*, cit., p. 353 nt. 60, nonché E. FABIANI, *Rilievo*, cit., p. 3178.

L'aggiunta del secondo comma all'art. 101 c.p.c. ha, poi, ratificato l'ampliamento a tutta la durata del processo, del tempo in cui può essere sollevato il rilievo officioso.

Per cui il giudice, qualora in sede decisoria (ed anche anteriormente), intenda sollevare una questione d'ufficio, deve necessariamente, (pena la nullità della sentenza), sottoporla alle parti, perché assumano una posizione sulla medesima questione.

La violazione dell'obbligo del giudice di suscitare il contraddittorio sul rilievo officioso è sanzionata dalla norma «a pena di nullità» della decisione.

Se da una parte è indiscusso che una sentenza emessa «a sorpresa», debba essere sanzionata con la nullità, dall'altra si osserva che la sanzione debba essere comminata dal giudice dell'impugnazione, a tanto sollecitato con adeguato gravame.

Ne consegue che, se è vero che la nullità è sanzione astrattamente certa, perché espressamente inflitta dal legislatore alle sentenze della «terza via», è allo stesso tempo indiscusso che l'adeguatezza dell'impugnazione è determinante, affinché la sanzione sia comminata in concreto, posto che è indispensabile che colui il quale si dolga della violazione dell'obbligo giudiziale, rappresenti nel gravame, il pregiudizio subito al suo diritto di difesa, con eventuale allegazione delle istanze istruttorie che avrebbe potuto proporre e che, invece, non ha avanzato in conseguenza del denunciato *error in procedendo*.

2.4 La violazione dell'obbligo giudiziale sollevata in appello ed in cassazione

Pur in assenza di testuale disposizione normativa, è senz'altro consentito alle parti denunciare sia in Appello, quanto in Cassazione il vizio della sentenza «a sorpresa».

Ferma la necessità per la parte soccombente di enunciare nel gravame il pregiudizio sofferto al suo diritto di difesa, nell'aver il giudice violato il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio, si pone il tema della declaratoria di nullità della decisione in Appello ed in Cassazione e di quali rimedi possano essere adottati per sanare il vizio occorso.

La nullità della sentenza, resa «a sorpresa» dal giudice di prime cure, può essere oggetto d'appello ed il giudice del gravame, ai sensi dell'art. 354 c.p.c., deve, se ne accerta i presupposti, preventivamente dichiarare la nullità della statuizione resa su di una «terza

via», disponendo egli stesso i rimedi sananti, senza poter procedere alla rimessione degli atti al primo giudice.

Del resto le ipotesi di cui all'art. 354 c.p.c.¹⁶⁹ sono tassative e non comprendono il vizio oggetto della presente indagine¹⁷⁰.

Spetta, dunque, al giudice d'appello, accertare preventivamente la nullità della sentenza di primo grado, perché resa in violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c. ed accordare eventualmente la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 153, comma 2, c.p.c., anche ai fini della produzione dei documenti indispensabili¹⁷¹.

Sempre che l'appellante, nell'atto di impugnazione, abbia espressamente allegato che la violazione di quel dovere di indicazione, sia stata determinante nel vulnerare il diritto di difesa e che lo stesso appellante abbia espressamente chiesto, con specifico motivo di gravame, la rimessione in termini, al fine di rimuovere le preclusioni maturate, specie in materia di contro-eccezione e di prove.

Anche in sede di ricorso per cassazione, non si pone alcun limite alla rilevabilità della nullità della sentenza di merito, resa su questione sollevata *ex officio*, senza l'instaurazione

¹⁶⁹ Art. 354 c.p.c.: «Fuori dei casi previsti nell'articolo precedente, il giudice d'appello non può rimettere la causa al primo giudice, tranne che dichiarare nulla la notificazione della citazione introduttiva, oppure riconosca che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte, ovvero dichiarare la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'articolo 161 secondo comma.

Il giudice d'appello rimette la causa al primo giudice anche nel caso di riforma della sentenza che ha pronunciato sull'estinzione del processo a norma e nelle forme dell'articolo 308.

Nei casi di rimessione al primo giudice previsti nei commi precedenti, si applicano le disposizioni dell'articolo 353.

Se il giudice d'appello dichiara la nullità di altri atti compiuti in primo grado, ne ordina, in quanto possibile, la rinnovazione a norma dell'articolo 356».

¹⁷⁰ Sul carattere di tassatività delle ipotesi di rimessione al primo giudice, pertanto insuscettibili di applicazioni analogiche o di interpretazioni estensive, vd. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1941, II, p. 478; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, p. 329; G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1978, p. 271; L. P. COMOGLIO, C. FERRI e M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, p. 831.

In senso contrario, tuttavia, G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999, p. 249, e B. SASSANI, voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1999, p. 198 nonché, con riferimento alla nostra fattispecie, A. PODDIGHE, *Decisione a sorpresa e principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, p. 1277.

Per la giurisprudenza, in senso favorevole alla regola della tassatività, cfr., *ex multis*, Cass., I, 22 luglio 2004, n. 13766, *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7, 8; Cass., I, 20 luglio 2004, n. 13426, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7, 8; Cass., I, 5 aprile 2003, n. 5368, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 4; Cass., II, 22 luglio 2002, n. 10666, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1302; Cass., II, 13 febbraio 2002, n. 2084, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 236.

¹⁷¹ Cass., II, 9 maggio 2016, n. 9318.

del contraddittorio, ben potendo la doglianza essere portata all'attenzione della Corte per il tramite del motivo di ricorso *ex art. 360 n. 4 c.p.c.*¹⁷².

Certamente, innanzi alla Suprema Corte, si pone il limite strutturale del giudizio di legittimità, ove non è consentita la rimessione in termini, posto che non è espletabile, in alcun modo, attività istruttoria.

Resta, dunque, quale unico rimedio, secondo dottrina¹⁷³, quello della cassazione con rinvio «restitutorio», a mezzo del quale la Corte rimette gli atti al primo giudice, non per la mera prosecuzione del giudizio, ma per la sua rinnovazione, analogamente alla previsione di cui all'art. 383, comma 3, c.p.c.

La Suprema Corte¹⁷⁴, invece, ha ritenuto che la cassazione con rinvio, in siffatta ipotesi, sia riconducibile alla previsione di cui all'art. 394 c.p.c., nella pronuncia in cui ha statuito che la decisione di rigetto del gravame in ragione della mancata riproposizione, nelle conclusioni del giudizio di primo grado, delle istanze istruttorie già formulate dall'appellante, qualora tale questione sia stata rilevata d'ufficio senza essere previamente sottoposta all'attenzione delle parti, comporta la nullità della sentenza (cosiddetta «della terza via» o «a sorpresa») per violazione del diritto di difesa e la sua deduzione con ricorso per cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, comma 3, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali omesse.

In ogni caso è agevole osservare che l'omessa previsione legislativa dei rimedi adottabili in sede d'appello ed in cassazione, rispetto alla nullità della decisione resa in violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c., non pone particolari problemi di individuazione delle adeguate soluzioni, atte a preservare il rispetto dei principi previsti e sanciti nella Costituzione.

¹⁷² In questo senso, L. MONTESANO, *La garanzia*, cit., p. 932; L. MONTESANO e G. ARIETA, *Trattato*, cit., I, p. 361; C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., p. 115 nt. 58; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., p. 3182; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., p. 509.

¹⁷³ R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, p. 24; L. MONTESANO, *La garanzia*, cit., p. 932; L. MONTESANO e G. ARIETA, *Trattato*, cit., I, p. 361; F. P. LUISO, *Questione*, cit., p. 1615; S. CHIARLONI, *La sentenza*, cit., 1364; C. CAVALLINI, *Eccezione*, cit., p. 115 nt. 58; p. 121, nt. 66; M. G. CIVININI, *Poteri*, cit., p. 9; E. FABIANI, *Rilievo*, cit., p. 3182; C. CONSOLO, *Questioni*, cit., p. 509. Nello stesso senso, vd. Cass., III, 5 agosto 2005, n. 16577.

¹⁷⁴ Cass., III, 31 gennaio 2017, n. 2340.

3. L'art. 384, comma 3, c.p.c.

3.1 Premessa

Il D. Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006 ha modificato l'art. 384 c.p.c. ed in particolare ha introdotto il comma 3, che così recita «Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione»¹⁷⁵.

La norma si pone in continuità con il disposto dell'art. 183, comma 4, ultima parte, c.p.c., considerato che entrambe le disposizioni tendono all'attuazione di un contraddittorio effettivo.

La dottrina¹⁷⁶, ha affermato che, dopo il 2009, allorché è stato introdotto il comma 2 dell'art. 101 c.p.c., l'art. 384, comma 3, c.p.c. sia divenuto un'applicazione del sopraggiunto principio contenuto nell'art. 101, comma 2, c.p.c., che, invero, era stato già ampiamente anticipato sia dalla dottrina, quanto dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

3.2. La portata della norma secondo la giurisprudenza di legittimità e la dottrina

Le Sezioni Unite¹⁷⁷ della Corte di Cassazione nel 2010 hanno statuito che «qualora la Corte ritenga di porre a fondamento della sua decisione una disposizione del contratto o accordo collettivo di livello nazionale depositato dal ricorrente, diversa da quelle sulle quali si fonda il ricorso, procedendo d'ufficio ad un'interpretazione complessiva ex art. 1363 c.c. non riconducibile a quanto dibattuto tra le parti, trova applicazione l'art. 384, comma 3, c.p.c. (nel testo sostituito dall'art. 12 d.lgs. n. 40, cit.) per cui la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al P.M. e alle parti un termine non inferiore a venti

¹⁷⁵ Sull'art. 384, comma 3, c.p.c., cfr.: L. P. COMOGLIO e R. VACCARELLA, *Codice di procedura civile ipertestuale*, Torino, 2006, p. 1450; G. CAMPEIS e A. DE PAULI, *Il giudizio di cassazione*, Milano, 2006, p. 174; B. N. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 239 (in senso critico rispetto a A. PROTO PISANI, *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, v., p. 255); A. CARRATTA, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1127; C. CONSOLO, F. P. LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, p. 3066; A. BRIGUGLIO, *Riflessioni e risposte sui «quesiti»*, in *www.judicium.it.*, 2009, p. 128 ss.

¹⁷⁶ B. CAPPONI, *La Corte di Cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art.363 c.p.c.)*, in *Il Processo*, fasc. 2, 1° agosto 2020, p. 405.

¹⁷⁷ Cass. SS.UU., 23 settembre 2010, n. 20075.

e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione».

Le Sezioni Unite, confermando il pregresso orientamento già espresso dalla Sezione Lavoro¹⁷⁸, hanno affermato che il rilievo d'ufficio comportante l'obbligo di provocare il contraddittorio tra le parti sia in realtà riferibile soltanto all'ipotesi in cui si debba decidere nel merito, e non nelle altre ipotesi, quali quelle ad esempio attinenti alla ammissibilità della domanda.

La Corte considera che un determinante indizio interpretativo si rinverrebbe nell'espressione «porre a fondamento della decisione» (identicamente contenuto, in pratica, nel comma 3 dell'art. 384 c.p.c. e nel nuovo comma 2 dell'art. 101 c.p.c.), implicante il convincimento che il procedimento di (ri)attivazione del dibattito tra le parti sulla questione rilevata d'ufficio sia imposto con riguardo al solo caso in cui il giudice intenda, comunque, procedere alla decisione nel merito e ravvisi, però, di doversi pervenire sulla base di quella questione rilevabile d'ufficio non emersa nel contraddittorio. Al di fuori di questa ipotesi, il potere di rilevazione di questioni d'ufficio potrebbe, dunque, tuttora ritenersi esercitabile (secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità) senza la procedimentalizzazione di cui al comma 3 dell'art. 384 c.p.c.

Ed, infatti, con altra statuizione a Sezioni Unite¹⁷⁹, (confermando una pregressa pronuncia)¹⁸⁰, la Corte ha deciso che non è soggetta alla regola dettata dall'art. 384, comma 3, c.p.c. la declaratoria di inammissibilità del ricorso (nella specie, per tardività). Ad ulteriore conferma del principio fissato, la Corte di legittimità¹⁸¹ ha affermato che, nel giudizio di cassazione, la tardività dell'opposizione agli atti esecutivi può essere rilevata d'ufficio senza necessità di stimolare il contraddittorio, atteso che l'art. 382, comma 3, c.p.c. - non modificato dalla Legge n. 69 del 2009 - nel disciplinare la statuizione conseguente a tale rilievo, non impone di sottoporre la questione alle parti in quanto costituisce norma speciale sia rispetto all'art. 101, comma 2, c.p.c., che rispetto all'art. 384, comma 3, c.p.c., il quale si applica nella diversa ipotesi in cui la Corte di cassazione, dopo aver cassato la sentenza, pronuncia nel merito assumendo i poteri del giudice della sentenza cassata.

¹⁷⁸ Cass., I, 7 luglio 2009, n. 15901.

¹⁷⁹ Cass. SS.UU., 26 marzo 2013, n. 7527.

¹⁸⁰ Cass., II, 20 luglio 2011, n. 15964.

¹⁸¹ Cass., II, 23 ottobre 2018, n. 26703.

La dottrina¹⁸² è apparsa scettica sull'interpretazione che la Cassazione ha fornito circa la portata dell'art. 384, comma 3, c.p.c., quale regola applicabile alle sole ipotesi in cui il ricorso debba essere deciso nel merito, perché in primo luogo il comma 3 è una previsione volutamente distinta dall'ultima parte del comma 2 dell'art. 384 c.p.c., che disciplina appunto la decisione sostitutiva nel merito ed in secondo luogo: «la garanzia del contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio è affermata da una norma generalissima - l'art. 101, comma 2, c.p.c. nel testo introdotto dalla legge n. 69/2009 - che certamente trova applicazione anche nel giudizio di legittimità», cosicché l'art. 384, comma 3, c.p.c., non è null'altro che un'applicazione del sopraggiunto principio contenuto dell'art. 101, comma 2, c.p.c.

Altra dottrina¹⁸³ ha affrontato il tema, nel giudizio di legittimità, della nuova valutazione delle prove e ricostruzione del fatto, escludendo che, in questi casi, il contraddittorio possa essere rispettato facendo ricorso all'istituto della c.d. «riserva di decisione» previsto dal terzo comma dell'art. 384 c.p.c.

Tale istituto, infatti, anche a ritenerlo concepito in funzione dei casi in cui la Corte ritiene di dover decidere la causa nel merito (ai sensi del precedente comma 2 dell'art. 384), deve, comunque, intendersi riferito a situazioni diverse da quelle in cui è necessario procedere a rivalutare le prove.

E ciò anche perché la *quaestio facti* non coincide con le «questioni rilevabili d'ufficio», di cui alla norma in parola, cosicché, allorquando ai fini della decisione della causa nel merito, si renda necessario procedere ad una nuova ricostruzione del fatto, va esclusa la possibilità di avvalersi dell'istituto della «riserva di decisione»¹⁸⁴.

Nell'ipotesi prospettata, mancando nel sistema normativo un diverso strumento che possa garantire il contraddittorio tra le parti, deve ritenersi che, allorquando – a seguito della caducazione della sentenza impugnata – si renda necessario un nuovo accertamento del fatto da compiersi sulla base della valutazione discrezionale delle prove acquisite, la Corte

¹⁸² B. CAPPONI, *La Corte di Cassazione e la «nomofilachia»*, cit., p. 412.

¹⁸³ L. LOMBARDO, *Giudizio civile di cassazione e decisione della causa nel merito*, in *Giust. Civ.*, 2015, pp. 393-411.

¹⁸⁴ In questo senso, anche G. F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., p. 558 ss. Naturalmente, il ricorso all'istituto di cui al terzo comma dell'art. 384 c.p.c. deve ritenersi, invece, consentito quando la decisione della causa nel merito è legata alla soluzione di questioni rilevabili d'ufficio, che non implicino la formulazione di un nuovo giudizio di fatto.

di cassazione sia tenuta a rinviare la causa al giudice di merito, laddove, in sede di giudizio di rinvio, la partecipazione delle parti alla fase rescissoria è garantita (art. 394 c.p.c.).

L'Autore conclude, dunque, affermando che «la Corte di cassazione, a seguito della caducazione del giudizio di fatto contenuto nella sentenza cassata, può decidere la causa nel merito ogni volta che tale decisione implichi un nuovo accertamento del fatto che debba essere compiuto facendo applicazione di regole giuridiche vincolanti, la cui violazione abbia determinato l'annullamento della sentenza impugnata, di modo che non vi sia scelta tra più soluzioni e la fissazione del fatto sia conseguenza automatica dell'accoglimento del ricorso.

La Corte, invece, deve astenersi dal decidere e deve rinviare la causa al giudice di merito quando la nuova decisione implichi una valutazione discrezionale delle prove».

4. Gli artt. 348-bis e 348-ter c.p.c.

4.1 Premessa

L'art. 54 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in L. 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto con gli artt. 348-bis e 348-ter c.p.c., il c.d. «*filtro d'appello*».

L'esigenza del legislatore è stata quella di porre rimedio alla cronica inefficienza del processo civile, incidendo sui tempi e modi del processo, anche nel tentativo di adeguare, per quanto possibile, il processo alla previsione costituzionale del giusto processo ed alla sua ragionevole durata.

Per comprendere la *ratio* che ha ispirato la riforma in esame, occorre prendere le mosse dalla Relazione Illustrativa contenuta nel provvedimento (D.L. 22 giugno 2012, n. 83) nella parte relativa all'art. 54, laddove quest'ultima enuncia l'intento del legislatore finalizzato ad ottenere un miglioramento dell'efficienza del sistema delle impugnazioni, anche di merito, posto che esse «*allo stato violano pressoché sistematicamente i tempi di ragionevole durata del processo*».

Tale documento precisa, altresì, quanto alle impugnazioni di merito, che lo scopo del legislatore della riforma non è quello di trasformare l'appello in un giudizio di legittimità (appello cd. cassatorio), bensì quello di introdurre un filtro di inammissibilità, appunto, basato essenzialmente su una «*prognosi di non ragionevole fondatezza del gravame*»

(così la Relazione Illustrativa sopra citata), formulata dal medesimo giudice dell'appello in via preliminare alla trattazione dello stesso.

L'innovazione è, inoltre, il risultato dell'analisi statistica degli ultimi anni, dalla quale esce un quadro caratterizzato da una bassissima percentuale di accoglimento degli appelli (solo circa il 30% degli appelli proposti hanno trovato accoglimento).

In altre parole, prima della riforma, ben oltre la metà degli appelli interposti non hanno trovato accoglimento, perché dichiarati o inammissibili o improcedibili o infondati.

Con il filtro d'appello, dunque, il legislatore ha tentato di soddisfare l'esigenza di dare attuazione concreta ai fondamentali principi dell'effettività della tutela e del giusto processo, riducendone i tempi di definizione, sia pure nella consapevolezza della difficoltà di individuare degli strumenti adatti allo scopo.

Non è infatti agevole contemperare celerità ed immediatezza dell'intervento giurisdizionale con il rispetto del principio del contraddittorio processuale, dovendosi fare i conti con il rischio che una eccessiva compressione dei tempi della decisione si traduca in una irragionevole riduzione del diritto di difesa e precluda al giudice una completa cognizione della controversia.

Il tentativo di coniugare speditezza decisoria e spazi defensionali e cognitori in un ragionevole e proporzionato bilanciamento dei diversi interessi, secondo la dottrina¹⁸⁵ assolutamente prevalente, è stato ritenuto come non riuscito.

¹⁸⁵ Fortemente critici sulla riforma sono, tra gli altri, M. BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di Cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360, n. 5 .c.p.c.*, in www.judicium.it, 2012, p. 125 ss.; R. CAPONI, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in Cassazione nel processo civile*, *ibidem*, 2012, p. 225 ss.; R. CAPONI, *La riforma dell'appello civile dopo la svolta nelle commissioni parlamentari*, *ibidem*, 2012, p. 87 ss.; R. CAPONI, *La riforma dell'appello civile*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 292; R. CAPONI, *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1153 ss.; R. CAPONI, *Rispetto all'obiettivo della crescita del paese gli interventi sul processo civile sono adeguati?*, in *Guida dir.*, 2012, pp. 33-34, p. 9; R. CAPONI, V. TAVORMINA e M. ZUMPANO, *Dialoghi a margine dell'art. 54 d.l. 83/2012*, in www.judicium.it, 2012, p. 37 ss.; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di svaporamento*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 10; G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del «filtro»*, in www.treccani.it/magazine/diritto, 2012, p. 10; D. DALFINO, *Premessa a L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito con modificazioni in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 281; M. DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male*, in www.judicium.it, 2012, p. 74 ss.; A. DIDONE, *Note sull'appello inammissibile perché probabilmente infondato e il vizio di motivazione in Cassazione dopo il decreto legge c.d. «sviluppo» (con il commento anticipato di Calamandrei)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 6 ss.; C. FERRI, *Filtro in appello: passa lo svuotamento di fatto e si perpetua la tradizionale ipocrisia italiana*, in *Guida dir.*, 2012, 32, 10 ss.; T. GALLETTO, *«Doppio filtro» in appello, «doppia conforme» e danni collaterali*, in www.judicium.it, 2009, p. 112; D. GROSSI, *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, *ibidem*, 2012, p. 84; G. IMPAGNATELLO, *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, *ibidem*,

Gli artt. 348-*bis* e *ter* c.p.c., contengono regole applicabili ai soli nuovi appelli¹⁸⁶ e, dunque, non hanno inciso sull'arretrato giacente presso le Corti d'appello.

Essi prevedono, una ulteriore nuova ipotesi di inammissibilità del gravame (oltre a quella prevista dall'art. 342 c.p.c., anch'esso riformato con l'art. 54 D.L. cit.), norme che rappresentano la prima delle due coordinate lungo le quali si snoda la riforma, quella per così dire orizzontale, cui si accompagna la seconda, verticale, incidente sul ricorso per cassazione, attraverso la delimitazione del vizio di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c. (ciroscritto al solo omesso esame di fatto decisivo e controverso, ed escluso in caso di sentenza di appello che confermi la decisione di primo grado, nonché nei confronti della pronuncia di primo grado quando l'appello sia dichiarato inammissibile per le stesse ragioni di fatto poste a base della sentenza impugnata).

Il filtro d'appello presenta, poi, indubbe somiglianze con le ipotesi di inammissibilità contemplate per l'accesso al giudizio di legittimità, sempre in funzione di filtro, dall'art. 360-*bis* c.p.c.

In entrambi i casi, infatti, anche se si tratta di istituti diversi nei presupposti, nell'oggetto e negli effetti, benché il legislatore utilizzi il termine di inammissibilità dell'impugnazione, l'ordinanza si concreta in una pronuncia di merito, non avendo attinenza ai profili formali del gravame¹⁸⁷.

In tal senso depone non solo il tipo di delibazione che ad essa prelude, consistente nella prognosi negativa sulla fondatezza di merito dell'impugnazione, ma anche la circostanza che, quando il gravame sia veramente inammissibile o improcedibile per violazione di

2012, p. 9 ; G. IMPAGNATIELLO, *Il «filtro» di ammissibilità dell'appello*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 295; G. LUDOVISI, *Prova d'appello: le ultime modifiche al codice di rito civile*, in *www.judicium.it*, 2013, p. 3 ; G. MONTELEONE, *Il processo civile in mano ai tecnici*, *ibidem*, 2012, p. 61 ss. ; I. PAGNI, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 299; A. PANZAROLA, *Commento agli artt. 348-bis, 348-ter, 382-bis, 383, 436-bis, 447-bis, comma 1, c.p.c.*, in AA.VV., *Semplificazione dei procedimenti civili, nuovi riti speciali e modifiche alla disciplina delle impugnazioni in materia civile dopo la riforma del mercato del lavoro e il decreto sviluppo*, Torino, 2012; R. RUSSO, *Dialoghi sulle impugnazioni civili al tempo della spending review*, in *www.judicium.it*, 2012, p. 61; G. SCARSELLI, *Sul nuovo filtro per proporre appello*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 287; G. VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *www.judicium.it.*, 2012, p. 1 ss. Si è espresso invece in termini favorevoli sulla riforma il Consiglio Superiore della Magistratura nel proprio parere consegnato alla Sesta Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 5 luglio 2012, parere in cui si legge che il «filtro» costituirà un efficace *strumento di deflazione del carico giudiziario*.

¹⁸⁶ La norma si applica ai giudizi di appello introdotti con ricorso depositato o con citazione di cui sia stata richiesta la notificazione dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della l. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, ossia dall'11 settembre 2012.

¹⁸⁷ A. PANZAROLA, *Commento sub. art.348-bis cpc*, in MARTINO e PANZAROLA (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile: dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, p. 625 ss.

norme processuali, esso deve essere deciso con sentenza, secondo il normale schema decisorio, come si argomenta dall'inciso iniziale dell'art. 348-*bis*, comma 1, c.p.c., «fuori dai casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o improcedibilità dell'appello».

Né di ostacolo a tale soluzione è il riferimento testuale degli artt. 348-*bis* e *ter* c.p.c., stante l'utilizzo promiscuo della locuzione da parte del legislatore processuale.

4.2 L'ambito di applicazione dell'art. 348-*bis* c.p.c.

L'art. 348-*bis* c.p.c. prevede che fuori dai casi in cui deve essere pronunciata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta.

La norma è stata introdotta dal legislatore, emulando l'accesso ai gradi superiori di giudizio, degli ordinamenti britannico e tedesco.

Il filtro di inammissibilità è incentrato su di una valutazione di tipo prognostico che va effettuata dal giudice dell'appello in via preliminare alla trattazione del gravame.

Esso si attua sia sugli appelli collegiali (siano essi soggetti al rito ordinario che al rito del lavoro)¹⁸⁸ quanto su quelli monocratici (appelli avverso le sentenze del giudice di pace), posto che l'art. 348-*bis* c.p.c., richiama espressamente il «giudice competente», così da riferirsi sia al giudice monocratico che collegiale ed inoltre, l'inammissibilità è pronunciabile, sia in relazione all'appello principale, quanto all'appello incidentale.

La norma espressamente esclude dal suo ambito di applicazione soltanto gli appelli nelle cause nelle quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero *ex* art. 70, comma 1, c.p.c., in ragione della connotazione pubblicistica delle medesime, e gli appelli proposti *ex* art. 702-*quater* c.p.c. avverso l'ordinanza che chiude il procedimento sommario di cognizione, onde «compensare» la semplificazione del rito in primo grado ed incoraggiarne la scelta.

L'esclusione del filtro è poi implicita quando l'inammissibilità va pronunciata con sentenza (per violazione del nuovo art. 342 c.p.c., perché l'impugnazione è proposta fuori

¹⁸⁸ Art. 436-*bis* c.p.c., introdotto dall'art. 54 d.l. n. 83 del 2012, che prevede che all'udienza di discussione si applicano gli artt. 348-*bis* e 348-*ter*. L'art.436-*bis* è poi espressamente richiamato dall'art. 447-*bis* con riguardo alle controversie in materia di locazione, di comodato e di affitto.

termine o avverso sentenza non appellabile, perché contiene domande nuove, ecc.), o l'appello deve essere dichiarato improcedibile (ad es. per costituzione tardiva dell'appellante), ovvero ancora quando la stessa decisione forma oggetto di appello principale ed appello incidentale, e solo uno dei due non ha una ragionevole probabilità di accoglimento (in tale ipotesi difatti dovrà procedersi alla trattazione di tutte le impugnazioni comunque proposte contro la sentenza)¹⁸⁹ e ciò in quanto l'inammissibilità *ex art. 348-bis* c.p.c. può essere dichiarata solo quando questa è idonea a definire il giudizio d'appello.

4.3 L'udienza-filtro

L'art. 348-*bis* c.p.c., affinché possa trovare attuazione, impone al giudice di studiare preliminarmente le cause, al fine di verificare se le impugnazioni, sia principali che incidentali, abbiano o meno una «ragionevole probabilità di accoglimento».

L'esame preliminare della causa è affidato al «giudice competente», il quale, prima di procedere alla trattazione della causa, «sentite le parti» (art. 348-*ter*, comma 1, c.p.c.), può dichiarare inammissibile l'appello, a norma dell'art. 348-*bis*, comma 1, c.p.c., con ordinanza succintamente motivata.

La declaratoria di inammissibilità, dunque, necessita della preliminare instaurazione del contraddittorio sul filtro.

In tal caso il «giudice competente» non deve, però, fissare un'udienza di comparizione delle parti per il solo filtro, ma opera la verifica preliminare in contraddittorio tra le parti, alla stessa udienza di trattazione *ex art. 350* c.p.c. (nel rito ordinario), o all'udienza di discussione *ex art. 437* c.p.c. (nel rito del lavoro).

In dottrina¹⁹⁰ si è osservato che, potendo le parti dedurre oralmente in udienza sull'inammissibilità o meno dell'appello, ben possono chiedere al giudice la concessione di un termine per note scritte *ex art. 83-bis* disp. att. c.p.c.

¹⁸⁹ G. SCARSELLI, *Sul nuovo filtro per proporre appello*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 290; È opportuno sottolineare che, poiché l'art. 348-*ter*, comma 2, c.p.c. non richiama l'art. 334 c.p.c., sono comprese nella relativa previsione anche le impugnazioni incidentali tardive, che non sono dunque travolte, *ex art. 334*, comma 2, c.p.c., dalla non ragionevole probabilità di accoglimento delle corrispondenti impugnazioni principali.

¹⁹⁰ G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del «filtro»*, in *www.treccani.it*, p. 17.

In tal caso la trattazione del filtro d'appello non avverrà in un'unica udienza, ma in due udienze, con conseguente allungamento della relativa fase.

Non incide, invece, sui tempi della trattazione la sovrapposizione, all'udienza *ex art. 350 c.p.c.*, dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, e della questione (eccepita dall'appellato o rilevata d'ufficio dal giudice) relativa all'ammissibilità o meno dell'impugnazione *ex art. 348-bis*.

Le due questioni possono, difatti, essere discusse nella stessa udienza, essendo entrambe preliminari alla vera e propria trattazione dell'appello, ma è evidente che l'esame dell'inammissibilità del gravame è ontologicamente differente ed anteriore alla statuizione sulla sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata.

Del resto si osserva che l'eventuale infondatezza o anche l'inammissibilità dell'istanza *ex art. 283 c.p.c.* non si identifica con l'inammissibilità *ex art. 348-bis c.p.c.*, in quanto i presupposti delle rispettive statuizioni sono radicalmente differenti, ben potendo, ad esempio il rigetto della sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza gravata essere connessa a ragioni attinenti al *periculum*, che è un profilo totalmente estraneo all'indagine sulla «ragionevole probabilità di accoglimento», oggetto della statuizione sul filtro.

Né, a ben vedere, la «ragionevole probabilità di accoglimento» *ex art. 348-bis c.p.c.* è coincidente con il *fumus*, di cui all'*art. 283 c.p.c.*, posto che la verifica del giudicante si muove su prospettive ed intenti differenti, allorquando nel primo caso deve dirimere velocemente un'impugnazione che non ha ragionevole motivo di esistere, mentre nel secondo caso deve adeguatamente temperare, nell'ottica del *periculum* e del *fumus*, la posizione delle parti rispetto all'esecutività della sentenza gravata.

Per altri versi è, però, evidente che una delibazione in termini positivi sul *fumus* dell'appello è di per sé incompatibile con l'applicazione dell'*art. 348-bis c.p.c.*¹⁹¹.

Non sembrerebbe, invece, possibile la trattazione congiunta, nella stessa udienza, del filtro e della sospensione, nel caso in cui sia fissata un'udienza apposita per la decisione sull'istanza di inibitoria ai sensi dell'*art. 351, comma 3, c.p.c.*, dal momento che l'*art. 348-ter* riallaccia espressamente il filtro all'udienza *ex art. 350 c.p.c.*

Né appare conforme al dettato legislativo, «anticipare» all'udienza *ex art. 351, comma 3, c.p.c.* la decisione sull'ammissibilità o meno dell'appello ai sensi dell'*art. 348-bis c.p.c.*, allorquando si osserva che le difese dell'appellato ben possono essere limitate al profilo

¹⁹¹ G. IMPAGNATIELLO, *Il «filtro» di ammissibilità dell'appello*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 297.

dell'inibitoria, ed inoltre può non esserci ancora appello incidentale, in pendenza del relativo termine.

4.4 La «non ragionevole probabilità» di accoglimento dell'appello

L'art. 348-*bis* c.p.c., come detto, statuisce che l'appello è inammissibile, qualora il giudice valuti che l'impugnazione non abbia una «ragionevole probabilità di essere accolta»¹⁹².

La norma non contiene parametri al quale il giudice deve ancorarsi per l'attuazione del filtro, sicché la cognizione sottesa all'emissione dell'ordinanza *ex art. 348-bis* c.p.c. non può che essere piena, richiedendo il giudizio di «inammissibilità», per la sua funzione, un attento studio degli atti di causa.

La cognizione sommaria del giudice d'appello, non può dirsi né parziale, né superficiale, sia riferita alla cognizione *in iure*, che alla ricostruzione del fatto, cosicché l'ordinanza *ex art. 348-bis* c.p.c. non è sostanzialmente difforme dal nucleo centrale della sentenza¹⁹³.

Di sommarietà, dunque, può parlarsi unicamente sotto il profilo procedimentale, nel solo senso che la valutazione prognostica è destinata a sfociare in un'ordinanza succintamente motivata.

Ed ancora, la formula utilizzata dall'art. 348-*bis* va intesa non in termini espansivi, tali da precludere il superamento dello scoglio dell'inammissibilità anche a quegli appelli che, ad una valutazione più o meno sommaria, non abbiano «significative» probabilità di accoglimento, ma restrittivamente, nel senso di circoscrivere l'operatività del filtro ai soli appelli pretestuosi o manifestamente infondati (sia per ragioni di rito che per ragioni di merito), come mostrano di ritenere le applicazioni giurisprudenziali della norma.

È indubbio che il parametro a cui viene ricollegata la valutazione di inammissibilità, individuato nella «ragionevole [im]probabilità di accoglimento» è ancorato a concetti generici ed indeterminati ed attribuisce al giudice un potere discrezionale eccessivo.

¹⁹² R. CAPONI, *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1163; nello stesso senso C. FERRI, *Filtro in appello: passa lo svuotamento di fatto e si perpetua la tradizionale ipocrisia italiana*, in *Guida dir.*, 2012, 32, p. 10 ss.: Sottolinea che tale parametro di giudizio concede un margine di apprezzamento eccessivo al giudice dell'impugnazione, poiché gli consente di dichiarare inammissibile un'impugnazione che pur abbia una probabilità di essere accolta, sol che questa probabilità sia a suo giudizio non «ragionevole».

¹⁹³ A. PANZAROLA, *Le prime applicazioni del c.d. filtro in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 3, p. 714.

Peraltro, poiché il parametro non è predeterminato e la valutazione è rimessa alla discrezionalità del giudice, conferisce al giudice il potere di dettare le regole del processo, aggirando la riserva di legge sul punto prevista dall'art. 111, comma 1, Cost.¹⁹⁴

Il «giudice competente» a decidere sul filtro, ha, comunque, come riferimento, per valutare la pretestuosità dell'impugnazione, il parametro delle pronunzie della Corte di legittimità, a cui è riservata la funzione nomofilattica, per cui prevalentemente dovrebbero essere soggette ad inammissibilità, tutte quelle impugnazioni che si pongono in aperto contrasto con consolidati orientamenti giurisprudenziali di legittimità e che non prospettano adeguate interpretazioni di segno contrario.

Il giudice, invece, dovrà porsi in una posizione dubitativa, facendo superare il filtro al gravame, per tutte le impugnazioni che si fondano sul contrasto con orientamenti di legittimità non consolidati o di recente emanazione o, ancor più, se in disaccordo con precedenti di merito.

Ovviamente, trattandosi di una verifica sulla fondatezza dell'appello, a tutti gli effetti piena, il giudice, dovrà pronunciare l'inammissibilità di tutte le impugnazioni il cui accoglimento è improbabile, perché non aderente al riferimento normativo.

È certo, però, che nessun parametro di valutazione potrà essere preordinato, stante la complessità e peculiarità, in punto di fatto e di diritto, delle singole fattispecie.

È questa un'interpretazione, come già detto, restrittiva, che appare tuttavia conforme sia al dato letterale dell'art. 348-bis, in base al quale è sufficiente, per evitare la pronuncia di inammissibilità, che l'appello abbia anche una sola probabilità di accoglimento, sia a criteri di ordine logico-sistematico, data la prevista adozione in luogo della forma (più impegnativa) della sentenza dello strumento (più agile) dell'ordinanza succintamente motivata¹⁹⁵ (che ben si attaglia agli appelli che non hanno alcuna *chance* di accoglimento), sia ancora alla *ratio legis* (in considerazione, per un verso, della funzione acceleratoria attribuita al filtro, e per altro verso dell'effetto, non voluto dal legislatore,

¹⁹⁴ G. VERDE, *Diritto di difesa*, in *www.Judicium.it*, n.7, 2012, p. 323 ss. Il che poi è particolarmente grave se si dovesse ritenere che l'ordinanza di inammissibilità non è autonomamente ricorribile in Cassazione per violazione di legge, risultando così affrancato da ogni controllo l'esercizio del potere da parte del giudice; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, p. 420, per il quale, in tal caso, il potere del giudice, in quanto limitato e sindacabile appare conforme ai principi.

¹⁹⁵ G. BUFFONE, *Il filtro di appello come «giudizio anticipatorio» (prime osservazioni attorno agli artt. 348-bis e 348-ter c.p.c.)*, in *il caso.it*, sezione II-Dottrina e opinioni, documento n. 341, 2012, p. 3.

dell'aumento esponenziale dei ricorsi per cassazione, che inevitabilmente provocherebbe l'allargamento delle «maglie» del filtro in appello).

In questa prospettiva applicativa, il filtro d'appello ha finito per definire con l'inammissibilità del gravame, ben poche impugnazioni, rispetto a quelle che, poi, in sede decisoria, finiscono per essere rigettate con sentenza, così riducendosi, nel concreto, la sua utilità, funzionale alla riduzione del carico dei giudizi e conseguentemente della loro durata.

Tanto più che, imponendo al giudice un esame preliminare della causa e, poi, in caso di rigetto dell'inammissibilità, un secondo attento esame in fase decisionale, finisce per non realizzare lo scopo della sollecita definizione del grado.

4.5 L'impugnazione

Quando il giudice pronuncia l'inammissibilità, l'impugnazione è disciplinata dall'art. 348-ter c.p.c., che individua un singolare meccanismo, che consente una sorta di ricorso *per saltum* in Cassazione della sentenza di primo grado.

La pronuncia d'inammissibilità è sottratta «ad ogni possibile controllo di legalità»¹⁹⁶, in quanto l'art. 348-ter, comma 3, c.p.c. recita che quando è pronunciata l'inammissibilità, contro il provvedimento di primo grado può essere proposto, a norma dell'art. 360, ricorso per cassazione.

Il provvedimento, dunque, oggetto di ricorso per cassazione è la decisione del giudice di prime cure, restando non impugnabile l'ordinanza di inammissibilità.

Il termine per proporre il ricorso innanzi alla Suprema Corte, decorre dalla comunicazione o dalla notificazione, se anteriore, dell'ordinanza d'inammissibilità ed in quanto compatibile, si applica l'articolo 327 c.p.c.

Quando, poi, l'inammissibilità è fondata sulle stesse ragioni inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata, il ricorso per cassazione può essere proposto

¹⁹⁶ G. SCARSELLI, *Sul nuovo filtro per proporre appello*, cit., p. 288. Che l'ordinanza sia priva di carattere sostitutivo è confermato dalla previsione secondo cui, se la Corte di Cassazione accoglie il ricorso (per motivi diversi da quelli indicati dall'art. 382 c.p.c., che si occupa della decisione sulle questioni di giurisdizione e di competenza, nonché della cassazione senza rinvio), rinvia la causa al giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello e si applicano le disposizioni sul giudizio di rinvio (artt. 392 ss. c.p.c.).

esclusivamente per i motivi di cui ai numeri 1), 2), 3), e 4) del primo comma dell'articolo 360 c.p.c. (c.d. meccanismo della «doppia conforme»¹⁹⁷).

Il peculiare procedimento di impugnazione, disciplinato dall'art. 348-ter commi 3 e 4 c.p.c., esclude ogni forma di controllo diretto sull'attività del giudice che pronuncia l'inammissibilità e, come affermato da autorevole dottrina¹⁹⁸, possiede il fascino «indiscreto» dell'insindacabilità, ancor più, laddove l'ordinanza confermi il giudizio di fatto formulato in primo grado, le norme sul procedimento di impugnazione, impediscono, altresì, il controllo sulla motivazione della sentenza di primo grado, stante il citato meccanismo della «doppia conforme», previsto dall'art. 348-ter, comma 4, c.p.c. C'è da chiedersi peraltro se l'ordinanza non sia ugualmente impugnabile in via autonoma, considerato che essa dispone sulle spese processuali¹⁹⁹, e che può essere di per sé viziata, ad es. perché emessa senza sentire le parti o con riguardo ad un appello per il quale sia espressamente esclusa.

In tali ipotesi appare difficile escluderne l'impugnabilità, anche tenendo conto che la dichiarazione di inammissibilità dell'appello *ex art. 348-bis* si riflette sui motivi deducibili dinanzi alla Corte di Cassazione (essendo escluso il vizio di motivazione «quando l'inammissibilità è fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto,

¹⁹⁷ A. PANZAROLA, *Tra «filtro» in appello e «doppia conforme»: alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giust. proc. civ.* 2013, Vol. 8, Fasc.1, pp. 89-125, spec. § 12.

¹⁹⁸ A. PANZAROLA, *Commento sub. art.348-bis cpc, cit.*, p. 665 ss.

¹⁹⁹ G. MONTELEONE, *Il processo civile in mano al Governo dei Tecnici*, in *Judicium*, 2012, p. 34, secondo il quale non si comprende «perché mai l'ordinanza succintamente motivata di inammissibilità dell'appello, che ha la sostanza decisoria di una sentenza e che contiene anche la condanna alle spese *ex art. 91 c.p.c.*, non possa essere impugnata con ricorso per cassazione, e possa esserlo, invece, la sentenza di primo grado per quegli stessi motivi, che il giudice di appello ha ritenuto non avere ragionevoli probabilità di accoglimento! Né si comprende che fine farà la condanna alle spese, accessoria alla dichiarazione di inammissibilità, se verrà accolto il ricorso in cassazione contro la sentenza di primo grado». Peraltro, secondo C. FERRI, *Filtro in appello, cit.*, p. 18, l'ordinanza di inammissibilità non si sottrae al ricorso per cassazione nella parte relativa alla pronuncia sulle spese, che va intesa come «sentenza in senso sostanziale», suscettibile di ricorso *ex art. 111, comma 7, Cost.* Secondo I. PAGNI, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 299, invece, «è forse preferibile...ragionare dell'effetto della cassazione *ex art. 336 c.p.c.* sui provvedimenti dipendenti dal provvedimento cassato (che in questo caso è la sentenza di primo grado), includendovi con una qualche forzatura, la pronuncia sulle spese di lite resa in appello...». Sul tema non può infine non segnalarsi che, secondo G. COSTANTINO, *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del «filtro»*, cit., 21, pur nel silenzio della disciplina sul punto, «sembra corretto ritenere che oggetto del ricorso per cassazione possa essere tanto l'ordinanza dichiarativa dell'inammissibilità dell'appello, principale ed incidentale, privo di «una ragionevole probabilità» di accoglimento, quanto la sentenza di primo grado; che i due provvedimenti possano essere impugnati con un unico ricorso; che sussista l'interesse ad impugnare autonomamente l'ordinanza; che la Corte sia tenuta ad esaminare preliminarmente il ricorso contro quest'ultima e, solo in caso di rigetto, ad esaminare il ricorso contro la sentenza; che la cassazione dell'ordinanza determina il rinvio al giudice di appello, affinché si rinnovi integralmente il giudizio di secondo grado».

poste a base della decisione impugnata» *ex art. 348-ter*, comma 4, c.p.c.), e che l'eventuale cassazione della sentenza di primo grado «non assicura alla parte la celebrazione del giudizio di appello ingiustamente negato, ma, per espressa previsione del nuovo ultimo comma dell'art. 383 c.p.c., mette capo ad un normale giudizio di rinvio»²⁰⁰.

La possibilità di impugnare l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'appello, nonostante il silenzio dell'art. 348-ter c.p.c., troverebbe spazio con il ricorso straordinario in Cassazione *ex art. 111*, comma 7, Cost., allorché l'ordinanza sia affetta da vizi propri o pronunciata in difetto dei presupposti indicati dal legislatore.

In tal caso si pone la difficoltà di coordinamento tra l'impugnazione con ricorso straordinario in cassazione dell'ordinanza di inammissibilità e l'eventuale pendenza dell'impugnazione avverso la sentenza di primo grado, in assenza di un meccanismo che possa consentire la riunione delle due impugnazioni.

È ipotizzabile che, anche per motivi di economia processuale, l'impugnazione di entrambi i provvedimenti (della sentenza di primo grado e dell'ordinanza di inammissibilità), possa essere promossa con unico ricorso, posto che la pronuncia della Suprema Corte avverrebbe tra le stesse parti, nell'ambito dell'unico procedimento, senza che con ciò sia d'ostacolo il diverso titolo legittimante l'impugnazione, l'uno ordinario, l'altro straordinario, atteso che i motivi posti a sostegno del ricorso, sono i medesimi²⁰¹.

In ogni caso non sembra in dubbio che la parte possa, altresì, dolersi dei vizi di revocazione, sia quelli propri dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'appello, sia quelli della sentenza di primo grado fatti valere con l'appello poi dichiarato inammissibile.

In ultimo l'art. 384, comma 4, c.p.c., precisa che nel caso di accoglimento del ricorso avverso la sentenza di primo grado, la Suprema Corte, fuori dai casi di accoglimento *ex art. 382* c.p.c., rinvia la causa al giudice che avrebbe dovuto pronunciare sull'appello e si applicano le disposizioni dettate per il giudizio di rinvio.

Anche tale statuizione non è esente da critiche²⁰², perché in questo caso il processo d'appello non si è svolto a causa di un'indebita pronuncia dell'ordinanza di

²⁰⁰ G. IMPAGNATIELLO, *Il «filtro» di ammissibilità dell'appello*, cit., p. 298.

²⁰¹ A. PANZAROLA, *Commento sub. art. 348-bis cpc*, cit., p. 665 ss.

²⁰² F. SANTAGADA, *Il giudizio d'appello riformato e l'introduzione del filtro*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 2014, Vol. 68, Fasc. 2, p. 632.

inammissibilità, per cui in caso di annullamento della sentenza di primo grado ad opera della Cassazione, seguirà un normale giudizio di rinvio, disciplinato dagli artt. 392 ss. c.p.c., caratterizzato da una struttura «chiusa»²⁰³, che non assicura alla parte la celebrazione del giudizio d'appello ingiustamente negato.

5. L'art. 360-bis c.p.c.

5.1 Premessa

La L. 18 giugno 2009, n. 69 ha introdotto l'art. 360-bis prevedendo un filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione.

La finalità perseguita dal legislatore è stata quella di ridurre il carico di lavoro della Cassazione in modo da consentirle di recuperare il ruolo assegnatole²⁰⁴.

Il filtro è stato introdotto dall'art. 47 della suddetta Legge²⁰⁵, il quale ha provveduto anche alla modifica dell'art. 376 c.p.c. relativo alla assegnazione dei ricorsi alle sezioni, all'art.

²⁰³ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., p. 467; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2012, II, p. 448 ss.;

²⁰⁴ E. F. RICCI, *Ancora insoluto il problema del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 102, osserva che «continuare a discutere sul fatto che introdurre delle prescrizioni volte ad arginare la pleora delle doglianze che arrivano in Cassazione, finisce per costituire una sterile perdita di tempo, giacché la necessità di un argine al numericamente non più contenibile contenzioso che si agita di fronte alla Suprema Corte, è cosa che nessuno oserebbe seriamente contestare. [...] Che il filtro ci voglia è cosa sicura». Ricorda, peraltro, G. GIOIA, *Lo sviluppo storico del ricorso per cassazione, tra necessità ed abusi*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 920 e 940 ss., che il tentativo di ridurre il numero dei ricorsi è antico quanto le moderne Corti di cassazione e tuttavia osserva che la creazione di un sistema di filtri volti ad arginare l'eccessivo numero dei ricorsi, inserito in un progetto omogeneo finalizzato allo scopo, è solo il metodo di ovviare alla progressiva degenerazione dell'istituto, sin quando non se ne attui una sostanziale modifica.

²⁰⁵ Art. 47, L. 18 giugno 2009 n. 69: «Al codice di procedura civile sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo l'articolo 360 è inserito il seguente:

«Art. 360-bis. - (Inammissibilità del ricorso). - Il ricorso è inammissibile:

1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;

2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo»;

b) il primo comma dell'articolo 376 è sostituito dal seguente:

«Il primo presidente, tranne quando ricorrono le condizioni previste dall'articolo 374, assegna i ricorsi ad apposita sezione, che verifica se sussistono i presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'articolo 375, primo comma, numeri 1) e 5). Se la sezione non definisce il giudizio, gli atti sono rimessi al primo presidente, che procede all'assegnazione alle sezioni semplici»;

c) l'articolo 380-bis è sostituito dal seguente:

«Art. 380-bis. - (Procedimento per la decisione sull'inammissibilità del ricorso e per la decisione in camera di consiglio). - Il relatore della sezione di cui all'articolo 376, primo comma, primo periodo, se appare possibile definire il giudizio ai sensi dell'articolo 375, primo comma, numeri 1) e 5), deposita in cancelleria

380-*bis* sul procedimento per la decisione in camera di consiglio sull'inammissibilità o sulla manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso ed all'art. 375 c.p.c. riguardante la pronuncia in camera di consiglio²⁰⁶. Questa Legge ha, infine, introdotto l'art 47-*bis* all'interno del R.D. 1941 n. 12²⁰⁷ riguardante i criteri per la composizione della sezione prevista dall'art. 376 del codice di procedura civile.

L'art. 360-*bis* ha disposto delle ulteriori ipotesi di inammissibilità rispetto a quelle previste dal sistema vigente. Esso sancisce che: «Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o

una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia.

Il presidente fissa con decreto l'adunanza della Corte. Almeno venti giorni prima della data stabilita per l'adunanza, il decreto e la relazione sono comunicati al pubblico ministero e notificati agli avvocati delle parti, i quali hanno facoltà di presentare, il primo conclusioni scritte, e i secondi memorie, non oltre cinque giorni prima e di chiedere di essere sentiti, se compaiono.

Se il ricorso non è dichiarato inammissibile, il relatore nominato ai sensi dell'articolo 377, primo comma, ultimo periodo, quando appaiono ricorrere le ipotesi previste dall'articolo 375, primo comma, numeri 2) e 3), deposita in cancelleria una relazione con la concisa esposizione dei motivi in base ai quali ritiene che il ricorso possa essere deciso in camera di consiglio e si applica il secondo comma.

Se ritiene che non ricorrono le ipotesi previste dall'articolo 375, primo comma, numeri 2) e 3), la Corte rinvia la causa alla pubblica udienza»;

d) l'articolo 366-*bis* è abrogato;

e) all'articolo 375 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) al primo comma, il numero 1) è sostituito dal seguente:

«1) dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'articolo 360»;

2) al primo comma, il numero 5) è sostituito dal seguente:

«5) accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza».

All'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, dopo l'articolo 67 è inserito il seguente Art. 67-*bis*: «A comporre la sezione prevista dall'articolo 376, primo comma, del codice di procedura civile, sono chiamati, di regola, magistrati appartenenti a tutte le sezioni».

²⁰⁶ Sulla riforma v., *ex multis*, G. COSTANTINO, *La riforma del giudizio di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1560 ss.; ID., *Il nuovo processo in Cassazione*, cit., p. 301 ss.; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *www.judicium.it*, 2009 § 18; M. BOVE, *La riforma della procedura*, in M. BOVE e A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, p. 63 ss.; A. BRIGUGLIO, in AA VV., *Ricorso per cassazione*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., p. 50 ss.; A. BUCCI, in A. BUCCI, A. M. SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009, p. 141 ss.; F. CARPI, *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1443; A. CARRATTA, *La giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente – Il “filtro” al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1563 ss.; C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 85 ss.; C. CONSOLO, *Una buona «novella» al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben oltre al di là della sola dimensione processuale*, cit., 2009, p. 740 ss.; M. FARINA, *Note minime sul «filtro» in cassazione*, in *www.judicium.it*, 2009, p. 3 ss.; F. A. GENOVESE, in *Il civilista*, luglio agosto, 2009, p. 48; A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 66 ss.; M. DELLI PRISCOLI, *Filtro in Cassazione*, in *Dir. e form.*, 2009, p. 512 ss.; A. DIDONE, *Note minime sul quesito di diritto ex art. 366-bis c.p.c. e sul nuovo filtro in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 847 ss.;

²⁰⁷ Regio Decreto 30 gennaio 1941 n. 12, intitolato «Ordinamento giudiziario».

mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo».

Gli aspetti procedurali «del filtro» sono, invece, regolati dagli artt. 375, 376, 380-*bis* come modificati, e dal nuovo art. 67-*bis* relativo all'ordinamento giudiziario.

L'art. 376 c.p.c. prevede che «Il primo presidente assegna, salvi i casi di investitura immediata alle Sezioni Unite, i ricorsi a tutte le sezioni²⁰⁸ affinché sia verificata la sussistenza dei presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'articolo 375, primo comma, numeri 1 (dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'articolo 360 c.p.c.) e numero 5 (accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza)» e «se la sezione, non ravvisa tali presupposti, il presidente, omessa ogni formalità, rimette gli atti alla sezione semplice».

Alcune precisazioni vanno mosse con riferimento ai poteri della sezione semplice, in questo caso ad essa non è mai preclusa la possibilità, una volta superato il vaglio della sezione-filtro, di dichiarare l'inammissibilità del ricorso, ciò anche come strumento per rimediare ad una possibile svista della sezione-filtro.

La L. 2009 n. 69 oltre ad apportare l'istituzione della sezione-filtro, ha anche previsto l'abrogazione dell'art. 366-*bis* inerente alla «formulazione dei motivi» e del quarto comma dell'art. 385 c.p.c.

L'art. 366-*bis*²⁰⁹ verteva sul quesito di diritto formulato, a pena di inammissibilità nel ricorso, utile sia alla Corte che agli avvocati per giudizi di stretta legittimità, ma sempre considerato indigesto dalla classe forense.

Il quarto comma dell'art. 385 c.p.c.²¹⁰ prevedeva il potere della Corte di sanzionare la parte soccombente, nell'ipotesi in cui essa avesse proposto il ricorso o vi avesse resistito

²⁰⁸ Come previsto dall'art. 67-*bis* ord. giud.: «A comporre la sezione prevista dall'articolo 376, primo comma, del codice di procedura civile, sono chiamati, di regola, magistrati appartenenti a tutte le sezioni.»

²⁰⁹ Art. 366-*bis* c.p.c.: «[Nei casi previsti dall'articolo 360, primo comma, numeri 1), 2), 3) e 4), l'illustrazione di ciascun motivo si deve concludere, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto. Nel caso previsto dall'articolo 360, primo comma, n. 5), l'illustrazione di ciascun motivo deve contenere, a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione.]»

²¹⁰ Art. 385, 4° comma, c.p.c.: «Quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave.»

anche solo con colpa grave. Era un mezzo «per colpire la tasca di chi avanzava ricorsi, per così dire sballati, e rappresentava un utile strumento deflattivo»²¹¹.

Ad oggi, quindi, la Corte di Cassazione svolge un importante ruolo di defaticamento del suo lavoro, attraverso l'apposita sezione-filtro che ha la competenza di dichiarare inammissibili i ricorsi nei casi appena indicati.

Ogni anno la Corte di Cassazione dichiara inammissibili circa un terzo dei ricorsi ad essa presentati, ed ovviamente il criterio di scelta non è legato all'importanza del ricorso, ma bensì a quanto è stato introdotto dal nostro legislatore con la L. del 2009 oltre ai motivi di inammissibilità previsti già nel nostro ordinamento. Ogni anno la Corte emana circa trentamila sentenze civili e non può essere posta sullo stesso piano di altre Corti, che invece trattano pochi casi l'anno.

5.2 L'art. 360- bis, n.1 c.p.c.

In considerazione dell'ambito di applicazione, l'art. 360-*bis*, n.1 sancisce che il controllo di inammissibilità deve essere fatto con riferimento al «provvedimento impugnato», ciò conduce a considerare tutti i provvedimenti a prescindere dalla loro forma e porta a non limitare il controllo per il solo ricorso ordinario di cassazione²¹².

Questione ulteriore è se tale articolo abbia una portata estesa anche ai regolamenti di competenza e di giurisdizione. Con riferimento ai primi parte della dottrina ed anche della giurisprudenza si sono espressi in modo favorevole ad una interpretazione estensiva²¹³. Rispetto al regolamento di giurisdizione, vi è un maggiore contrasto nell'ambito del mondo accademico.

Vi è, infatti chi da una parte sostiene che il filtro presupponga una struttura impugnatoria del ricorso, di conseguenza il regolamento di giurisdizione, data l'assenza di un

²¹¹ A. BRIGUGLIO, *Ecco il «filtro»!* (L'ultima riforma del giudizio di Cassazione), in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, p. 1275 ss.

²¹² Così, R. TISCINI, *Inammissibilità del ricorso*, Torino, 2005, p. 620 ss.

²¹³ V., ex multis, R. TISCINI, *op. ult. cit.*, p. 621 ss. Secondo l'autrice, infatti, «in considerazione del fatto che in generale tale rimedio impugnatorio mutua la sua disciplina da quella del ricorso per cassazione ordinario (vi è un generico rinvio, salva la clausola di compatibilità, agli artt. 360 e ss. c.p.c.) [...] come il filtro dell'art. 360 bis, n. 1, c.p.c. è applicabile al ricorso per cassazione, parimenti esso va applicato al regolamento di competenza. Senz'altro da escludere è invece la compatibilità del vaglio preliminare di inammissibilità con il regolamento di competenza d'ufficio, trattandosi di uno strumento che, oltre a non costituire un mezzo di impugnazione, è sottratto all'iniziativa di parte»; F. FERRARIS, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul c.d. «filtro» in Cassazione*, cit., p. 499 ss.

provvedimento che abbia deciso una questione di diritto, non permetterebbe di compiere una valutazione di conformità alla giurisprudenza della Corte al fine di sollecitarne una riconsiderazione. E chi dall'altra invoca il principio di ragionevolezza del sistema che imporrebbe un'estensione applicativa del filtro anche all'ipotesi in discorso²¹⁴.

La questione assume un rilievo piuttosto marginale, dato la presenza dell'art. 375, n. 5, c.p.c. che prevede la possibilità di pronunciare la manifesta infondatezza del ricorso per regolamento di giurisdizione, rispetto alla quale una pronuncia di inammissibilità *ex art. 360-bis*, n. 1, c.p.c. è un'ipotesi tipica.

Il parametro usato dalla Corte al fine di dichiarare la manifesta infondatezza del ricorso, come enunciato dal primo comma dell'art. 360-*bis* risulta essere la conformità della decisione alla giurisprudenza della Corte. Si tratta di un parametro assolutamente conforme con la funzione uniformatrice e nomofilattica svolta dalla Corte, così come previsto dall'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario²¹⁵.

Tale previsione è, inoltre, «conforme con il principio di durata ragionevole del processo, sancito ai sensi dell'art. 111 Cost., in base al quale è opportuno che la Corte non si ripeta inutilmente»²¹⁶.

Una parte della dottrina, tuttavia, ha ritenuto che l'uso di questo parametro determina una violazione del principio di subordinazione del giudice soltanto alla legge²¹⁷.

Questa osservazione non può essere condivisa, dato che negli ordinamenti di *civil law* vi è la consapevolezza che alla formazione del diritto vivente concorrono insieme alla legge anche altri fattori, tra i quali la giurisprudenza²¹⁸.

²¹⁴ V. R. TISCINI, *Inammissibilità del ricorso*, cit., p. 621 ss.; F. FERRARIS, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul c.d. «filtro» in Cassazione*, cit., p. 502 ss.

²¹⁵ Art. 65, comma primo, Ord. giud.: «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge.»

²¹⁶ A. BRIGUGLIO, *Ecco il «filtro»!* (*L'ultima riforma del giudizio di Cassazione*), cit., p. 1281.

²¹⁷ Vedi E. F. RICCI, *Ancora insoluto il problema del ricorso per cassazione*, cit., 2009, p. 106 ss., sottolinea che «par subito evidente che la sentenza del giudice di merito che si “allinea” all'orientamento della Corte, diviene meno attaccabile di quella che tale orientamento contrasta. E ciò crea un primo pericolo per l'indipendenza dei magistrati, i quali onde evitare l'impugnazione del provvedimento da essi emesso, tenderanno praticamente a conformarsi il più possibile all'orientamento della Cassazione, quand'anche in cuor loro ritengano che avrebbero potuto esservi ragioni per distaccarsene. [...] la disposizione in esame affievolisce indubbiamente la potenzialità creativa del giudice di merito, che dovrebbe invece costituire l'aspetto più vivo dell'evolversi della giurisprudenza».

²¹⁸ A. GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione (l. n. 69 del 2009)*, cit., p. 44 ss., secondo cui, peraltro, «nella società complessa il fatto spesso non chiede di misurarsi con le regole, ma ha in sé elementi per diventare giuridico, sicché spetta alla giurisprudenza porre in luce quei dati

Alla regola suddetta, però, la seconda parte del primo comma dell'art. 360-*bis* prevede un'eccezione esplicita nel caso in cui «l'esame dei motivi» offre degli elementi per mutare l'orientamento della Corte. Ciò accade, quando per bravura del ricorrente oppure in caso di oggettiva rilevanza dei motivi indicati, vi sia il ragionevole dubbio circa l'opportunità di un ripensamento da parte della giurisprudenza di legittimità cui la pronuncia impugnata risulti conforme. In questo caso, essendovi un dubbio da sciogliere, la competenza non è lasciata alla sezione-filtro, avente il compito di valutare la sussistenza dei presupposti di inammissibilità, ma bensì è demandata alle sezioni ordinarie della Corte di Cassazione. Una valutazione di conformità delle decisioni impugnate al diritto pronunciato dalla cassazione non è affatto semplice, esigendo un giudizio qualificatorio che non può che essere emesso all'esito di un'indagine ad ampio raggio, il cui territorio resta di complessa e opinabile delimitazione²¹⁹.

Abbinato a questa regola, vi è un corollario implicito, ovvero in tutti i casi, in cui il ricorso di Cassazione abbia ad oggetto situazioni giuridiche nuove per la giurisprudenza di legittimità, deve senz'altro ammettersi l'ammissibilità del ricorso per Cassazione, dato che non può assolutamente essere compiuto il raffronto con la giurisprudenza pregressa. Anche questo corollario presenta un'eccezione, perché può darsi che la sentenza impugnata abbia risolto *quaestiones iuris* nuove, mai affrontate dalla giurisprudenza della Cassazione, ma può anche darsi che il ricorso non evidenzi alcun *error iuris*, poiché la sentenza si presenti *ictu oculi* conforme alla legge. In questo caso, il ricorso sarà infondato

nelle pluralità delle fonti esistenti e rendere effettiva una regola autorevole e condivisa da consolidare come precedente non soggetto modifiche in tempi brevi».

²¹⁹ Condivide tale aspetto problematico G. SALME', *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., p. 437 ss., il quale sottolinea il rilevante ruolo dell'ufficio del massimario della cassazione e sembra porre a carico del ricorrente l'onere dell'indicazione analitica delle decisioni alle quali il giudice di merito (non) si sarebbe conformato; V., anche, M. FORNACIARI, *L'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360-bis c.p.c.*, cit., § 10, il quale sottolinea che al di là delle ipotesi più eclatanti, rappresentate dalla piena adesione all'orientamento della cassazione e, per converso, dall'esplicito dissenso da esso, stabilire quando il provvedimento impugnato può ritenersi conforme all'orientamento della cassazione risulta di soluzione difficile e controvertibile. «Più esattamente i problemi che si possono presentare sono due tipi: uno legato alle peculiarità della fattispecie, l'altro alla distinzione fra il principio di diritto e la sua giustificazione. Dal primo punto di vista, occorre tenere presente che le singole fattispecie non sono mai, o comunque non sono sempre, totalmente coincidenti. [...]. Dal secondo punto di vista, si tratta di stabilire se ciò che conta sia la conclusione del ragionamento giuridico oppure anche le argomentazioni che ad essa conducono. Questi essendo i problemi, quanto al secondo, [...], la soluzione corretta» sembra essere «quella di conferire rilevanza anche alle argomentazioni a monte dell'affermazione giuridica. Quanto invece al primo, ben poco può dirsi in linea generale: si tratta, com'è evidente, di questioni che vanno valutate in concreto, caso per caso, e la cui soluzione è peraltro fatalmente destinata a rilevarsi opinabile».

a prescindere dalla pregressa situazione giurisprudenziale a cui fa riferimento l'art. 360-*bis*, comma primo.

La lettera dell'art. 360-*bis* non presenta alcun riferimento al potere della Corte di pronunciare nell'interesse della legge, nonostante la ritenuta inammissibilità del ricorso, sancito dall'art. 363 del codice di procedura civile.

Questa relazione era stata inizialmente suggerita in sede di approvazione della L. 2009 n. 69 e poi omessa dato che il potere della Corte è già consacrato a chiare lettere nell'art. 363, terzo comma²²⁰ e tale suddetta relazione risulterebbe alquanto inutile.

Resta da ribadire che ricostruito in questo modo nella sua portata effettiva l'art. 360 bis, n.1 «si attaglia a tutti i casi di ricorso i cui motivi siano formulati *ex art.* 360, comma 1°, da 1 a 4, purché vi sia una *quaestio iuris* esplicitamente o implicitamente risolta dalla decisione impugnata ed investita dal ricorso, nonché ai casi di ricorso per regolamento di competenza e ad ogni altro caso di ricorso impugnatorio innanzi alla Suprema Corte»²²¹.

5.3 L'art. 360-*bis*, n. 2 c.p.c.

L'art. 360-*bis*, n. 2 c.p.c., prevede una seconda ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione: «quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo».

La vaghezza e genericità del disposto normativo ha generato dubbi interpretativi, in ordine al suo significato ed alla sua portata²²².

²²⁰ Art. 363, terzo comma, c.p.c.: «Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza.»

²²¹ A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 1285.

²²² A. BRIGUGLIO, *Ecco il «filtro»! (l'ultima riforma del giudizio di cassazione)*, *cit.*, 1287 ss. In particolare, a p. 1286, afferma: «Che la formulazione di quel n. 2 non sia particolarmente felice è evidente, stracchiata com'è fra intenti solo allusivi e volutamente criptici [...] riconducibili ai c.d. garzoni del legislatore da un lato, e dall'altro alla fiducia ingenua, rassicurata dalla nobiltà di quei «principi regolatori del giusto processo», delle commissioni come dei semplici *peones* parlamentari, e cioè dei legislatori formali, i quali, qui più che altrove, pressati dalla urgenza hanno approvato comprendendo poco o nulla di ciò che approvavano».

V. S. MENCHINI, *Inammissibilità del ricorso*, *cit.*, p. 118, evidenzia come la norma ponga il problema di stabilire quali siano i principi regolatori del giusto processo. «In via generale, è facile rispondere: le regole ricavabili dalle norme costituzionali (artt. 24 e 111, primo, secondo e terzo comma, Cost.) e dai canoni costituenti le fondamenta della giurisdizione civile. Tuttavia, in concreto, il compito diviene più arduo, perché tali precetti generali debbono essere calati nel vivo dell'esperienza processuale»;

R. GIORDANO, *sub art. 360 bis*, *cit.*, p. 1952 ss., osserva che la nozione di “principi regolatori del giusto processo” «non trova riscontro né in uno dei motivi di ricorso per cassazione enucleati dall'art. 360 né negli

Il richiamo alla violazione dei principi regolatori del giusto processo è sembrato, da una parte puramente simbolico e dall'altra, leggendo tra le righe della disposizione, è apparso addirittura prevaricatore delle garanzie costituzionali, per avere affidato alla Corte di legittimità l'espreso potere di interpretare il rapporto tra violazioni processuali e violazione dei principi costituzionali del giusto processo.

Il riferimento alla «manifesta infondatezza», invece, sembrerebbe avere una maggiore utilità, nel contesto dell'intera norma, in quanto confermerebbe che il filtro si traduce in una sommaria valutazione di merito, avente ad oggetto la conformità tra l'interpretazione accolta dal giudice di merito che ha reso la decisione impugnata, con l'interpretazione delle stesse norme, operata dalla giurisprudenza di legittimità.

Per meglio dire il termine «manifesta infondatezza», sarebbe di ausilio all'interpretazione del n.1 (che quel riferimento letterale non contiene), risolvendosi, con ciò, il filtro nella verifica di manifesta infondatezza dei motivi di ricorso, quale riconoscibile parametro di inammissibilità²²³.

In ogni caso la dottrina²²⁴ è stata, sin da subito, molto scettica sul significato che può essere attribuito alla norma, stante l'inevitabile confusione tra i termini che il legislatore utilizza di «inammissibilità» e di «infondatezza».

Ma le principali perplessità sono sorte in ordine alla possibilità di coniugare i motivi tipici di ricorso *ex art. 360 c.p.c.* ed i principi del giusto processo, nel senso che per effetto della riforma i vizi *in procedendo* possano assumere rilevanza solo nella misura in cui si

artt. 6 CEDU e 111 Cost., che fanno riferimento, rispettivamente, all'equo ed al giusto processo e che, inoltre, almeno per quanto riguarda l'art. 111 Cost. non individuano garanzie del giusto processo di valenza immediatamente precettiva».

In analoghi termini, v. R. FRASCA, *Osservazioni (critiche) sul c.d. filtro in cassazione in discussione in Parlamento, cit.*, § 2;

M. FARINA, *Note minime sul «filtro» in cassazione, cit.*, § 4.

Contra, B. SASSANI, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione, cit.*, § 16, secondo cui il riferimento ai principi del giusto processo non pare possa porre particolari questioni teoriche in ordine all'individuazione degli stessi. Al riguardo si è osservato che i principi regolatori non possono che essere quelli richiamati dall'art. 111 Cost. e, quindi, l'attuazione della giurisdizione mediante giusto processo regolato dalla legge; lo svolgimento del processo, nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale; la ragionevole durata del processo; la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali; il ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali. In analoghi termini, v., *ex multis*, A. GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione (l. n. 69 del 2009), cit.*, p. 55.

²²³ A. BRIGUGLIO, *Ecco il «filtro»! (l'ultima riforma del giudizio di cassazione), cit.*, p. 1287.

²²⁴ G. MONTELEONE, *A proposito di una incipiente riforma, cit.*, p. 975 ss., definisce la norma «un vero e proprio enigma; non essendo facile dare un significato razionale e plausibile alla formula della legge [...]. Qui è innegabile la confusione tra inammissibilità ed infondatezza».

traducano in una violazione di principi regolatori del giusto processo, ovvero se la previsione abbia in realtà introdotto un nuovo motivo tipico d'impugnazione.

Parte della dottrina²²⁵ ha avallato quest'ultima ipotesi interpretativa dell'art. 360 *bis* n.2 c.p.c., affermando che il legislatore, pur non integrando espressamente i motivi di ricorso *ex art.* 360 c.p.c., abbia, di fatto, introdotto un nuovo motivo di ricorso per cassazione, la cui ammissibilità prevede un preventivo vaglio di non manifesta infondatezza.

Motivo di ricorso che consentirebbe di adire la Suprema Corte quando siano stati violati i principi del giusto processo, costituzionalmente garantiti dall'art. 111 Cost., quali il rispetto del contraddittorio, del giudice terzo e imparziale, della parità delle parti nel processo; principi che, ad un primo esame, non sembrano trovare collocazione nell'art. 360, comma 1, c.p.c.

Altra parte della dottrina²²⁶, in misura largamente maggioritaria, ha affermato che a) l'art. 111, comma 7° Cost., non ammette limitazioni imposte mediante legge ordinaria all'accesso in cassazione per violazione di legge sostanziale o processuale; b) l'art. 360 c.p.c. si pone rispetto alla portata precettiva dell'art. 360 *bis* c.p.c. in una posizione logico-giuridica pregiudiziale, in quanto spetta al primo definire i motivi di ricorso in cassazione, sicché, se il legislatore avesse voluto limitare la ricorribilità innanzi la Suprema Corte, avrebbe dovuto incidere direttamente sul disposto dell'art. 360 c.p.c., ovvero modificare l'elencazione dei motivi di ricorso ivi contemplati.

²²⁵V. S. MENCHINI, *Inammissibilità del ricorso*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI e S. MENCHINI, Torino, 2009, p. 118 ss. Secondo l'interpretazione sostenuta dall'autore, è attribuito rilievo, ai fini della ricorribilità in cassazione, a quei soli comportamenti del giudice di merito, che, pur non costituendo immediata violazione di una specifica norma di attività del codice di rito, si pongano in chiaro contrasto con le regole dell'ordine pubblico processuale (ad esempio, entrino in collisione con la ragionevole durata del processo o con l'eguaglianza delle parti in giudizio), restando inteso, peraltro, che la lesione deve aver provocato, con efficacia causale, la nullità del provvedimento finale. In realtà, la teorica riferita non si risolve nella configurazione di un nuovo motivo di ricorso, in quanto lo stesso autore riconosce che si tratterebbe pur sempre di una figura speciale di *error in procedendo*, che in assenza del n. 2, avrebbe potuto trovare collocazione nel n. 1;

M. FARINA, *Note minime sul «filtro» in cassazione*, *cit.*, § 3, secondo cui la norma, se interpretata nel senso di prevedere un motivo di impugnazione ulteriore rispetto a quelli previsti dall'art. 360, primo comma, c.p.c. non andrebbe incontro alle censure di illegittimità costituzionale, che sarebbero invece inevitabili ove la si intendesse nel senso di escludere la garanzia costituzionale del ricorso per cassazione con riferimento a qualsiasi violazione delle norme processuali.

²²⁶*Ex multis*, A. GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio di cassazione (l. n. 69 del 2009)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 55, secondo cui, inoltre, «la violazione dei principi regolatori del giusto processo sarebbe una censura concettualmente non distinguibile da quelle di cui ai nn. 1, 2, 4, e 5 dell'art. 360 c.p.c., in quanto fondata, sostanzialmente, sul comune presupposto della violazione di norme processuali».

L'intenzione, invece, del legislatore è stata quella di introdurre, null'altro, che un congegno di filtro²²⁷.

In conformità si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità²²⁸, la quale ha precisato che, con la clausola *ex art. 360-bis n. 2 c.p.c.*, il legislatore non ha introdotto un nuovo motivo di ricorso accanto a quelli di cui all'*art. 360, comma 1, c.p.c.*, ma ha segnato unicamente le condizioni per la sua rilevanza, mediante l'introduzione di uno specifico strumento con funzioni di filtro, sicché sarebbe contraddittorio trarne la conseguenza di ritenere ampliato il catalogo di vizi che possono essere denunciati con il ricorso per cassazione.

Ne discende che, sgombrato il campo dall'ipotesi di introduzione con l'*art. 360-bis n.2 c.p.c.* di un nuovo motivo di ricorso, resta da valutare se la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo sia riconducibile a taluno dei motivi tipici di ricorso per cassazione ed in particolare, al n. 4 dell'*art. 360 c.p.c.*, posto che le regole del giusto processo sono regole processuali e, dunque, la loro violazione potrebbe essere deducibile come *errores in procedendo*, tali da determinare la nullità della decisione.

Autorevole dottrina²²⁹, ha coordinato l'*art. 360-bis, n. 2, c.p.c.*, con l'*art. 360, n. 4 c.p.c.*, affermando che poiché «scopo dell'atto processuale è la realizzazione del “giusto processo”; tale canone comporta il rispetto, [...], di alcuni principi fondamentali; alla stregua di detti principi vanno applicati i criteri correttivi della regola *ex art. 156, comma 1*, previsti dai commi 2 e 3 dell'*art. stesso*.

In questa prospettiva, il n. 2 dell'*art. 360-bis c.p.c.* si coordina col n. 4 dell'*art. 360 c.p.c.*: in entrambi si tratta di nullità processuali da ravvisare ai sensi del canone costituzionale, con l'avvertenza che se la violazione è “manifestamente” insussistente, la S.C. dichiara l'inammissibilità *ex art 360-bis*, se non lo è, emette una decisione di rigetto per ricorso per infondatezza *ex art. 360 n. 4*».

²²⁷ A. BRIGUGLIO, *Ecco il «filtro»! (l'ultima riforma del giudizio di cassazione)*, cit., p. 1288, il quale afferma che il n. 2 dell'*art. 360-bis* ha portata «di chiusura» per i casi non riconducibili o scomodamente riconducibili – e cioè solo attraverso una forzatura nel riscontro di un'interpretazione implicita alle spalle della statuizione impugnata – al n. 1.

A. PANZAROLA, *Il filtro «legale» all'accesso in Cassazione*, Testo provvisorio della relazione al convegno di Foggia del 2 ottobre 2009, § 28, secondo cui il filtro in cassazione *ex art. 360-bis, n. 2, c.p.c.* si applicherebbe solo alle censure in procedendo che non possono essere ricondotte al n. 1 della norma, ovvero a quelle censure che non investono né coinvolgono soluzioni – nemmeno implicite – di questioni di diritto.

²²⁸ *Ex multis*, Cass., II, 20 marzo 2014, n. 6591; Cass., IV, 29 ottobre 2012, n. 18551.

²²⁹ R. GIORDANO, *sub art. 360 bis*, in *Codice di procedura civile*, a cura di N. PICARDI, 2010, p. 1952.

Altri ancora²³⁰, abbracciando una tesi fortemente restrittiva, hanno ritenuto che l'art. 360-bis n. 2 c.p.c. riducesse la portata del ricorso ex art. 360 n. 4 c.p.c. entro i limiti della violazione dei principi del giusto processo.

Anche in tal caso numerose voci critiche²³¹ sono insorte a confutare la validità della tesi restrittiva, perché *in primis* si attribuirebbe alla Corte il potere di distinguere le norme processuali espressione dei principi del giusto processo, da quelle che tali non sono.

Ed *in secundis*, pure ammessa una distinzione fra violazioni di norme processuali in ragione della loro idoneità ad integrare una violazione dei sommi principi del giusto processo, la conseguenza che ne deriverebbe sarebbe quella di sottrarre al controllo di legittimità gli errori *in procedendo* meno gravi, ma del pari fondati.

Per tali ragioni, una selezione delle censure *in procedendo* in ragione della gravità della lesione lamentata equivarrebbe a sottrarre al controllo di legittimità sentenze di merito

²³⁰ A. BUCCI, in A. BUCCI e A. M. SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009, p. 147, secondo cui la norma va intesa nel senso che il ricorso sia ammissibile solamente quando il giudizio di merito si sia svolto con la violazione delle regole che garantiscono il contraddittorio e la difesa delle parti in condizioni di parità davanti a un giudice terzo e imparziale».

²³¹ A. GRAZIOSI, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio di cassazione (l. n. 69 del 2009)*, cit., p. 56 ss., secondo cui la lettura è estremamente restrittiva «poiché, com'è evidente, solo una minima parte delle norme processuali vigenti possono considerarsi diretta espressione di principi regolatori del giusto processo, [...]. La grandissima parte delle norme processuali derivano da scelte liberamente compiute dal legislatore, che nulla hanno a che vedere con la tutela delle garanzie difensive fondamentali, e che, per questo, rimarrebbero completamente escluse dal controllo di legittimità. Solo per fare alcuni esempi, la disciplina delle preclusioni (non a caso variabile nei diversi modelli processuali oggi vigenti nel nostro ordinamento), delle nullità, della competenza, dell'estinzione e della sospensione del processo, del doppio grado di giudizio e delle impugnazioni straordinarie (per non dire del processo esecutivo), non ha, perlopiù, copertura costituzionale, e quindi, in una simile prospettiva, l'applicazione concreta di tutte queste norme sfuggirebbe, quasi totalmente, al controllo di legittimità»;

R. DONZELLI, *Il filtro in cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1094 ss., secondo cui «dare rilievo formale ed esclusivo ai principi regolatori una volta arrivati davanti ai giudici di cassazione appare una soluzione assolutamente incomprensibile, posto che nei gradi precedenti la condotta processuale delle parti non era determinata dai supremi principi regolatori, ma dalle misere norme processuali che in concreto dettano la disciplina del procedimento». L'autore continua evidenziando che se volessimo cercare un criterio descrittivo efficace e rigoroso, dovremo dire che le norme espressione dei principi del giusto processo «sono solo quelle che determinano la costituzionalità del procedimento, ovvero quelle norme senza le quali il procedimento sarebbe incostituzionale». Tuttavia, è piuttosto evidente il risultato aberrante che si otterrebbe seguendo questa rigorosa impostazione: verrebbero sottratte al giudizio di legittimità un gruppo rilevanti di norme processuali che pur costituendo espressione delle diverse opzioni di politica del diritto incidono in larga misura sul diritto di difesa delle parti. A titolo esemplificativo si può assumere come riferimento l'indicazione delle decadenze in cui incorre il convenuto che si costituisce in giudizio tardivamente. «Che la disposizione processuale che ne prescrive l'inserimento nell'atto di citazione costituisca espressione di principi regolatori sembrerebbe abbastanza certo, poiché tale prescrizione disciplina le modalità con le quali il legislatore vuole garantire alla parte convenuta nel procedimento ordinario di cognizione l'effettivo esercizio del diritto di difesa (artt. 3, comma 2°, 24, comma 2°, 111, comma 2°, Cost.). Tuttavia, tale norma potrebbe non entrare nella prima ristretta categoria, posto che, andando a cercare altrove nel codice di rito, altre disposizioni non contemplano una siffatta previsione».

e/o di rito, viziate dalla violazione di norme processuali non direttamente riconducibili ai principi regolatori del giusto processo, ma altrettanto incidenti su diritti costituzionalmente garantiti.

Del resto accanto alle norme direttamente riferibili ai principi regolatori del giusto processo, ve ne sono molte altre che disciplinano i procedimenti giurisdizionali, che, a ben vedere, costituiscono anch'esse derivazione dei medesimi principi, perché sono, comunque, «regola» (art. 111, comma 2°, Cost.) del procedimento.

A titolo di esemplificazione, si pensi alle preclusioni processuali entro le quali le parti devono eseguire i loro poteri a pena di decadenza, che non rispondono direttamente al principio regolatore del giusto processo, pur incidendo profondamente sulle modalità di difesa²³² e che il giudice tenga conto erroneamente di un atto depositato oltre il termine di decadenza.

Se si aderisse alla tesi restrittiva, la parte non potrebbe ricorrere in cassazione per far valere la nullità della sentenza, perché il vizio non sarebbe direttamente ricollegabile ai principi regolatori del giusto processo.

È «chiara, dunque, l'impraticabilità di un'opzione interpretativa che riduca la violazione dei principi regolatori del giusto processo alle violazioni di quelle norme processuali così intimamente espressione di tali principi da ritenersi assolutamente essenziali per la costituzionalità del procedimento»²³³.

Il superamento del limite della violazione dei principi del giusto processo e di quelle norme che ad esse sono direttamente riconducibili, consente di affermare che la violazione ricorra, altresì, quando essa riguardi tutte le norme processuali, tanto più che a tale significato andrà ricondotto il giusto processo «regolato dalla legge».

6. Il giudicato implicito

6.1 Premessa

Il giudicato implicito è un istituto di formazione giurisprudenziale, in virtù del quale si afferma che l'autorità del giudicato copre sia il dedotto, sia il deducibile, cioè non soltanto

²³² A. PANZAROLA, *Il filtro «legale» all'accesso in Cassazione, cit.*, § 37.

²³³ R. DONZELLI, *Il filtro in cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1095.

le ragioni giuridiche fatte espressamente valere, in via di azione o in via di eccezione, nel medesimo giudizio (giudicato esplicito), ma anche tutte quelle altre che, se pure non specificamente dedotte o enunciate, costituiscano, tuttavia, premesse necessarie della pretesa e dell'accertamento relativo, in quanto si pongono come precedenti logici essenziali e indefettibili della decisione (giudicato implicito).

La giurisprudenza di legittimità ha introdotto l'istituto del giudicato implicito, nell'intento di conformarsi ai principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, in attuazione di una lettura costituzionalmente orientata delle norme del codice di rito, funzionale alla realizzazione del «giusto processo».

Il giudicato implicito si forma, secondo gli orientamenti della Suprema Corte (che gradualmente si stanno volgendo verso il tramonto dell'istituto, per quanto di seguito si dirà), sia sulle questioni pregiudiziali di rito (si pensi alla giurisdizione, ma non solo), ma anche sulle questioni preliminari di merito.

Autorevole dottrina²³⁴ ha distinto le differenti forme di giudicato implicito, dichiarato dalla Corte di Cassazione, individuandole in «rito-rito», «merito-rito» e «merito-merito». Nel primo e nel secondo caso la decisione implicita su di una questione pregiudiziale di rito, deriva, rispettivamente da una decisione espressa di rito (rito-rito) o da una decisione espressa su di una questione di merito (merito-rito).

Nel terzo caso la decisione implicita su di una questione preliminare di merito, discende da una decisione espressa su di un tema di merito (merito-merito).

La dottrina²³⁵, da sempre scettica sull'applicabilità dell'istituto del giudicato implicito, ha tracciato la strada affinché la giurisprudenza di legittimità gradualmente temperi o (si auspica) superi il proprio orientamento.

²³⁴ A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in *www.Judicium.it*, Fasc. 3, 2019, p. 308.

²³⁵ F. P. LUISO, *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, p. 181; G. FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, Fasc. 4, 2018, p. 1569; A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, *cit.*, pp. 307-319; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in Relazione tenuta al XXX Convegno nazionale della Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, Cagliari, 2 ottobre 2015, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 41-87; A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, Vol. 72, 2017, pp. 617-667; M. RAGNI, *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 647; A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. It.*, 2001, p. 1292; D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008, pp. 138-155 e 177 ss.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2011, p. 66; E. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, a cura di V. COLESANTI, E. MERLIN e E. F. RICCI, Milano, 2007, p. 278 s.;

6.2 L'ordine dell'esame tra le questioni di rito e le questioni di merito

Prima di affrontare il tema del giudicato implicito, sia sulle questioni pregiudiziali di rito che sulle questioni preliminari di merito, è opportuno, per meglio comprendere quando una questione può dirsi premessa indefettibile di un'altra, quale sia l'ordine nel quale il giudice deve esaminare le questioni nel processo.

L'art. 276, comma 2, c.p.c., stabilisce che il giudice, al fine di deliberare, provvede dapprima a decidere gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e dopo provvede a decidere il merito della causa.

La Suprema Corte ha asserito che il dato testuale della norma deve essere correttamente interpretato, nel senso che la progressione logico-giuridica opera «anche all'interno di ciascun gruppo di questioni, in quanto risulta funzionale alla realizzazione del “giusto processo” ed alla attuazione dei principi di economica processuale e di ragionevole durata del processo».

Passando in rassegna le pronunce della Suprema Corte si osserva che in primo luogo il giudice deve verificare la sussistenza della propria giurisdizione e solo dopo, in caso affermativo deve accertare la propria competenza²³⁶.

Dopo la competenza il giudice dovrà verificare gli altri presupposti processuali e le condizioni dell'azione ed, infine, le questioni relative alla verifica della validità degli atti processuali²³⁷.

Qualora, però, vi è una questione relativa alla corretta instaurazione del contraddittorio, questa è pregiudiziale rispetto a quella di competenza, ma anche a quella di giurisdizione,

²³⁶ Cass., SS.UU., 5 gennaio 2016 n. 29, nota A. RONCO, in *Giur. It.*, 2016, p. 1383 ss., per la quale il « rapporto di pregiudizialità » tra la questione di giurisdizione e la questione di competenza risponde alle disposizioni della Carta costituzionale che, in coerenza con l'art. 24, comma 1°, art. 25, comma 1°, e con i principi del « giusto processo », individua ogni magistratura, stabilisce i principali criteri di attribuzione della giurisdizione a ciascuna di esse e istituisce la Corte di cassazione quale unico giudice legittimato a dirimere in via definitiva questioni e conflitti di giurisdizione. La sentenza evidenzia altresì come la pregiudizialità della questione di giurisdizione rispetto a quella di competenza trovi aggancio anche nell'art. 382 c.p.c., comma 1°, secondo cui la Corte «quando decide una questione di giurisdizione, statuisce su questa, determinando, quando occorre, il giudice competente».

²³⁷ Secondo Cons. Stato, ad. plen., 5 marzo 2015, n. 5, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 4-5, p. 1256 ss., « Tassonomia delle modalità di esercizio della *potestas iudicandi* » e tecnica decisoria dell'assorbimento, secondo la quale l'ordine di esame delle questioni di rito si snoda attraverso l'accertamento dei presupposti processuali (« nell'ordine: giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità e rimessione in termini, contraddittorio, estinzione del giudizio »), quello delle condizioni dell'azione, poi delle eventuali cause di nullità degli atti processuali e, infine, di altre questioni di rito (ad. es., ordine di intervento in causa del terzo, ecc.).

essendo necessario strutturare in modo compiuto il contraddittorio prima di procedere all'esame di qualsiasi altra questione²³⁸.

Vi è, poi, il criterio della ragione più liquida, secondo il quale la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza necessità di esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica²³⁹.

La Suprema Corte²⁴⁰ ha, però, precisato che il criterio della ragione più liquida opera solo tra questioni di rito tra loro concorrenti o tra questioni di merito, ma non nel rapporto tra le prime e le seconde, non potendosi affrontare e decidere il merito senza prima aver dichiarato l'inesistenza del vizio del presupposto processuale emerso.

Cosicché, nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte di legittimità, ove il giudice di primo grado aveva affrontato e deciso il merito, senza prima affrontare la questione di rito afferente l'ammissibilità della domanda riconvenzionale spiegata in comparsa di costituzione tardiva, cioè, depositata oltre i termini di cui all'art. 166 c.p.c., la statuizione non comporta alcuna implicita deliberazione di ammissibilità di tale domanda (destinata a passare in giudicato, se non specificamente impugnata).

Ne consegue che, in tale ipotesi, il giudice di secondo grado, investito dell'appello principale della parte rimasta soccombente sul merito, conserva (pur in assenza di appello incidentale, sul punto, della parte rimasta vittoriosa sul merito), il potere, e quindi il dovere, di rilevare d'ufficio la inammissibilità di detta domanda e che l'omissione di tale rilievo è censurabile in cassazione come *error in procedendo*.

Dunque, secondo l'orientamento della Corte di legittimità, poco importa che la decisione sia stata emessa in virtù della ragione più liquida sul merito, rispetto a quella sul rito, perché il suddetto criterio non opera tra la questione di merito e quella di rito, che rimane non coperta da giudicato implicito e, dunque, è sindacabile in sede di legittimità *ex art. 360 n. 4 c.p.c.*

²³⁸ Cass. I, 12 marzo 2020, n. 7055.

²³⁹ Cass. II, 20 maggio 2020, n. 9390.

²⁴⁰ Cass. II, 20 aprile 2020, n. 7941.

Del resto, si osserva, che il processo giusto è quello ove è garantita l'adozione delle regole processuali, tra le quali l'art. 276, comma 2, c.p.c., che espressamente antepone la decisione sulle questioni di rito alla decisione sul merito della causa²⁴¹.

In conformità al portato della norma, dunque, il giudice se ritiene di poter decidere subito la causa sulla base di una questione di rito, può ben farlo, perché rispetta, appunto l'ordine di pregiudizialità tra rito e merito, ma, invece, non può farlo nel caso inverso, perché il primato della ragione più liquida non può operare tra rito e merito, ma solo all'interno della stessa «categoria» di questioni²⁴².

Non mancano, però, pronunce²⁴³ della Corte di Cassazione che si sono espresse in senso opposto, cioè, che hanno acconsentito a che il giudice possa esaminare e decidere la causa su di una questione di merito, ritenuta la ragione più liquida, pur in presenza di una questione pregiudiziale di rito.

6.3 Il giudicato implicito sulle questioni pregiudiziali di rito

Nel richiamare la suddivisione in precedenza operata, si ricorda che le questioni pregiudiziali di rito, secondo gli orientamenti della Corte di Cassazione, possono essere oggetto di giudicato implicito, sia che discendano da un giudicato esplicito di rito (rito-rito), sia che derivi da una decisione espressa su di un tema di merito.

La giurisprudenza di legittimità ha affrontato le questioni che sono in rapporto tra loro «rito-rito» ed ha individuato il giudicato implicito su di una questione di rito, perché

²⁴¹ F. P. LUISSO, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, Milano, 2019, p. 457: «non c'è peculiarità che tenga di fronte ad un *monstrum* logico, come rovesciare la pregiudizialità tra rito e merito».

²⁴² Sul primato della ragione più liquida e l'ordine di decisione delle questioni di merito v. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, p. 975; sull'ordine di decisione tra questioni di rito relative ai presupposti processuali v. A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, p. 617, 637 ss.

²⁴³ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 (una delle due sentenze “gemelle” note anche con il nome dell'estensore, il Consigliere Travaglino, in tema di nullità del contratto, rilevabilità d'ufficio ed oggetto del processo), con espresso richiamo al punto 5.14.5 della motivazione; Cass., SS.UU., 8 maggio 2014, n. 9936, per la quale in applicazione del principio processuale della «ragione più liquida» – desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost. – deve ritenersi consentito al giudice esaminare un motivo di merito, suscettibile di assicurare la definizione del giudizio, anche in presenza di una questione pregiudiziale; Cass., II, 28 maggio 2014, n. 12002. Si ricordino anche le pronunce in tema di ricorso incidentale condizionato, in cui la Suprema Corte consente l'esame e la decisione sul ricorso principale, relativo al merito, prima della decisione sulla questione pregiudiziale di rito oggetto del ricorso incidentale: Cass., III, 14 marzo 2018, n. 6138 (ord.); Cass., III, 6 marzo 2015, n. 4619.

discendente da altra questione di rito oggetto di giudicato esplicito, argomentando che la questione che si ritiene giudicata implicitamente è il presupposto logico ed indefettibile della questione di rito oggetto di giudicato espresso.

In altri termini, la Corte di legittimità afferma che, in siffatte ipotesi, il giudice non avrebbe mai potuto giudicare sulla questione espressa, se non avesse anche deciso sulla questione presupposta, cosicché l'argomentazione, posta a sostegno del giudicato implicito, si adegua ai dettami di una stringente logica, benché astratta.

Secondo attenta e maggioritaria dottrina²⁴⁴, è proprio l'astrattezza della logica adottata dalla Corte che presta il fianco a critiche e manifesta una chiara debolezza dell'argomentazione.

La riprova è rinvenibile proprio nel principio della ragione più liquida, innanzi trattato, per il quale, pur all'interno della categoria delle questioni di rito (sposando la tesi giurisprudenziale più coerente alla norma codicistica), il giudice può decidere sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata.

In tal caso la progressione logica, che giustifica il giudicato implicito sul tema a monte, qualora vi sia decisione espressa sul tema a valle, viene meno, perché il *decisum* non è scaturito dall'ordinata sequenza logica delle questioni, bensì dal criterio della ragione più liquida.

Criterio che è ancorato al senso pratico della risoluzione sollecita della controversia ed è, invece, svincolato dalla scansione rigorosa ed astratta dell'ordine gerarchico delle questioni.

Ed ancora si può osservare che l'ordine dell'esame delle questioni (all'interno della categoria delle questioni di rito), non può dirsi certo, neanche nelle statuizioni della stessa Corte di legittimità.

Ad esempio secondo l'attuale orientamento della Corte di Cassazione²⁴⁵ la questione di giurisdizione è pregiudiziale rispetto alla questione di competenza, in quanto fondata sulle norme costituzionali relative al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, comma 1), alla garanzia del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1), ai principi del "giusto processo" (art. 111, commi 1 e 2), alla attribuzione della giurisdizione a giudici

²⁴⁴ A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, cit., pp. 308-309.

²⁴⁵ Cass., I, 5 gennaio 2016, n. 29.

ordinari, amministrativi e speciali ed al suo riparto tra questi secondo criteri predeterminati (art. 102, commi 1 e 2, art. 103, art. 6 disp. trans. e fin.).

Per cui, resta granitico l'orientamento di legittimità, secondo il quale se il giudice ha deciso sulla competenza, ha implicitamente anche statuito sulla giurisdizione, che ad essa è pregiudiziale²⁴⁶.

Ciò nonostante si osserva che, nel tempo, gli orientamenti sono stati alterni, tant'è che per molti anni la Suprema Corte si è orientata nel senso opposto, affermando che l'accertamento della giurisdizione può essere eseguito solo dal giudice competente, per materia, per valore e per territorio a conoscere della controversia²⁴⁷.

L'alternanza degli orientamenti giurisprudenziali che si sono susseguiti sulla questione innanzi esposta, e che, oggi, invece, è considerata inscalfibile, pone non pochi dubbi sull'istituto del giudicato implicito, che, a dire della Corte, si forma sulla questione presupposta, secondo una stringente progressione logica, al giudicato espresso.

La logica astratta, difatti, si scontra in concreto, con interpretazioni altalenanti, le quali giustificano l'avversione all'istituto del giudicato implicito, definito giudicato «invisibile» o «improvviso»²⁴⁸.

Allo stesso modo si può argomentare con riferimento all'ipotesi «merito-rito», allorquando la Corte di Cassazione²⁴⁹, con recente sentenza resa a Sezioni Unite confermando il precedente orientamento, ha affermato che «il passaggio in cosa giudicata

²⁴⁶La Corte ritiene esistente « un rapporto di “continenza” tra la giurisdizione (intesa come distribuzione della *potestas iudicandi* tra giudici appartenenti ad ordini giurisdizionali diversi) e la competenza, in quanto “frazione o misura” della prima (volta a disciplinare la distribuzione della *potestas decidendi* tra giudici appartenenti al medesimo ordine giurisdizionale), rapporto contraddistinto dalla implicazione necessaria della decisione sulla competenza, nel senso che, l'affermazione della giurisdizione non determina *ex se* anche la competenza del giudice adito, mentre l'affermazione della competenza comporta sempre e comunque l'accertamento positivo — eventualmente implicito — della potestà giurisdizionale ».

²⁴⁷ P. BOSA, in *Rass. giur. Sarda*, 1959, p. 736 ss., per la competenza prima di qualsiasi accertamento. La discussione è stata fervida soprattutto tra gli studiosi del diritto internazionale privato processuale, inclini ad affermare il necessario esame prioritario della giurisdizione. Sul punto, si v. U. BASSANO, *Esame preliminare della giurisdizione o della competenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, p. 191 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. I, p. 70, per il quale, segnatamente, la competenza costituirebbe un «momento dello stesso giudizio di merito» che pertanto presupporrebbe la giurisdizione dell'organo giudicante; G. B. ORIGONI DELLA CROCE, *Precedenza della questione di giurisdizione rispetto a quella di competenza o della seconda rispetto alla prima?*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 697 ss. A favore della prioritaria indagine della questione di competenza, invece, V. ANDRIOLI, *In tema di ordine nell'esame delle deduzioni*, in *Foro it.*, 1934, p. 78 ss., secondo il quale la competenza dovrebbe precedere la giurisdizione (essendo quest'ultima una condizione dell'azione e non un presupposto processuale) e M. CAPPELLETTI, *Sul rapporto tra la questione di giurisdizione rispetto allo straniero e la questione di competenza*, in *Mass. trib.*, 1976, p. 79 ss.

²⁴⁸ Così A. PANZAROLA, *op. cit.*, p. 311.

²⁴⁹ Cass., SS.UU., 10 dicembre 2020, n. 28179.

di una pronuncia del giudice ordinario, ovvero del giudice amministrativo, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria e, quindi, osta a che la giurisdizione di quel giudice possa essere contestata in successive controversie fra le stesse parti aventi titolo nel medesimo rapporto davanti a un giudice diverso, avendo il giudicato esterno la medesima autorità di quello interno, in quanto corrispondono entrambi all'unica finalità dell'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche e della stabilità delle decisioni».

La statuizione conferma l'attuale orientamento di legittimità ed omologa la questione presupposta e, dunque, implicita, alla parte della sentenza non impugnata *ex art. 329*, comma 2, c.p.c., nell'ipotesi in cui non sia devoluta al giudice superiore, con conseguente giudicato implicito della questione sulla giurisdizione, sotteso alla statuizione espressa di merito.

Si può osservare che anche l'attuale orientamento della Suprema Corte è in contrasto con decisione precedenti (invero risalenti agli anni Cinquanta), ove la Cassazione a Sezioni Unite aveva sostenuto che il giudice di legittimità deve esaminare d'ufficio l'eccezione di difetto di giurisdizione, anche se non oggetto di impugnazione, benché il giudice d'appello l'abbia espressamente respinta.

Del resto è nota la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 9 ottobre 2008 n. 24883, che incidendo sulla portata dell'art. 37 c.p.c., ha statuito che la questione di giurisdizione espressamente decisa dal giudice di grado inferiore, può essere riesaminata solo se oggetto di impugnazione, allorquando, invece, prima della citata pronuncia (con maggiore adesione al portato letterale della norma art. 37 c.p.c.), la questione di giurisdizione poteva essere rilevata d'ufficio, anche se decisa dal giudice di grado inferiore e non impugnata.

Attualmente la Cassazione si è orientata, come detto, nel senso che la questione di giurisdizione, può essere esaminata dal giudice dell'impugnazione, solo se è oggetto di gravame sulla decisione espressa ed anche e solo, nel caso in cui la questione di giurisdizione sia stata oggetto di impugnazione sulla statuizione implicita.

Affiora l'ipotesi che alla logica giuridica siano state sostituite scelte di politica giudiziaria, tanto che la teoria del duplice oggetto del processo (di merito e pregiudiziale di rito)²⁵⁰, che sembra essere sottesa alla pronuncia, appare adoperata dalla Corte impropriamente, perché da una parte la teoria del doppio oggetto del processo (se accolta) prevede che la questione di rito sia sempre rilevabile d'ufficio e non sia, dunque, oggetto di giudicato implicito e dall'altra la Cassazione vi fa ricorso solo nei limiti della questione di giurisdizione, lasciando esenti dal giudicato implicito tutte le altre questioni processuali (quali ad esempio la violazione del contraddittorio e la tardività dell'appello), che non ha mai mancato di sollevare *ex officio*.

Le contraddizioni che hanno dato spazio a contrasti non sopiti, lasciano presagire ulteriori dibattiti e, forse, in futuro differenti approdi.

²⁵⁰ All'idea del doppio oggetto del processo sembrano ispirarsi la terna di pronunce composta da Cass., SS.UU., 9 ottobre 2008, n. 24883, Cass., SS.UU., 30 ottobre 2008, n. 26019 e Cass., SS.UU., 18 dicembre 2008, n. 29523 – che, guardando al fenomeno dall'angolo visuale del giudicato, affermano che ogni statuizione di merito presuppone una pronuncia implicita sulla giurisdizione: così, più di recente, Cass. 22 aprile 2013, n. 9693, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Cosa giudicata civile*, n. 13 e Cass. 28 settembre 2011, n.19792, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Cosa giudicata civile*, n. 19. L'esistenza di un siffatto orientamento giurisprudenziale ha peraltro indotto la seconda sezione della Corte di cassazione, con l'ord. 28 novembre 2014, n. 25353 a rimettere alle Sezioni Unite una significativa questione interpretativa concernente la rilevanza, in ogni stato e grado del giudizio, del difetto della *legitimatio ad processum* del rappresentante; questione poi risolta in senso positivo (senza però dare espressa adesione all'idea del doppio oggetto) da Cass., SS.UU., 4 marzo 2016, n. 4248. In dottrina, nel senso che le decisioni del 2008 sono ispirate all'idea del doppio oggetto del giudizio: R. CAPONI, *La rilevanza del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*, in *Foro it.*, 2009, I, p. 3099, C. CONSOLO e M. STELLA, *Il giudicato sulla motivazione come zaino da viaggio*, in *Int'I Lis*, 2014, p. 105 ss. In riferimento al giudicato implicito sui presupposti processuali, con accenti critici nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale propenso ad ammetterne la formazione in riferimento alle questioni di giurisdizione v. A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1292 ss. In precedenza, si era generalmente schierato contro il giudicato implicito, tra gli altri, E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, p. 249 ss. Nell'ambito della dottrina italiana, tuttavia, come ricorda E. FAZZALARI, in *Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 372 ss., l'idea del processo come rapporto processuale è stata da taluni messa in dubbio a favore della configurazione del processo come procedimento. Il primo che ha manifestato dubbi è stato E. REDENTI, *Profili pratici di diritto processuale civile*, 2 ed., Milano, 1939, p. 125 ss.

Critici avverso la teoria del doppio oggetto del processo civile, in base alla convinzione per cui i presupposti processuali sono estranei all'oggetto del processo, anche A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, p. 167 ss.; E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 110; C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 24; N. PICARDI, *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*, spec. p. 38 ss. e p. 56 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di Proc. civ.*, p. 1060, essenzialmente in base al rilievo per cui il nostro ordinamento è congegnato in modo da evitare che il processo si chiuda con un provvedimento di natura processuale; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, p. 162 ss.; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, p. 348 ss.

Tanto più che, non sembra in dubbio, che il giudicato implicito sottenda la violazione del principio del contraddittorio, ancor più oggi, che all'art. 183 comma 4, ultima parte, c.p.c. si è aggiunto dapprima l'art. 384, comma 3, c.p.c. e, poi, l'art. 101, comma 2, c.p.c.

Il contraddittorio, rafforzato dalle norme codicistiche che disciplinano l'obbligatorietà per il giudice di integrarlo tutte le volte in cui intenda sollevare una questione d'ufficio, sembra, invece, paradossalmente violato nella statuizione implicita.

In altri termini, il cammino dottrinale ed anche giurisprudenziale che ha condotto al veto sulle sentenze «a sorpresa», mediante l'introduzione del comma 2 nell'art. 101 c.p.c., pare contraddetto dalla previsione giurisprudenziale del giudicato implicito, che cade su di una statuizione «invisibile», sulla quale non vi è stato contraddittorio e che, dunque, non è mai stata discussa tra le parti.

Autorevole dottrina, parla di tendenza²⁵¹, cioè di propensione della Corte di Cassazione a sminuire la portata del contraddittorio (si pensi all'art. 384, comma 3, c.p.c., senza sanzione o alla sostanziale cameralizzazione del giudizio di legittimità).

Vi è una effettiva inclinazione alla deresponsabilizzazione del giudice (si pensi all'ordinanza di inammissibilità *ex art. 348-ter* c.p.c. non soggetta ad impugnazione, benché si traduca, invero, in una pronuncia sulla manifesta infondatezza del gravame).

I diritti processuali delle parti, scoloriscono facendo un passo indietro, sgombrando il campo alla pur recondita ipotesi dell'arbitrio, che, però, la corretta attuazione della regola del processo, oggettivamente esclude.

6.4 Il giudicato implicito sulle questioni di merito

La Corte di Cassazione SS.UU., con le sentenze «gemelle» n. 26242 e n. 26243 del 12 dicembre del 2014, che si esplorano nei limiti di cui qui interessa, sanciscono che qualora il giudice, nel giudizio di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento non rilevi *ex officio* la nullità ed accolga poi la domanda proposta, in tal caso, salva la rilevazione officiosa della nullità da parte del giudice di appello, si formerà un giudicato implicito sulla validità del negozio.

Se, viceversa, il giudice rigetti la domanda (di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento), si formerà il giudicato implicito sulla validità del negozio.

²⁵¹ A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, cit., p. 315.

Ma tale conclusione (secondo la Suprema Corte) è suscettibile di eccezione nel caso in cui la decisione sia fondata sulla ragione «c.d. più liquida».

La tesi si fonda sul principio che il giudice (anche in appello, ma non in cassazione, perché il sindacato si estenderebbe ad una *quaestio facti*), deve sempre rilevare d'ufficio la nullità e nell'ipotesi in cui decida sul merito del contratto, oggetto della domanda, vorrà dire che si è preliminarmente convinto che la nullità a monte non sussiste, così formando un giudicato implicito sulla «non-nullità» del contratto, che le parti non potranno più mettere in discussione in un altro processo, non avendo esse - pur potendo - formulato alcuna domanda di accertamento incidentale, e non essendo loro consentito venire *contra factum proprium*, se non abusando del proprio diritto e del processo.

La tesi del giudicato implicito sulla «non-nullità» è stata oggetto di critiche in dottrina²⁵² che ha ravvisato, non solo la violazione del contraddittorio, ma anche una espressa violazione del principio dispositivo, per il quale l'oggetto del processo è nella disponibilità delle parti.

Allorquando, invece, l'art. 34 c.p.c., a cui si applica ogni forma di pregiudizialità (tecnica e logica), prevede espressamente che essa è ancorata alla domanda di una delle parti (o alla legge), cosicché le tesi del giudicato implicito (c.d. merito-merito) si pone in aperto contrasto con il principio dispositivo²⁵³.

²⁵² C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Volume I: Le tutele (di merito, sommarie, ed esecutive e il rapporto giuridico processuale)*, Torino, 2015, pp. 158-161; F. CORSINI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2004, p. 675; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. SACCO, 2004, p. 150; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"?*, in *Contratti*, 2012, p. 874 e ss.

²⁵³ C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 215 ss. spec. p. 233, distinzione "ontologica" da valorizzare nella disciplina dell'oggetto del giudizio, seppur nelle incertezze sulla qualificazione della pregiudizialità logica in termini di vera e propria "pregiudizialità sostanziale"; Intercorrendo anche la pregiudizialità logica tra distinti oggetti del giudizio, finisce per essere "questione di interpretazione dell'art. 34 c.p.c." quella di individuare l'estensione del giudicato al rapporto giuridico fondamentale. L'applicazione della disposizione nella pregiudizialità logica discende dunque dal fatto che anche in essa è dato individuare «una forma di pregiudizialità processuale che intercorre tra distinti oggetti di accertabilità giudiziale», la quale, dal punto di vista giuridico-processuale, «non si palesa affatto come una pseudo-pregiudizialità, come una forma di preliminarità solo istruttoria o intellettuale». Oltre al fatto che qualunque accertamento che non abbia alle spalle la domanda di parte (pur quando si tratti di un accertamento incidentale *ex lege*) rischia di violare il principio dispositivo e la garanzia costituzionale dell'art. 24 Cost.

In altre parole, venuta meno – pur nella peculiarità dei due istituti – la distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica sotto il profilo dei limiti oggettivi della cosa giudicata, viene meno anche la possibilità di differenziarne la disciplina processuale; sicché, stando a questa opzione, finisce per rendersi difficile autonomizzare la sola pregiudizialità logica dal campo applicativo dell'art. 34 c.p.c., il quale a questo punto riconquista il suo carattere di norma generale ed onnicomprensiva.

La tesi della «non-nullità», coperta da giudicato implicito, consente al giudice di definire o meglio di allargare indefinitamente il perimetro del processo, non solo violando il principio dispositivo, ma ancor più, sovvertendo il ruolo che alle parti spetta nel processo. La Suprema Corte, ancora con recente pronuncia²⁵⁴, ha confermato la tesi, affermando che «il rigetto della domanda di adempimento del contratto determina la formazione del giudicato implicito sulla validità dello stesso».

Si osserva, però, che talune pronunce²⁵⁵, invero, in tema di giudicato implicito sulle questioni pregiudiziali di rito, hanno cambiato segno, lasciando inalterata la sola tesi sul giudicato implicito in tema di giurisdizione, così facendo sperare in un graduale ravvedimento sull'applicabilità dell'istituto in esame.

Sulla condivisibilità o meno di tale opzione è bene tornare all'esito di un più approfondito esame della giurisprudenza. Va premesso, tuttavia, che gli argomenti posti a fondamento della più ampia estensione del giudicato intorno al rapporto giuridico fondamentale (oltre i confini dell'art. 34 c.p.c.), pur mostrando logiche giustificazioni (in punto di utilità), espongono al rischio – evidente nelle recenti prassi applicative – di segnare sfuggenti confini alla cosa giudicata. Un rischio ormai noto ogni qualvolta il giudicato è costruito, non in ragione di espliciti e consapevoli comportamenti delle parti, bensì per implicite ricostruzioni intorno ad una sentenza che opera per sottintesi. Fermi restando i buoni propositi che sorreggono la teoria dell'antecedente logico necessario (in ragione dei vantaggi assicurati dalla stabilità della cosa giudicata), il timore è lo spettro del giudicato implicito.

²⁵⁴ Cass., I, 29 settembre 2020, n. 20555.

²⁵⁵ Cass., II, 20 aprile 2020, n. 7941; Cass., III, 12 marzo 2020, n.7055; Cass.,SS.UU., 20 marzo 2019, n. 7925.

CAPITOLO III

ISTITUTI APPLICATIVI

DEL

PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCESSO

SOMMARIO: 1. Overruling. - 1.1 Premessa. - 1.2 Il dibattito sulla tutela dell'affidamento all'indomani della sentenza Cass., SS.UU., 9 settembre 2010 n. 19246. - 1.3 L'ordinanza interlocutoria, Cassazione Civile 17 giugno 2010, n. 14627. - 1.4 La sentenza della Cassazione Civile Sezioni Unite del 11 luglio del 2011, n. 15144. - 1.5 I presupposti dell'overruling processuale nell'evoluzione giurisprudenziale. - 1.6 Casistica. - 2. Il frazionamento del credito. - 2.1 Premessa. - 2.2 La sentenza Cass., SS.UU., n. 108/2000. - 2.3 La sentenza Cass. SS.UU. n. 23726/2007. - 2.4 La sentenza Cass., SS.UU. n. 4090/2017. - 2.5 Le critiche della dottrina. - 2.6 Le sanzioni per violazione della deontologia. - 2.7 Casistica. - 3. L'equa riparazione per irragionevole durata del processo. - 3.1 L'inquadramento normativo. - 3.2 Il diritto all'equa riparazione dopo la Legge n. 208/2015. - Segue: I rimedi preventivi. - I presupposti soggettivi. - I presupposti oggettivi. - I parametri del tempo di ragionevole durata del processo. - L'equa riparazione. - La quantificazione. - Il procedimento. - 3.3 Casistica.

1. Overruling

1.1 Premessa

La Corte di Cassazione, qualora adotti una regola giuridica in contrasto con un precedente, opera un mutamento giurisprudenziale, il quale assume particolare rilevanza anche in considerazione della funzione nomofilattica attribuita alla Corte dall'art. 65 della Legge sull'ordinamento giudiziario - Regio Decreto 12 del 1941 - che le affida il compito di «*garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale*»²⁵⁶.

Non di rado si assiste a mutamenti della giurisprudenza della Cassazione, anche in considerazione della complessità della materia giuridica, cosicché per rafforzare il peso del precedente di legittimità, con il D.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, è stato modificato l'art. 374 del c.p.c., dando maggior peso alle decisioni delle Sezioni Unite, impedendo alle Sezioni Semplici di discostarsi da esse, per cui se le Sezioni Semplici ritengono di non

²⁵⁶G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1443 ss.; B. CAPPONI, *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *www.judicium.it*, 2020, § 3.

condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, devono rimettere la decisione del ricorso a queste ultime, con ordinanza motivata.

Per indicare un «mutamento giurisprudenziale», la Cassazione ha spesso adoperato l'omologo termine francese «*revirement*»²⁵⁷, ma, in occasione delle pronunce attuative del principio del giusto processo, la Corte ha utilizzato il termine anglosassone «*overruling*». Invero nelle prime sentenze la Cassazione ha utilizzato il termine al femminile «*la overruling*», tra cui la sentenza n. 15144 del 2011 (di cui si dirà), contrariamente a larga parte della dottrina, che ha, invece, da sempre adoperato il termine al maschile «*l'overruling*»²⁵⁸.

Al di là del genere, quel che più conta, che le numerosissime pronunce che si sono susseguite sul tema, hanno sempre utilizzato il termine anglosassone «*overruling*», per indicare un repentino ed improvviso cambiamento di un consolidato orientamento giurisprudenziale in materia processuale, così evocando l'origine dell'istituto, di chiara matrice anglo-americana, già da tempo presente, con diverse forme e fortune, negli ordinamenti dei paesi di *common law*²⁵⁹.

1.2 Il dibattito sulla tutela dell'affidamento all'indomani della sentenza Cass., SS.UU., 9 settembre 2010 n. 19246

La Suprema Corte di Cassazione civile a Sezioni Unite in data 9 settembre del 2010 pronunciò la sentenza n. 19246, la quale provocò un forte scossone negli ambienti

²⁵⁷ La Corte di Cassazione utilizza i due termini in maniera del tutto fungibile ed anche in dottrina, del resto, non mancano opinioni in questo senso. Ad esempio, E. STEINER, *French Law: A Comparative Approach*, Oxford, 2010, p. 99, ritiene che «*Revirement is a close equivalent to the concept of overruling in Anglo-American law and thus consists of a departure by a court from its own established jurisprudence*». In realtà, una differenza sostanziale dovrebbe emergere dall'uso dei due termini; come ci avverte G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 6, nt. 1, mentre *overruling* indica propriamente il cambiamento di una regola, il *revirement* designa il mero ripensamento o mutamento di opinione.

²⁵⁸ U. MATTEI, *Il modello di «common law»*, 3a ed., Torino, 2010, p. 162; V. VARANO e V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, I, 5a ed., Torino, 2014, p. 324; A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3a ed., Torino, 2008, p. 162; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 499; A. DIURNI e HENRICH, *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano, 2006, p. 109.

²⁵⁹ N. ANDREWS, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, 2003, pp. 79 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni micro comparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 102 ss.

giudiziari e tra tutti gli operatori del diritto, compromettendo o rischiando di compromettere la tutela di diritti, già fatti valere in sede giudiziaria²⁶⁰.

In particolare la sentenza ebbe ad oggetto il termine entro il quale l'opponente doveva iscriverne a ruolo l'opposizione a decreto ingiuntivo, proponendo un'interpretazione dell'art. 645 c.p.c., che sovvertiva il consolidato e pacifico orientamento in materia di termini per la costituzione in giudizio²⁶¹.

Secondo il precedente orientamento della Suprema Corte, che, si ripete, sino ad allora era pacifico ed univoco, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, l'opponente, una volta notificato l'atto introduttivo, aveva l'onere di iscriverne a ruolo il giudizio, entro dieci giorni, secondo le norme del procedimento ordinario²⁶².

L'art. 645 c.p.c., che al secondo comma prescriveva il dimezzamento dei termini di comparizione, era stato da sempre interpretato nel senso che solo quando l'opponente si fosse avvalso della facoltà di dimezzare i termini a comparire, solo in tal caso questi avrebbe dovuto procedere alla iscrizione a ruolo nei termini ridotti alla metà.

Senonché le SS.UU. con la citata sentenza n. 19246 del settembre del 2010, ebbe ad interpretare l'art. 645 c.p.c. nel senso che il dimezzamento dei termini discende indefettibilmente dalla proposizione del giudizio.

La sentenza citata, con il suo portato, dunque, si è abbattuta con fragore su tutto il mondo professionale e soprattutto su tutte quelle miriadi di giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, già instaurati, per i quali, le parti oppponenti, facendo affidamento sull'interpretazione, fino a quel momento granitica, della Corte di Cassazione in ordine all'art. 645 c.p.c., avevano provveduto ad eseguire l'iscrizione a ruolo entro il termine di dieci giorni dalla notifica dell'atto introduttivo, ma non entro il termine dimezzato di cinque giorni.

Il generale sgomento sopraffece tutte le parti che, incolpevolmente, avevano iscritto a ruolo l'opposizione ex art. 645 c.p.c., sebbene entro i dieci giorni dalla notifica della citazione in opposizione, ma dopo lo spirare dei cinque giorni, con il conseguente rischio

²⁶⁰ A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in *www.judicium.it*, 2010, pp. 1165- 1175.

²⁶¹ E. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, fasc. 3, 2013, p. 899 ss.

²⁶² V., per tutti, G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, pp. 193 ss.; *ID.*, *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 329 ss.

della declaratoria di improcedibilità dell'opposizione, quantunque questa fosse, in ipotesi, nel merito fondata.

Gli stessi giudici di merito si mossero in ordine sparso, per cui alcuni²⁶³ cercarono dei rimedi, primo fra tutti la rimessione in termini *ex art.* 153 c.p.c., per salvaguardare i processi e le parti oppponenti che si erano trovate, in virtù del repentino mutamento giurisprudenziale, a subire un'incolpevole preclusione processuale.

Altri sostennero che non era possibile farsi scudo mediante la rimessione in termini, dato che in questo caso vi era l'osservanza del limite temporale per la costituzione in giudizio, mancava l'errore scusabile, non sussistendo a priori l'errore e l'impedimento veniva supposto come esistente unicamente con una valutazione *ex post*, dettata dal sopravvenire del mutamento giurisprudenziale. La rimessione in termini, dunque, non era altro che una vera e propria finzione²⁶⁴.

Mentre alcuni giudici²⁶⁵ ebbero a ravvisare nella giurisprudenza della Corte Europea, che impone la conoscibilità della regola di diritto e la ragionevole prevedibilità della sua applicazione, un ostacolo insormontabile alla retroattività del *dictum* della pronuncia delle SS.UU. n. 19246 del 2010.

Altri²⁶⁶, ancora, si limitarono, nell'immediatezza dell'emanazione della sentenza delle Sezioni Unite, a rinviare, semplicemente, i giudizi di opposizione, nell'attesa che intervenisse qualche provvedimento avente forza di legge, che potesse salvare i diritti sostanziali, potenzialmente lesi, dal mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale della norma processuale.

Il ventaglio della casistica fu ampio e variegato ed assunse proporzioni smisurate, stante la significativa applicazione della norma della procedura civile, argomento dell'esegesi.

A placare il disorientamento generato dal mutamento giurisprudenziale, così potenzialmente incisivo sui diritti soggettivi delle parti nei giudizi già pendenti, intervenne il legislatore con la L. 29 dicembre 2011, n. 2018, che sopprime le parole «*ma*

²⁶³ Così Trib. Brindisi, 8 febbraio 2011, in *Giur.it.*, 2011, p. 1600, con nota di E. DALMOTTO, *dimidiazione dei termini di costituzione dell'attore opponente a decreto ingiuntivo e principio dell'affidamento nella giurisprudenza conoscibile*; Trib. Varese, 8 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, p. 2014, con nota di A. DE SANTIS; Trib. Torino, 11 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, p. 2014, con nota di A. DE SANTIS.

²⁶⁴ V. in tal senso, Trib. Varese, I, sentenza 11 ottobre 2010 in *Foro it.*, 2010, p. 381 ss.

²⁶⁵ Così Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 20 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, p. 548, che rilevava l'inutilità, nel caso di specie, della rimessione in termini e disapplicava il nuovo principio di diritto. Anche in tal senso Trib. Milano-Rho, 15 ottobre 2010, *ibidem*, p. 492.

²⁶⁶ A tal proposito, M. C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1173-1175.

i termini di comparizione sono ridotti alla metà», che seguivano la parole «giudice adito», dettando contemporaneamente l'interpretazione autentica del precedente enunciato dell'art. 645, secondo comma, c.p.c., nel senso di ripristinare il tradizionale criterio ermeneutico, secondo cui «la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello ordinario».

La succitata questione, pur risolta nel senso indicato, aprì un ampio dibattito sugli effetti retroattivi delle pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto le norme processuali e sulla loro possibilità di incidere sui processi in corso, ingenerando incolpevoli decadenze e preclusioni, idonee a violare e negare irrimediabilmente i diritti sostanziali²⁶⁷.

1.3 L'ordinanza interlocutoria Cassazione Civile 17 giugno 2010 n. 14627

Già prima della sentenza della Suprema Corte n. 19246 del settembre del 2010, i giudici di legittimità avevano emanato in data 16 giugno del 2010 l'ordinanza interlocutoria n. 14627.

La pronuncia, per quanto rilevante nella sua portata, non aveva avuto particolare clamore, posto che aveva avuto ad oggetto una materia certamente marginale, rispetto a quella dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

²⁶⁷ G. RUFFETTI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e "giusto processo"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, pp. 1390-1406 ove l'autore si interroga approfonditamente sul tema dell'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile, muovendo dal presupposto (che ammantava di particolare interesse l'argomento, da esaminarsi anche alla luce dell'art. 111 Cost.) secondo il quale i mutamenti e gli adeguamenti della giurisprudenza, in primo luogo di legittimità, non possono non riguardare anche le norme di rito. Attraverso l'analisi di alcuni casi giurisprudenziali di peculiare rilievo e attualità, l'autore si pone nella concreta prospettiva di considerare i contrapposti interessi di parte da tutelare a fronte di mutamenti giurisprudenziali in materia processuale, nonché i possibili rimedi spendibili dalle stesse parti che ne subiscano gli effetti. Per tale direzione, l'autore si confronta criticamente con le molteplici speculazioni teoriche emerse sul punto, esaminando sul piano applicativo l'effettiva portata dei parametri ermeneutici più diffusi in argomento, quali il principio di tutela dell'affidamento, il principio di ragionevolezza e, più ampiamente, i canoni del giusto processo civile, sempre con riguardo alla disciplina vigente, in particolare quanto al giudizio dinanzi alla Corte di cassazione ed all'istituto della rimessione in termini, la cui operatività in materia può rappresentare utile strumento di garanzia delle parti, a fronte di mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali; C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1337 ss.; G. CHIODI e D. PULITANÒ, *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, p. 95 ss.; A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 117 ss.; R. CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a cass. n. 19246 del 2010)*, in *Rassegna forense*, 2010, Vol. 43, Fasc. 3, pp. 535-554.

Si trattava della competenza a decidere sulle opposizioni nei confronti dei provvedimenti di liquidazione dell'onorario del difensore del soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato, anche quando emessi nel corso di un procedimento penale.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con sentenza n. 19161 del 9 settembre del 2009, innovando il precedente orientamento, avevano affermato che la competenza, nella succitata materia, spetta sempre al giudice civile.

Senonché alla Suprema Corte di Cassazione, allorquando ha reso l'ordinanza interlocutoria del 17 giugno del 2010 n. 14627, si è imposta di effettuare il controllo di ammissibilità e di procedibilità dell'impugnazione, secondo le regole del ricorso per cassazione in sede civile, laddove il ricorso sottoposto al suo vaglio, con cui era stata impugnata una ordinanza resa in sede di opposizione da un giudice penale, era stato proposto in data anteriore al mutamento giurisprudenziale ed in base alle regole procedurali proprie del rito penale ed in conformità con l'orientamento allora dominante nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Fu proprio in questa ordinanza che, per la prima volta, la Suprema Corte, ha utilizzato il termine «*overruling*», così evocando l'istituto di origine anglo-americana ed il «giusto processo».

La lettura dell'ordinanza restituisce la chiara volontà della Corte di legittimità di applicare il giusto processo, rispetto ad un «*overruling*» processuale, che aveva cambiato le regole del gioco a partita già iniziata, cosicché sarebbe spettato all'arbitro di giudicare in base a regole il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione dell'atto di impugnazione.

La Corte soggiunge che la parte, che si è conformata alla precedente giurisprudenza della stessa Corte, successivamente travolta dall'*overruling*, ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa e perciò è da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa ed afferma che è il principio costituzionale del giusto processo ex art. 111 Cost., comma 2, ad orientare la pronuncia nel senso sopra indicato²⁶⁸.

Il mezzo tecnico, individuato dalla Suprema Corte, per dare protezione alle aspettative della parte è la rimessione in termini ex art. 184 *bis* (*ratione temporis* applicabile),

²⁶⁸ Art. 111 Cost., come modificato dalla L. costituzionale n. 2/1999. V., B. CAPPONI e G. VERDE, *Atti del Convegno su "Il nuovo articolo della Costituzione ed il "giusto processo" in materia civile*, Napoli, 2002, p.; G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1185; M. G. CIVININI e C. M. VERARDI, *Atti del Convegno su "Il nuovo art. 111 della Costituzione ed il giusto processo civile"*, Elba 9-10 giugno 2000, Milano, 2001, p. 78 ss.

introdotto con la L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 19 e successivamente modificato dal D.L. 18 ottobre 1995, n. 432, art. 6, convertito dalla L. 20 dicembre 1995, n. 534, ove si rinviene la ragione giustificatrice nell'impegno costituzionale di garantire l'effettività del contraddittorio e dei mezzi di azione e di difesa nel processo.

La rimessione in termini, soggiunge la Corte, è applicabile anche se la parte non abbia avanzato istanza in tal senso, posto che in siffatta situazione, la causa giustificatrice della condotta processuale della parte, è conosciuta dallo stesso arbitro, sicché l'art. 184 *bis* c.p.c. rileva come precipitato normativo, espressione di un principio generale di superiore giustizia, coesistente alla garanzia costituzionale dell'effettività della tutela processuale. Questo precedente, nel quale la Corte di Cassazione ha inteso salvaguardare la parte da una preclusione processuale generata dall'*overruling*, in applicazione del dettato costituzionale del giusto processo, se da una parte si risolveva in una decisione di una sezione semplice e, precisamente, della Sezione II, dall'altra non scioglieva i dubbi, che da più parti erano sorti, circa la legittimità del giudice ad operare in tal senso.

Si dovrà attendere la sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite n. 15144 del 11 luglio del 2011.

1.4 La sentenza della Cassazione Civile Sezioni Unite del 11 luglio del 2011 n. 15144

La Corte di Cassazione ha affrontato il tema dell'*overruling* a Sezioni Unite, con la sentenza n. 15144 del 11 luglio del 2011²⁶⁹.

La questione sottoposta al vaglio della Corte era relativa al termine di impugnazione delle decisioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche, pronunciate in grado d'appello (avverso le sentenze dei Tribunali Regionali delle acque pubbliche), ove l'orientamento pacifico era quello che il termine decorresse dalla data dell'avviso del cancelliere successivo alla registrazione della sentenza, nel mentre la Suprema Corte aveva statuito che il termine, invece, decorresse da data anteriore ed esattamente dalla data di registrazione della sentenza²⁷⁰.

²⁶⁹ F. AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione*, nota a sentenza, Corte cass., sez. un. civ., 11 luglio, n. 15144, in *Giust. Proc. Civ.*, 2011, Vol. 6, Fasc. 4, pp. 1117-1126.

²⁷⁰ Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, p. 3343 con nota di R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*; *Mass. Giur. Lav.*, 2011, p. 857, con nota di G. IANNIRUBERTO, *Mutamento di giurisprudenza e diritto di difesa delle parti*.

La *quaestio*, invero più complessa di quanto sinteticamente enunciato, rispetto alla quale appare sovrabbondante, ai fini della presente trattazione, l'indagine dei singoli dettagli, aveva posto alle Sezioni Unite il quesito «*se il sopravvenuto mutamento di esegesi della norma processuale di riferimento possa comportare la tardività di un ricorso altrimenti tempestivo, alla stregua del diverso diritto vivente alla data della sua proposizione*».

La Corte, nel rilevare che il tema era stato già intercettato dalla precedente ordinanza interlocutoria n. 14627 del 17 giugno 2010, ha rimarcato che il problema del cambiamento repentino dell'interpretazione delle regole del processo, era divenuto di ragguardevole attualità, in tutta la complessità delle sue implicazioni, con la sentenza SS.UU. n. 19246 del 9 settembre 2010, che aveva ribaltato un cinquantennale contrario indirizzo interpretativo della disposizione del secondo comma dell'art. 645 c.p.c., riducendo, in ogni caso, della metà i termini di iscrizione a ruolo dell'atto introduttivo del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

L'argomento ruotava intorno al valore del precedente giurisprudenziale, tematica sulla quale l'ordinanza n. 14627/2010 non era entrata, perché, saltandola a piè pari, era giunta direttamente all'applicazione del principio costituzionale del giusto processo *ex art. 111 Cost.* e delle garanzie enumerate al comma 2, come effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo²⁷¹.

Le Sezioni Unite, nella sentenza in esame, si sono poste il problema non solo del valore del precedente e della funzione meramente dichiarativa della giurisprudenza, ma anche dell'efficacia temporale del repentino mutamento giurisprudenziale.

Così la Corte ha posto, sul piano della soluzione, la complessa tematica del riconoscimento alla giurisprudenza di una funzione creativa, come fonte di implementazione dell'ordinamento giuridico, tale da modificare il contenuto della norma per via interpretativa.

Il percorso argomentativo della Corte ha seguito un *iter* consequenziale logico-giuridico, che muove dalla osservazione che la legge e gli atti ad essa equiparati, sono la fonte di produzione della norma giuridica e che nel quadro degli equilibri costituzionali i giudici sono soggetti alla legge²⁷².

²⁷¹ S. TURATTO, *Overruling in materia processuale e principio del giusto processo*, in *Le nuove leggi civili*, 2015, Vol. 38, Fasc. 6, pp. 1149-1184.

²⁷² L. MOCCIA, *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2012, p. 915.

La Corte ha soggiunto, poi, che la norma è il combinato di un «significante» (insieme lessicale di cui si compone), di un «significato» (contenuto precettivo) e di un «valore», inteso come avvertita positività della norma all'interno della collettività, implicante la sua meritevolezza.

Ed è proprio che in relazione al giudizio di valore della norma, che essa non è rigidamente inamovibile, ma è soggetta alle dinamiche evolutive, attuate per il tramite della mediazione della giurisprudenza, che, dunque, non crea la norma, ma la interpreta, accertandone il significato assunto nel momento in cui il giudice è chiamato a farne applicazione.

Proseguono le SS.UU., che qualora il giudice interpreti la norma, non in senso meramente evolutivo, ma in difformità con un precedente giurisprudenziale, l'esegesi, assume i connotati di un'interpretazione «correttiva», non della norma, bensì del precedente.

È proprio, difatti, quando l'*overruling* correttiva interessa una norma processuale, che l'atto compiuto dalla parte, in conformità con l'orientamento *overruled*, diviene irrituale. Orbene, allorquando le dinamiche innanzi esposte, sono riferite ad un mutamento giurisprudenziale connotato dal requisito della imprevedibilità e da un effetto preclusivo del diritto di azione e di difesa della parte che sulla stabilità del precedente abbia ragionevolmente fatto affidamento, in tal caso all'*overruling* può attribuirsi il carattere dell'eccezionalità, cui consegue il giudizio di incolpevole effetto preclusivo.

Con queste motivazioni la sentenza delle Sezioni Unite riempie il vuoto lasciato dalla sentenza n. 14627/2010, per ricongiungersi al portato di quest'ultima statuizione, riconoscendo che le garanzie del giusto processo enumerate nel secondo comma dell'art. 111 Cost., devono essere recepite nella loro sintesi qualitativa, nel senso del loro reciproco coordinamento e collegamento al diritto di azione e di difesa *ex art. 24 Cost.*

Se questo è il disposto della sentenza delle SS.UU. n. 15144/2011, con riferimento alla funzione dell'interpretazione giurisprudenziale rispetto alla norma, la stessa sentenza affronta il tema della sua efficacia temporale.

La Suprema Corte pone un parallelo tra la legge retroattiva e la giurisprudenza retroattiva, dalla cui analisi emerge che, al pari delle leggi retroattive, che devono rispettare il principio di ragionevolezza, anche il repentino mutamento giurisprudenziale, che muta un precedente reiterato nel tempo, non può frustrare l'affidamento ingenerato alla parte.

Per cui se è vero che la giurisprudenza, per il suo carattere dichiarativo è sempre retroattiva, è anche vero che la retroattività, rispetto all'esegesi delle regole processuali, deve essere temperata con l'affidamento che la parte ha riposto nel precedente pacifico e consolidato; affidamento tutelabile, pur sempre nei limiti di oggettiva conoscibilità in concreto dell'arresto nomofilattico.

Anche rispetto ai rimedi, per ovviare alla violazione del legittimo affidamento riposto dalla parte sull'interpretazione della regola del processo, operata dal consolidato precedente giurisprudenziale, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 15144/2011, opera un passo in avanti.

La Corte ha fissato un distinguo, generato dal bilanciamento dei valori in gioco, che deve essere operato, di volta in volta, cosicché, ad esempio, nel caso deciso con la sentenza n. 14627/2010, trattandosi dell'omesso rispetto della forma dell'impugnazione (proposto incolpevolmente nelle forme del rito penale, in luogo del rito civile, ma pur sempre nel rispetto dei termini), è stato consentito alla parte di riproporre l'impugnazione, mediante l'istituto della rimessione in termini.

Ove, invece, come nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite, nel quale il mutamento giurisprudenziale, pone un problema di preclusione processuale, per tardività dell'impugnazione, il valore del giusto processo può trovare attuazione solo mediante l'esclusa operatività della preclusione, nei confronti della parte pregiudicata.

Così attuando una irretroattività dell'*overruling* alla fattispecie indagata, in attuazione del principio di ragionevolezza e nel rispetto e tutela del legittimo affidamento.

È questo il rimedio del *prospective overruling* processuale, quale istituto di formazione giurisprudenziale, che la Suprema Corte, nella sentenza oggetto di disamina, ha individuato, al fine di attuare il principio costituzionale del giusto processo, ma che si rinverrà, con tale denominazione, nella giurisprudenza della Corte di legittimità, solo in successive pronunce²⁷³.

²⁷³ C. VIALE, *La "prospective overruling" nell'ottica della valorizzazione del precedente e delle garanzie del giusto processo (Commento a Cass. Civ., sez. lav., 27.12.2011, n. 28967)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, Vol. 28, Fasc. 5, pp. 414-417.

1.5 I presupposti dell'*overruling* processuale nell'evoluzione giurisprudenziale

Affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo, come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, ovvero affinché si possa parlare di «*prospective overruling*», o ancora, a seconda del caso, perché un orientamento giurisprudenziale, comunque, non generi in danno della parte che agisce o si difende in giudizio, una preclusione o una decadenza processuale, potendo, la parte pregiudicata avvalersi dell'istituto della rimessione in termini, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo dal pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte ad un ragionevole affidamento su di esso; che il «c.d. *overruling*» comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.

La giurisprudenza della Suprema Corte che, con la sentenza n. 15144 del 2011 aveva fissato i presupposti di applicazione dell'istituto, è andata nel tempo a specificarne, di volta in volta, i connotati.

a) Sul mutamento giurisprudenziale ed il ragionevole affidamento

Il mutamento giurisprudenziale, congiuntamente alla coesistenza degli altri presupposti, vale solo per il futuro «*prospective overruling*» ovvero, a seconda dei casi, consente la rimessione in termini, qualora questo abbia ad oggetto una norma processuale.

Una parte della dottrina ha reputato che il tenore della statuizione della SS.UU. n. 15144/2011, preannunciasse una maggiore estensione della sua applicazione, nel momento in cui l'iter argomentativo della sentenza, è apparso come introduttivo di un istituto di portata generale.

Tanto più si osserva che, il mutamento della giurisprudenza, non è un fenomeno peculiare della sola materia processuale, ma è un fenomeno comune a tutti gli ambiti del nostro ordinamento²⁷⁴.

²⁷⁴ E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling), come possibile paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4126 ss.

La Corte di Cassazione, ha ripetutamente e costantemente escluso che il «*prospective overruling*» possa essere esteso al mutamento giurisprudenziale su disposizioni di natura sostanziale²⁷⁵.

L'esclusione dell'istituto, nel caso di mutamento di norme sostanziali, afferma la Corte, non pregiudica alcun diritto fondamentale, per cui non giustifica l'estrema soluzione prospettata dalla giurisprudenza. Tuttavia, quest'ultima ritorna apparentemente applicabile ove il mutamento riguardi le norme procedurali, in particolare di cui alla legge n. 241 del 1990 che regolano il procedimento amministrativo: sebbene rientranti nella categoria delle norme sostanziali, esse possono generare le stesse preclusioni generate dall'«*overruling*» di cui sono protagoniste le norme processuali. In aggiunta, di recente, l'Adunanza Plenaria ha esteso il potere del giudice di modulare gli effetti delle pronunce anche rispetto all'interpretazione delle norme sostanziali laddove questo sia necessario per tutelare beni costituzionalmente protetti²⁷⁶.

Assodato che l'istituto del «*prospective overruling*», secondo la Suprema Corte, è applicabile, dunque, solo in caso di mutamento giurisprudenziale su norme processuali, la stessa Cassazione è andata affinando i contorni del citato presupposto di applicabilità, precisando con la sentenza SS.UU. del 12 febbraio 2019 n. 4135, che si configura l'*overruling* solo quando venga smentito un consolidato orientamento di legittimità, mentre l'istituto non è evocabile rispetto a pronunce dei giudici di merito, non suscettibili di assurgere al rango di diritto vivente e, dunque, inidonee ad indurre ad un legittimo affidamento.

La stessa sentenza delle Sezioni Unite ha precisato ulteriormente che l'affidamento qualificato in un consolidato indirizzo interpretativo di norme processuali, come tale meritevole di tutela con il «*prospective overruling*», è riconoscibile solo in presenza di stabili approdi interpretativi della Suprema Corte, eventualmente a Sezioni Unite, i quali soltanto assumono il valore di «*communis opinio*» tra gli operatori del diritto, se connotati dai caratteri di costanza e ripetizione.

La statuizione dei giudici di legittimità, nel ricondurre l'*overruling*, prevalentemente se non esclusivamente, alle pronunce delle Sezioni Unite, oltre che limitare l'ambito di

²⁷⁵ Sentenze che statuiscono in tal senso: Cass., II, 11 marzo 2013, n. 5962; Cass., I, 3 settembre 2013, n. 20172; Cass., 24 marzo 2014, n. 6862; Cass., II, 18 luglio 2016, n. 14634; Cass., I, 13 settembre 2018, n. 22345; Cass. SS.UU., 12 febbraio 2019, n. 4135; Cass, III, 13 gennaio 2020, n. 403.

²⁷⁶ Cons. St., Ad. Plen., sent. 22 dicembre 2017, n. 13.

applicazione dell'istituto, secondo regole maggiormente stringenti, in adesione all'orientamento attuale che muove verso una sua minore applicazione, si pone in linea con il dettato dell'art. 374 c.p.c., così come sostituito dall'art. 8 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ove al terzo comma recita che qualora la Sezione Semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

Ed ancora Corte di Cassazione SS.UU. n. 23675/2014 ha puntualizzato, ulteriormente, che l'*overruling* delle stesse Sezioni Unite in materia processuale, si giustifica solo quando l'interpretazione fornita dal precedente, risulti manifestazione arbitraria e pretestuosa e dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o ingiusti, atteso che l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra cittadini e di giustizia del processo.

Con ciò rafforzando ancor più la stabilità dei precedenti giurisprudenziali delle stesse Sezioni Unite della Corte di cassazione, la quale ha così fissato una rigorosa limitazione alla propria possibilità di operare una modifica interpretativa delle norme processuali.

La giurisprudenza di legittimità ha operato, nei termini anzidetti, una riduzione del perimetro della nozione di «mutamento giurisprudenziale».

Il ridimensionamento del «*prospective overruling*» è, altresì, auspicato da parte della dottrina²⁷⁷, scettica sull'idoneità del rimedio elaborato dalla giurisprudenza per garantire l'affidamento riposto su di un orientamento consolidato ed invece, maggiormente favorevole all'istituto della rimessione in termini, quale rimedio unitario da applicarsi ai rapporti pendenti, per salvaguardare ove possibile l'affidamento delle parti del processo²⁷⁸.

Tanto più che, distinguere le differenti tipologie di mutamento giurisprudenziale, per l'applicazione del rimedio del «*prospective overruling*» in luogo della remissione in

²⁷⁷ F. VIGLIONE, *L'overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in *Riv. Politica del diritto*, Bologna, 2014, p. 669 ss.

²⁷⁸ G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 6 ss., ove l'autore afferma che: «i tentativi per giustificare l'irretroattività del mutamento di giurisprudenza urtano contro l'ostacolo della mancanza di potere del giudice di incidere sul testo della legge. Un'interpretazione conforme alla garanzia costituzionale della predeterminazione delle regole di svolgimento del processo "art. 111 Cost." impone di limitare, automaticamente senza necessità di richiedere la rimessione in termini, l'impatto del mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione delle norme processuali ai giudizi instaurati successivamente alla pubblicazione dell'*overruling*».

termini e viceversa, appare un'operazione non priva di problematicità, allorquando, invece, la materia processuale, necessita di certezze ancor più del diritto sostanziale, in considerazione del carattere strumentale del processo, per cui deve essere limitato quanto più possibile il rischio che l'errore processuale possa pregiudicare la tutela del diritto sostanziale²⁷⁹.

Le preoccupazioni della dottrina si sono, altresì, indirizzate a criticare la tendenza della giurisprudenza di riconoscersi il potere di formare il «diritto vivente», come si legge in plurime sentenze, per il tramite dell'interpretazione, benché, come si osserva, questa non possa creare diritto²⁸⁰.

b) Sull'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale

Affinché un mutamento giurisprudenziale in materia processuale, non abbia efficacia retroattiva o in alternativa consenta la rimessione in termini, è necessario che contestualmente esso sia stato imprevedibile, in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo dal pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte ad un ragionevole affidamento²⁸¹.

Il carattere dell'imprevedibilità ha subito, nel tempo, maggiori specificazioni ad opera della giurisprudenza di legittimità.

Per imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale, la Suprema Corte ha chiarito²⁸² che la pronuncia non deve far seguito ad un contrasto di giurisprudenza, posto che, in tal caso, è da escludere la ricorrenza dei presupposti per il superamento della decadenza nella quale era incorsa la parte.

Né, soggiunge la Corte in altra sentenza²⁸³, l'*overruling* giurisprudenziale ricorre nel caso di prima interpretazione di una nuova norma (come tale, di per sé, insuscettibile di mutare un pregresso «diritto vivente»), così come difetta anche nel caso di progressivo affinamento dell'interpretazione già proposta, giacché nessun mutamento di indirizzo, tantomeno repentino e inatteso, è apprezzabile anche in questa ipotesi.

²⁷⁹F. BAUR, *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht*, in *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, 1963, p. 97 ss.

²⁸⁰D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'art. 101, comma 3 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, p. 88.

²⁸¹F. CAVALLA e C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipo di overruling. Cassazione civile, sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144*, in *Corriere Giuridico*, 2011, Vol. 28, Fasc. 10, pp. 1392-1409.

²⁸²Cass., lav., 17 maggio 2012, n. 7755.

²⁸³Cass., III, 8 agosto 2013, n. 18918.

Ad ancora precisa ulteriormente la Corte di Cassazione in successiva decisione²⁸⁴, qualora le Sezioni Unite compongano un contrasto sull'interpretazione di una norma processuale, optando per la conferma dell'orientamento prevalente, in applicazione del quale derivi, in danno di una parte, una decadenza o una preclusione che sarebbe invece esclusa alla stregua dell'orientamento minoritario, in tal caso non si configura un'ipotesi di *overruling*, avente il carattere dell'imprevedibilità e, di conseguenza, non costituisce presupposto per la rimessione in termini della parte che sia incorsa nella preclusione o nella decadenza.

La statuizione era stata presa dalla Suprema Corte in relazione all'individuazione della decorrenza del termine per la riassunzione del processo a seguito di evento interruttivo che abbia colpito la parte costituita a mezzo del procuratore.

In tutte le ipotesi passate in rassegna (contrasto giurisprudenziale, prima interpretazione di una nuova norma, progressivo affinamento di un'interpretazione già proposta, conferma dell'orientamento giurisprudenziale prevalente), la Corte di legittimità ha escluso che si possa configurare l'*overruling*, per cui la parte che in seguito all'orientamento giurisprudenziale della norma processuale, sia incorsa in preclusioni o decadenze, deve soggiacervi, non avendo strumenti per superarle.

La Corte di legittimità, non ha solo chiarito, quali siano i requisiti che l'*overruling* non deve avere perché possa essere configurato, ma ha anche indicato quali siano le peculiarità che consentano di riconoscerlo.

Le Sezioni Unite, con pronuncia del 12 ottobre 2012, n. 17402, ha puntualizzato, in relazione al carattere dell'imprevedibilità, che si è in presenza di *overruling*, allorquando il mutamento di giurisprudenza abbia un carattere, se non proprio repentino, quanto meno inatteso o, comunque, privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, quali possono essere quelli di un, sia pur larvato, dibattito dottrinale o di qualche significativo intervento giurisprudenziale sul tema.

La pronuncia delle SS.UU. è stata fortemente avversata dalla dottrina²⁸⁵, posto che escludere il carattere dell'imprevedibilità dalla preesistenza di «*un pur larvato dibattito dottrinale*», finirebbe per pretendere dagli operatori del diritto il dono della divinazione, rispetto ad una materia, che è quella processuale, che non solo è strumentale alla tutela

²⁸⁴ Cass., III, 30 maggio 2017, n. 13522.

²⁸⁵ C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato 'internet-addicted' e pure 'vegente' (Osservazione a Corte di Cass., 12 ottobre 2012, n.17402)*, in *Riv. Giurisprudenza costituzionale*, 2012, Vol. 57, Fasc. 4, pp. 3166-3174.

dei diritti sostanziali, ma che, per altri versi, espone i procuratori delle parti all'assunzione di una incolpevole responsabilità.

Per altri versi, in relazione al ragionevole affidamento, la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 15144/2011, allorquando ha espressamente affermato che: «*l'affidamento, ovviamente è tutelabile, non oltre il momento di oggettiva conoscibilità (da verificarsi in concreto) dell'arresto nomofilattico di esegesi correttiva*», ha lasciato aperti due quesiti.

Il primo è se l'atto processuale, affetto da decadenza o preclusione, possa essere stato formato anche dopo, che già sia intervenuto il mutamento giurisprudenziale.

Al primo quesito la risposta è certamente affermativa, posto che la pronuncia della Suprema Corte parla di oggettiva conoscibilità dell'arresto; il che può avvenire anche dopo che il mutamento giurisprudenziale sia stato pronunciato.

Il secondo quesito, che discende direttamente dalla soluzione affermativa del primo, è quanto tempo dopo che il mutamento di giurisprudenza sia stato emesso possa parlarsi di oggettiva conoscibilità.

Se le Sezioni Unite hanno fornito il generico parametro della «verifica del caso concreto», già prima la Seconda Sezione della Corte²⁸⁶ ha affermato che, decorsi due mesi dalla pronuncia innovativa, l'istanza di rimessione in termini, deve essere rigettata, perché l'orientamento era stato già divulgato da tempo attraverso la pubblicazione nel servizio novità del sito web della Corte di Cassazione.

È ipotizzabile che il lasso temporale dalla pubblicazione della sentenza modificatrice del pregresso pacifico orientamento giurisprudenziale, oltre il quale la pronuncia può dirsi oggettivamente conosciuta, sarà valutato dalla Corte di Cassazione con una tempistica sempre più breve e tanto in considerazione degli strumenti di consultazione della giurisprudenza, sempre più affidabili ed aggiornati, che consentono l'aggiornamento in tempi oggettivamente brevi, se non in tempo reale.

c) Sull'effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte

Perché si configuri l'*overruling* non è sufficiente, come detto, che ricorrano i presupposti innanzi indicati, nei termini ulteriormente precisati dalle sentenze della Suprema Corte, che progressivamente ne ha affinato i contorni, ma è, altresì indispensabile che l'imprevedibile mutamento della pregressa giurisprudenza sul quale la parte abbia fatto

²⁸⁶ Cass., II, 7 febbraio, 2011, n. 3030.

un ragionevole affidamento, abbia determinato un concreto effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte²⁸⁷.

Le SS.UU. con sentenza del 12 febbraio 2019 n. 4135, hanno precisato che il «*prospective overruling*» è invocabile solo laddove il sopravvenuto indirizzo giurisprudenziale di legittimità risulti penalizzante, rispetto ai poteri e facoltà già esercitati o esercitati dalla parte.

In altri termini l'*overruling* deve essere causa diretta ed esclusiva di un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte, ponendosi esso quale causa di sopravvenuta inammissibilità, improcedibilità, decadenze o preclusioni, in ragione della diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso, che abbia reso impossibile una decisione sul merito della pretesa azionata in giudizio²⁸⁸.

Ne consegue che il «*prospective overruling*» ovvero, in relazione al caso concreto, la rimessione in termini non possono dirsi applicabili, qualora il mutamento giurisprudenziale processuale non abbia determinato una effettiva preclusione, una decadenza, una inammissibilità o una improcedibilità, cosicché il rimedio è limitato ai soli casi di *overruling* in «*malam partem*»²⁸⁹.

Qualora, invece, il nuovo indirizzo giurisprudenziale incrementi le facoltà e i poteri processuali della parte è innegabile come difetti l'integrazione della lesione del legittimo affidamento, che solo giustifica la peculiare tutela derogatoria della ordinaria retroattività delle pronunce²⁹⁰.

1.6 Casistica

Di seguito alcune significative pronunce in tema di *overruling*, che hanno condotto a differenti soluzioni da parte della Suprema Corte.

²⁸⁷ M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, nota a sentenza Corte Cass., Sez. Un., 11 luglio, n. 15144, in *Riv. dir. proc.*, 2012, Vol. 67, Fasc.4, pp. 1078-1084.

²⁸⁸ Cass., SS. UU., 12 ottobre 2012, n. 17402.

²⁸⁹ Cass., SS.UU., 11 marzo 2013, n. 5962.

²⁹⁰ C. DE NICOLA, *Precedente e prospective overruling. il punto di equilibrio tra interpretazione creativa e affidamento della parte*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2019, p. 17.

Nel primo e secondo caso saranno esaminate due sentenze della Suprema Corte, ove ha ritenuto sussistere l'*overruling*, mentre nel terzo caso sarà esaminata una sentenza della Corte di legittimità, che ha escluso la sussistenza dell'*overruling*.

a) La nullità della notifica dell'atto di appello in copia unica

La Corte di Cassazione, Sezione III, con sentenza del 17 dicembre 2014, n. 26541, ha affermato la sussistenza di una ipotesi di *overruling*, nella fattispecie che segue:

La parte ricorrente in Cassazione, con il primo motivo aveva lamentato la violazione degli artt. 170 e 330 c.p.c., in combinato con gli artt. 333 e 343 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. premettendo che l'atto d'appello era stato notificato agli appellati mediante la consegna di un'unica copia dell'atto di gravame, presso il domicilio eletto e che gli appellanti, non si erano costituiti tempestivamente nel giudizio di secondo grado, ma avevano proposto, sebbene nei termini, appello autonomo.

I ricorrenti lamentano che la Corte con competenza territoriale abbia erroneamente affermato la ritualità dell'appello proposto in via autonoma, dagli appellati non costituitisi tempestivamente nel giudizio d'appello per primo instaurato, posto che la Corte d'Appello non avrebbe tenuto conto della statuizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 29290 del 2008, che ha sancito la validità della notifica di un'unica copia dell'atto d'impugnazione al procuratore costituito, per più parti e che, essendo tale pronuncia nota al momento della decisione impugnata (pubblicata in data 5 aprile 2010), ben avrebbe potuto la Corte d'Appello dichiarare la piena efficacia della notifica dell'atto d'appello e conseguentemente dichiarare l'obbligo per gli appellati di costituirsi tempestivamente, al fine di proporre appello incidentale e conseguentemente dichiarare inammissibile l'appello autonomo da questi proposto.

La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso proposto, in applicazione del «*prospective overruling*».

Ha osservato la Corte di legittimità che quando (nel 2006) gli appellati ebbero a ricevere la notifica dell'atto d'appello in unica copia presso il procuratore costituito, l'orientamento consolidato della Corte di legittimità si fondava sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 9859 del 10 ottobre 1997, secondo cui «*la notificazione dell'atto di impugnazione a più parti presso un unico procuratore, eseguita mediante la consegna di una sola copia e di un numero di copie inferiori rispetto alle parti cui l'atto è destinato, non è inesistente, ma nulla*».

Gli appellati, che avevano ricevuto la notifica dell'atto di appello con unica copia, presso il procuratore costituito, avevano fatto affidamento sulla consolidata giurisprudenza della Suprema Corte e, dunque, sul diritto vivente dell'epoca e si erano comportati secondo quanto lo stesso prescriveva, omettendo la costituzione nel giudizio d'appello, introdotto con notificazione nulla, invece, provvedendo ad introdurre, nei termini, un appello autonomo.

Ne è rilevante, l'assunto del ricorrente, secondo il quale la Corte competente in ambito territoriale all'atto della decisione, era ben a conoscenza del mutato orientamento delle Sezioni Unite, nel frattempo intervenuto nel 2008, posto che ciò che rileva è decidere se la condotta processuale oggetto di disamina (risalente al 2006 e, dunque, prima del mutamento giurisprudenziale), fosse conforme al diritto vivente alla data in cui è stata adottata.

Sul punto la Corte di Cassazione ha espressamente osservato: *«il mutamento della propria precedente interpretazione della norma processuale da parte del giudice della nomofilachia, il quale porti a ritenere esistente, in danno di una parte del giudizio, una decadenza od una preclusione prima escluse, opera - laddove il significato che essa esibisce non trovi origine nelle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale - come interpretazione correttiva che si salda alla relativa disposizione di legge processuale "ora per allora", nel senso di rendere irrituale l'atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte in base all'orientamento precedente».*

Se da una parte la Corte prende atto del precetto Costituzionale ex art. 101 Cost., che impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, dall'altra osserva che, ove l'*overruling* si connoti del carattere dell'imprevedibilità, si giustifica una scissione tra il comportamento processuale della parte risultante, solo *ex post* non conforme alla corretta regola del processo e l'effetto di preclusione o di decadenza, che ne deriva, con la conseguenza in considerazione del costituzionalizzato principio del giusto processo ex art. 111 Cost., deve recisamente escludersi l'operatività della preclusione derivante dall'*overruling*, nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione delle norma processuale.

In tale fattispecie la Corte di Cassazione ha, dunque, riconosciuto la sussistenza dell'*overruling* ed utilizzato come rimedio sanante il *«prospective overruling»*, dunque, applicando al giudizio in esame l'interpretazione della norma discendente

dall'orientamento giurisprudenziale precedente ed attribuendo al mutamento giurisprudenziale effetti solo *pro futuro*.

La Corte ha poi espressamente escluso che nella fattispecie in esame potesse trovare applicazione il rimedio della rimessione in termini, posto che la parte pregiudicata dal mutamento giurisprudenziale aveva, comunque, proposto nei termini appello autonomo.

b) Il riparto dell'onere probatorio

La Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con sentenza del 19 gennaio 2016, n. 819, ha ravvisato la sussistenza dell'*overruling* nel giudizio sottoposto al suo esame.

Il ricorrente aveva dedotto la violazione e falsa applicazione di legge, con riferimento agli artt. 416, 421 e 437 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.

Il ricorrente, ovvero il lavoratore, aveva premesso che la Corte d'Appello, pur dichiarando illegittimo il licenziamento impugnato, aveva escluso la reintegrazione nel posto di lavoro, in virtù dei limiti dimensionali dell'azienda risultanti, dai documenti acquisiti agli atti d'ufficio, *ex art. 421*, secondo comma, c.p.c.

Ricorreva, pertanto, innanzi alla Corte di Cassazione, posto che il datore di lavoro, convenuto in giudizio, si era costituito tardivamente con conseguente inammissibile produzione documentale tra cui il libro paga e matricola necessari per la dimostrazione del requisito dimensionale e che la decadenza non poteva essere sanata, come, invece, era avvenuto con l'invocazione dell'art. 421 c.p.c.

Per l'effetto il ricorrente aveva chiesto la riforma della sentenza della Corte d'Appello, che aveva rigettato la domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, sulla scorta della documentazione acquisita agli atti *ex art. 421 c.p.c.*, comprovante il limite dimensionale dell'azienda.

La Suprema Corte ha rilevato la congruità della motivazione offerta dalla Corte d'Appello, per giustificare l'ammissione dei documenti *ex art. 421 c.p.c.*, perché motivata sul mutamento giurisprudenziale intervenuto in tema di onere della prova riguardo al requisito numerico richiesto ai fini della tutela reale.

I giudici d'appello avevano evidenziato, infatti, che al momento della proposizione del ricorso (nel 2004) l'orientamento giurisprudenziale dominante in ordine alla ripartizione dell'onere della prova, affermava il principio che esso dovesse essere a carico del lavoratore e che solo a seguito della sentenza SS.UU. n. 141/2006 si pervenne a un mutamento di indirizzo.

In ragione dell'inversione dell'orientamento giurisprudenziale, a fronte di un indirizzo contrario consolidato, il giudizio di utilizzabilità della documentazione depositata tardivamente dal datore di lavoro, della quale la Corte d'Appello ha riconosciuto l'indispensabilità ai fini della decisione, risulta conforme ai principi enunciati dalla Suprema Corte in tema di *overruling*.

Conseguentemente, in virtù dell'orientamento giurisprudenziale anteriore alla pronuncia SS.UU., n. 141/2006, in tema di ripartizione dell'onere della prova, trova giustificazione il potere officioso del giudice consistente nell'ammissione della documentazione, prodotta tardivamente dal datore di lavoro, costituitosi tardivamente.

c) Il frazionamento della domanda giudiziale

Il tema è stato affrontato dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 17 gennaio 2017 n. 929.

La fattispecie nasce da un'azione di risarcimento danni per illecito civile da incidente stradale, ove il danneggiato aveva ricevuto sia danni alle cose che alla persona.

La domanda era stata, però, proposta, quanto ai danni al motoveicolo, innanzi al Giudice di Pace e quanto ai danni alla persona, con separato giudizio innanzi al Tribunale competente per valore.

La Corte d'Appello, alla quale era pervenuta l'impugnazione della sentenza resa dal Tribunale, avente ad oggetto, come detto, i danni alla persona, aveva confermato la decisione di prime cure che aveva dichiarato improponibile la domanda risarcitoria per abusivo frazionamento del credito.

Il ricorrente ha impugnato la decisione della Corte d'Appello, innanzi alla Suprema Corte, lamentando il mutamento giurisprudenziale operato dalla Corte di Cassazione con sentenza del 15 novembre del 2007 n. 23726 e che non poteva essere pregiudicato il suo ragionevole affidamento per aver riposto incolpevole fiducia sul previgente orientamento giurisprudenziale, postosi in contrasto con l'attuale indirizzo in tema di parcellizzazione del credito, per violazione del principio di effettività del diritto di difesa ex art. 24 Cost., nonché del principio del giusto processo ex art. 111 Cost, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma primo, n. 3.

Il ricorrente osservava che i due distinti processi, promossi rispettivamente, il primo innanzi al Giudice di Pace, con atto di citazione notificato in data 10.6.1999 ed il secondo innanzi al Tribunale, con atto di citazione notificato in data 30.5.2002, erano stati

introdotti con domande separate, così come dichiaratamente consentito con sentenza della Corte di legittimità del 10 aprile 2000 n. 108.

La successiva pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite del 15 novembre del 2007 n. 23726, non poteva incidere, dunque, sulla regola processuale definita dal primo arresto della SS.UU. del 10 aprile 2000 n. 108 e, dunque, non poteva giustificare la declaratoria di improponibilità di frazionamento dei giudizi, così come pronunciata dalla Corte d'Appello.

La Suprema Corte ha negato nella fattispecie in esame che il mutamento giurisprudenziale, possa consentire il rimedio del «*prospective overruling*», sulla circostanza che, nella fattispecie, l'esercizio dell'azione in giudizio, con la proposizione della seconda domanda scaturente dal medesimo illecito come condotta integrante un abuso del diritto ad agire, ha ad oggetto l'interesse sostanziale sotteso alla tutela giurisdizionale, cosicché l'improponibilità della seconda domanda non ha un effetto preclusivo interno allo stesso processo.

L'*overruling* determinato dalla sentenza delle SS.UU. n. 23726 del 2007 investe l'esistenza del diritto sostanziale ed, invece, non ha ad oggetto l'interpretazione delle norme processuali che comminano preclusioni o decadenze.

Per i suddetti motivi la Corte di legittimità ha ritenuto che la questione sottoposta al suo esame, si colloca al di fuori delle condizioni individuate dalla SS.UU. n. 15144 del 2011, non ricorrendo un *overruling* sulla norma processuale.

Per mera completezza di disamina della statuizione, si osserva che la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto dal danneggiato, per il differente ed ulteriore motivo legato alla peculiarità della fattispecie, ove le diverse azioni giudiziarie erano state proposte frazionate, in quanto la domanda di risarcimento del danno alla persona, era stata introdotto in data ben successiva alla pregressa domanda di risarcimento del danno alle cose, in esito alle indagini svolte nel procedimento penale instaurato in seguito al decesso del trasportato sul veicolo coinvolto nell'incidente.

La definizione del processo penale con patteggiamento *ex art. 444 c.p.p.* aveva determinato il venir meno dell'obbligo del giudice penale di pronunciarsi sulle domande civili, con la conseguenza che il frazionamento delle domande non era stato motivato da una preordinata scelta di abusare del diritto al processo, bensì si rendeva all'evidenza di un percorso obbligato, in assenza di alternative processuali, stante il carattere necessitato

della riproposizione dell'azione risarcitoria in sede civile, imposto dalla disposizione dell'art. 444, comma 2, c.p.p.

2. Il frazionamento del credito

2.1 Premessa

Il creditore che chieda l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, con plurime e frazionate domande giudiziali, invece che con un'unica azione innanzi ad un solo giudice competente a conoscere dell'intero credito, opera quello che è detto il «frazionamento del credito».

Sull'ammissibilità di tale condotta processuale, vi è stato un alternarsi di sentenze di segno opposto della Suprema Corte, a cui sono succedute due pronunce delle Sezioni Unite, anch'esse in antitesi tra loro, fino ad arrivare ad arresti confermativi dell'inammissibilità del frazionamento del credito, in nome di un rinnovato principio di correttezza e buona fede e del divieto di abuso del processo, radicato, a sua volta, nel principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost²⁹¹.

La giurisprudenza di legittimità, nel sostenere l'inammissibilità della condotta processuale del frazionamento del credito, ricorrendo, oltre che al principio di correttezza e buona fede, anche al divieto dell'abuso del processo, lo ha, come detto, inquadrato come inosservanza del canone costituzionale del giusto processo, generando, sul punto, un ampio dibattito negli ambienti accademici critici rispetto all'orientamento giurisprudenziale di legittimità, che aveva collocato l'abuso del processo²⁹² nel più ampio principio del giusto processo.

²⁹¹ C. CONSOLO, *Una strategia per l'efficienza giurisdizionale come base del «giusto processo» civile anche collettivo*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2004, p. 655; S. CHIARLONI e N. TROCKER, *Il giusto processo*, Atti del Convegno dell'Accademia Naz. Dei Lincei del 2002, Roma, 2003, ed *ivi*, in particolare le relazioni di L. P. COMOGLIO, E. FAZZALARI, G. TARZIA e A. PROTO PISANI; COSTANTINO, *Tutela dei diritti e regole del processo*, *ivi*, 2017, 6, p. 1418.

²⁹² Sull'abuso del processo, v. A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 787; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in AA. VV., Padova, 1998, p. 435; M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'azione giudiziaria*, Milano, 2004; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2016, p. 23.

2.2 La sentenza Cass., SS.UU., n. 108/2000

La giurisprudenza di legittimità si è più volte interrogata sulla meritevolezza della tutela di siffatta condotta, risolvendo la questione in modo difforme, così, aprendo un contrasto in seno alla Corte di Cassazione, risolto con un primo arresto delle Sezioni Unite del 10 aprile 2000 n.108, cui è seguito un ampio dibattito dottrinale²⁹³.

Le prime pronunce della Corte di Cassazione²⁹⁴ avevano affermato l'illegittimità del frazionamento del credito, perché il comportamento del creditore era stato valutato dalla Corte come lesivo della clausola generale di buona fede e di correttezza *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., attuativo di un abuso del diritto in danno del debitore senza che d'altra parte il frazionamento operato dal creditore fosse giustificato da un interesse meritevole di tutela. Un secondo indirizzo giurisprudenziale di legittimità²⁹⁵, al contrario, aveva ritenuto pienamente legittimo il comportamento in coerenza con la facoltà riconosciuta al creditore di chiedere un adempimento parziale, ai sensi dall'art. 1181 c.c., rispetto al quale al debitore, che vuole ovviare all'aggravio di spese è consentito offrire il pagamento integrale, previa messa in mora del creditore o chiedere l'accertamento negativo di esso. Come detto, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 108 del 2010, sono intervenute a dirimere i citati contrasti tra le statuizioni emanate dalle Sezioni Semplici, con pronunce antitetiche, privilegiando il secondo orientamento, cioè quello che aveva ravvisato la piena legittimità della condotta del creditore che agisce frazionando il credito.

La Corte *in primis* ha dedotto che la tesi dell'inammissibilità delle domande frazionate, non è confortata da alcuna espressa disposizione, né supportata da un principio generale, ma, al contrario, l'analisi delle norme invocabili conduce ad una statuizione di segno opposto.

L'art. 1181 c.c., difatti, che consente al creditore di rifiutare l'adempimento parziale, allo stesso modo legittima lo stesso creditore a richiedere giudizialmente il parziale adempimento.

²⁹³ R. MARENGO, *Tra «res iudicata» e «bona fides»: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel «quantum» della domanda di condanna pecuniaria*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1618 ss.; A. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale «frazionata» in più processi?*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1143 ss.; T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, «exceptio litis dividuae» e domanda frazionata, in L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Milano, 2006, p. 251 ss.

²⁹⁴Cass., II, 8 agosto 1997, n. 6900; Cass., II, 8 agosto 1997, n. 7400; Cass., III, 14 novembre 1997, n. 11271.

²⁹⁵ Cass., I, 15 aprile 1998, n. 3814; Cass., I, 19 ottobre 1998, n. 10326; Cass., II, 5 novembre 1998, n. 11114; Cass., III, 9 novembre 1998, n. 11265.

Né l'art. 1453 c.c., che offre al creditore di scegliere tra risoluzione ed adempimento, non esclude che questi possa chiedere un adempimento parziale.

Ed ancora gli artt. 277 e 278 c.p.c., consentono di limitare la pronuncia ad una sola parte delle domande proposte o la condanna del debitore ad una parte dell'importo dovuto a titolo di provvisionale.

Né ancora la tesi dell'inammissibilità del frazionamento del credito è suffragata dal principio di correttezza e buona fede, in quanto la prima violazione di tale principio è stata compiuta dal debitore che è rimasto inadempiente.

In conclusione la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza del 10 aprile 2000 n. 108 si è pronunciata in favore dell'ammissibilità della domanda giudiziale con la quale il creditore di una determinata somma, derivante dall'inadempimento di un unico rapporto, chieda un adempimento parziale, con riserva di azione per il residuo, trattandosi di *«un potere non negato dall'ordinamento e rispondente ad un interesse del creditore, meritevole di tutela, e che non sacrifica, in alcun modo, il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni»*.

2.3 La sentenza Cass. SS.UU. n. 23726/2007

Con la sentenza, resa a Sezioni Unite, del 15 novembre 2007, n. 23726, la Suprema Corte, ha ribaltato il proprio precedente orientamento, che ammetteva la parcellizzazione in plurime e distinte domande dell'azione giudiziaria per l'adempimento di una obbligazione pecuniaria, con riserva di azione per il residuo, così sollecitando ulteriormente le analisi e gli approfondimenti del mondo accademico²⁹⁶.

La Corte non ha *tout court* disconosciuto la fondatezza della statuizione in precedenza assunta dalla Sezioni Unite, ma ha dapprima preso atto che, a distanza di tempo, si è assistito ad un rinnovata valorizzazione del principio di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e, soprattutto, ha avvalorato il rilievo conferito al canone del giusto processo, dal novellato art. 111 Cost.

²⁹⁶ M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 335 ss.; T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 350; A. FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 458 ss.; R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile? in Foro it.*, 2008, I, pp. 1519-1524.

Le Sezioni Unite, con la sentenza 23726/2007, non hanno, dunque, affermato l'erroneità della pronuncia adottata dalla Corte con la sentenza n. 108/2000, ma assunto a fondamento del *revirement* il diverso apprezzamento che la stessa giurisprudenza di legittimità, nel frattempo, aveva attribuito al principio del dovere di correttezza e buona fede ed al principio del giusto processo, da cui discende e si impone una lettura adeguata dell'art. 88 c.p.c., quale normativa processuale di riferimento.

Per questa via la Suprema Corte ha diversamente apprezzato, non solo il diritto del creditore, ma anche gli obblighi del debitore, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi, cosicché è indubbio che la parcellizzazione giudiziale dell'adempimento del credito, incide, in senso pregiudizievole sulla posizione del debitore.

Il debitore, difatti, in seguito al frazionamento del credito operato dal creditore, si troverebbe inevitabilmente innanzi ad un prolungamento del vincolo coattivo, oltre che di fronte ad un ineludibile aggravamento di spese, discendenti dalla moltiplicazione delle iniziative giudiziarie.

Né è convincente la tesi secondo la quale il debitore per evitare il frazionamento ha facoltà di mettere in mora il creditore, posto che ben potrebbe il debitore ritenere di non essere tale.

La condotta moltiplicativa delle azioni giudiziarie, in tal guisa, contraddice i principi del giusto processo, non solo nell'ottica dell'abuso del processo, ma anche con riferimento alla circostanza obbiettiva discendente dalla pluralità delle iniziative giudiziarie, che inevitabilmente confliggono con l'ulteriore garanzia della ragionevole durata del processo, consacrata nell'art. 111 Cost.

I motivi addotti hanno portato la Corte all'enunciazione del seguente principio: «*è contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario*».

Se da una parte la sentenza n. 108/2000 aveva ravvisato nell'ordinamento i dati normativi idonei a statuire in favore della legittimità del frazionamento, nonché aveva individuato nell'inadempimento del debitore la prioritaria violazione del dovere di correttezza e buona fede, dall'altra la sentenza n. 23726/2007, rifuggendo dall'indagine delle singole

fattispecie applicative del frazionamento dell'obbligazione, ha adeguato la portata dell'art. 88 c.p.c., rileggendo in un quadro normativo evoluto il principio costituzionale del dovere di correttezza e buona fede. La sentenza ha affermato, nell'ottica dell'integrità del bilanciamento tra le parti del rapporto obbligatorio, l'esigenza di attuazione del principio del giusto processo, sia con riferimento al divieto di abuso del processo, che in adesione alla garanzia della ragionevole durata del processo.

2.4 La sentenza Cass. SS.UU. n. 4090/2017

Le Sezioni Unite, più di recente, con la sentenza n. 4090/2017 sono tornate sulla problematica in esame e, nel confermare il precedente del 2007 riferito al singolo credito e non a una pluralità di crediti facenti capo a un unico rapporto complesso, hanno ulteriormente precisato che le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi.

La Corte ha statuito, però, che ove, le suddette pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, si da non poter essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda processuale, le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Qualora la necessità di siffatto interesse e la relativa mancanza, non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione *ex art. 183 c.p.c.*, riservando, se del caso, la decisione con termine alle parti per il deposito di memorie *ex art. 101, comma 2, c.p.c.*²⁹⁷

²⁹⁷ Conformi Cass., II, n. 20714/2018, che ha ritenuto insussistente l'oggettivo interesse al frazionamento in relazione all'instaurazione di cinquantotto procedimenti per ingiunzione per ottenere il pagamento di una pluralità di crediti relativi alle spese di custodia di veicoli affidati ad una carrozzeria dalle autorità di pubblica sicurezza; Cass., II, n. 17893/2018, che ha ritenuto configurabile l'illegittimo frazionamento del credito in una fattispecie in cui un perito aveva svolto, per conto di una compagnia di assicurazioni, un'attività continuativa per molti anni con le medesime modalità e con regolamentazione uniforme, essendo la remunerazione per il singolo incarico collegata unicamente al numero dei sinistri periziati, con accettazione delle parcelle mediante il sistema informatico della compagnia, indipendentemente dal contenuto concreto della prestazione; Cass., II, n. 3738/2018; Cass., III, n. 6591/2019; Cass., VI, n. 337/2020.

La violazione del divieto di promuovere separati giudizi per domandare il riconoscimento di differenti pretese creditorie derivanti da un unitario rapporto contrattuale ha per conseguenza, secondo la tesi oramai prevalente²⁹⁸, l'inammissibilità della sola domanda di pagamento proposta per seconda, mentre è sempre ammissibile la domanda di pagamento proposta per prima, anche se abbia ad oggetto una parte soltanto del credito vantato dall'istante, in quanto è sempre facoltà del creditore chiedere l'adempimento parziale dell'obbligazione²⁹⁹.

Risulta, invece, superata la diversa tesi, pur sostenuta in alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, secondo cui il rimedio agli effetti distorsivi del fenomeno della fittizia proliferazione delle cause autonomamente introdotte sarebbe da ravvisare nella riunione delle medesime³⁰⁰ o nella liquidazione delle spese di lite, da effettuarsi come se il procedimento fosse stato unico fin dall'origine³⁰¹.

2.5 Le critiche della dottrina

Sul punto enunciato dalla Cassazione ed in particolare sull'affermazione che il principio del giusto processo *ex art. 111 Cost.*, sia fondante il divieto di abuso del processo, la dottrina³⁰² ha assunto una posizione critica.

La giurisprudenza di legittimità, nel definire la nozione di «abuso del processo», come esercizio dell'azione conforme alla legge, benché eccedente o deviato rispetto alla tutela del diritto sostanziale, mescola inscindibilmente l'azione al diritto.

Nel mentre, invece, la dottrina maggioritaria ha da sempre affermato che il processo è autonomo rispetto al diritto, benché ad esso strumentale.

All'autonomia del processo, dovrebbe coniugarsi l'indispensabile prevedibilità della norma processuale, che è certezza del diritto, cosicché il divieto di abuso del processo,

²⁹⁸ A.F. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, p. 121; A. FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007, p. 45; C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015, p. 240; C. CARIGLIA, *L'infrazionabilità del credito tra limiti oggettivi del giudicato e divieto di abuso del processo*, in *Giur. it.*, 2016, p. 371 ss.;

²⁹⁹ A conferma di quanto espresso si menzionano le sentenze della Cass., SS.UU., n.17019/2018, Cass., VI, n. 22503/2016.

³⁰⁰ Cass., III, n. 9488/14.

³⁰¹ Cass., VI, n.8381/2015; Cass., I, n.10488/2011.

³⁰² A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo, cit.*, p. 23 ss.

visto come espressione del giusto processo, autorizza una creatività giurisprudenziale, che rischia di comprometterne la forma.

Di talché lo stesso termine «abuso del processo» appare generico e meramente asservito all'affermazione della tesi giurisprudenziale.

È stato osservato³⁰³ che l'abuso del processo dovrebbe ricondursi al concetto di discrezionalità nell'azione e, dunque, alla manifestazione di una precisa volontà, invece, secondo l'orientamento giurisprudenziale di legittimità, l'inammissibilità del frazionamento del credito, discende dall'oggettiva parcellizzazione in plurime domande, di un credito unitario, prescindendo dallo stato soggettivo dell'agente.

Tanto più che la discrezionalità nella condotta processuale non è prerogativa del solo creditore, ma anche del debitore, il quale può porre in essere tutte quelle attività atte a neutralizzare ogni iniziativa del creditore, successive alla prima (si pensi, ad esempio al debitore che anticipi l'azione del creditore, con domanda di accertamento negativo del credito ulteriore).

Anche per ciò che riguarda le sanzioni, si osserva che, se da una parte la giurisprudenza di legittimità propende per la declaratoria di inammissibilità della domanda frazionata da cui discenderebbe la riproponibilità stante la pronuncia in rito, non può tacersi che non sono mancate pronunce di improponibilità, le quali, alludendo ad una statuizione nel merito escludono la riproponibilità della domanda, con definitiva preclusione dell'azione³⁰⁴.

A ben vedere, però, anche la pronuncia in rito dell'inammissibilità, di fatto, pregiudica irrimediabilmente l'azione, posto che l'azione frazionata successiva alla prima gravata in rito da inammissibilità precluderà sempre ogni azione successiva, non perché improponibile per l'intervenuto giudicato nel merito, ma perché pur sempre e comunque successiva e, dunque, inammissibile in rito.

Dall'analisi condotta dalla dottrina, si evince, a ragione, che non è, dunque, ravvisabile un'unica forma di abuso, perché diverse sono le modalità con cui esso si attua, differenti sono i soggetti agenti, come non univoche sono le sanzioni.

³⁰³ M. TARUFFO, *Atti del XXVIII convegno della associazione italiana fra gli studiosi del processo civile: L'abuso del processo*, Bologna, 2012, p. 44.

³⁰⁴ C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015, p. 54 ss.

Tanto che in dottrina³⁰⁵ si è parlato non di abuso del processo, ma di abusi processuali, con ciò intendendo le differenti forme di abuso, che, invero, hanno già una tutela rimediabile nelle norme codicistiche, regolatrici le spese nel processo.

L'orientamento giurisprudenziale di legittimità rischia di contaminare la certezza del processo, secondo regole morali o moralizzatrici, che come tali non sono ancorate al carattere dell'oggettività, così scalfendo, se non addirittura travolgendo la necessaria preordinazione della regola processuale alla lite.

Per il tramite dell'orientamento soggettivo del giudice, si riscrive, anzi si utilizza l'art. 88 c.p.c. ed il suo richiamo ai doveri di lealtà e probità, per introdurre nel processo principi sostanziali di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., così lasciando aperto il dubbio (che, invero, sembra certezza), che ad una norma dal tenore meramente ammonitorio, la cui violazione sarebbe sanzionabile con la mera disciplina delle spese, si intenda attribuire ben altro valore posto che dalla sua violazione discende per il tramite dell'inammissibilità o dell'improponibilità addirittura la perdita del diritto (circostanza, che la norma, non solo non prevede, ma a cui neanche allude).

Nel mondo accademico, dunque, all'indomani della statuizione della Suprema Corte sull'inammissibilità della frazionabilità del credito si è levato un coro perplesso sulle motivazioni addotte dalla giurisprudenza di legittimità affermando con forza la necessità di richiamare l'attenzione sull'indispensabile prevedibilità delle regole del processo, che la stessa Corte ha ritenuto essere imprescindibile³⁰⁶.

Certo non può negarsi che un processo troppo rigido nella forma sia, a sua volta, pericoloso³⁰⁷, perché rischia di non assolvere alla sua funzione strumentale di tutela del diritto sostanziale, mentre il rinvenimento di soluzioni intermedie lascerebbe spazio all'attuazione di un processo contemporaneamente sia prevedibile e certo nelle sue regole ed allo stesso tempo garante della buona fede processuale.

³⁰⁵ C. CONSOLO, *Atti del XXVIII convegno della associazione italiana fra gli studiosi del processo civile: L'abuso del processo*, Bologna, 2012, pp. 260-266.

³⁰⁶ Cass., SS.UU., 6 novembre 2014, n. 23675.

³⁰⁷ P. CALAMANDREI, *Un caso tipico di malafede processuale*, Padova, 1941, ora in *Opere giuridiche*, Roma, 2019 I, p. 479.

2.6 Le sanzioni per violazione della deontologia

Il Consiglio Nazionale Forense, su ricorso presentato avverso il provvedimento del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Milano, che aveva inflitto la sanzione disciplinare della censura a due avvocati, ha emesso la sentenza n. 244/2015 del 30 dicembre 2015.

Il legale rapp.te di una società aveva lamentato che i suddetti avvocati avevano promosso distinti procedimenti monitori per crediti già scaduti con illegittimo frazionamento del credito e con particolare e non giustificato accanimento anche nella fase esecutiva con il ricorso contestuale a più mezzi di esecuzione, ivi compreso il pignoramento, con asporto immediato, di una autovettura portata, poi, addirittura in casa di uno degli avvocati.

Gli avvocati, destinatari del provvedimento disciplinare, si erano difesi deducendo che in realtà i crediti delle parti assistite dovevano ritenersi distinti perché derivanti da diversi rapporti di sub-appalto ovvero di sub-fornitura, che v'era urgenza di recuperare le somme dovute, il cui ammontare rappresentava cospicua parte del fatturato annuo della società creditrice e che, in definitiva, le azioni promosse non potevano ritenersi onerose essendo esiguo l'incremento delle spese giudiziali.

Il Consiglio Nazionale Forense ha rigettato il ricorso, rilevando che, invero, i procedimenti monitori erano stati promossi in date ravvicinate ovvero tutti addirittura nella stessa data, nei confronti della stessa controparte, per crediti già scaduti, con ciò aggravandone la situazione debitoria.

Ciò in violazione degli artt. 5 (doveri di probità, dignità e decoro), 6 (doveri di lealtà e correttezza) e 49 (pluralità di azioni nei confronti della controparte) del Codice Deontologico Forense «*ratione temporis*» vigente, ed oggi trasfusi negli artt. 9³⁰⁸, 19³⁰⁹ e 66³¹⁰ del nuovo CDF, il quale conferma, per la violazione del suddetto divieto di pluralità di azioni la sanzione disciplinare della censura.

³⁰⁸ Art. 9 CDF recita: «L'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza. L'avvocato, anche al di fuori dell'attività professionale, deve osservare i doveri di probità, dignità e decoro, nella salvaguardia della propria reputazione e della immagine della professione forense.»

³⁰⁹ Art. 19 CDF sancisce: «L'avvocato deve mantenere nei confronti dei colleghi e delle Istituzioni forensi un comportamento ispirato a correttezza e lealtà.»

³¹⁰ Art. 49 CDF: «L'avvocato non deve aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte, quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita. La violazione del dovere di cui al precedente comma comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura»

Pure infondato è stato ritenuto il secondo motivo di ricorso centrato sull'asserita assenza di aggravio di spese, posto che da accertamento eseguito, proprio tale aggravio, invece, conferma l'esistenza del presupposto della onerosità.

E ciò senza dire che la violazione dell'art. 49 CDF è ugualmente integrata quando l'aggravio della controparte derivi da onerose ovvero plurime iniziative giudiziali senza che vi siano ragioni effettive di tutela della parte assistita³¹¹.

Né rilevante è apparsa al Consiglio la circostanza che le fatture prodotte ai fini della tutela monitoria afferiscano a prestazioni asseritamente diverse, data l'unicità nella sostanza dei rapporti obbligatori facenti capo alle medesime parti e data la effettiva possibilità non esclusa da alcuna norma della proposizione di un'unica azione.

Per tale motivo il Consiglio Nazionale Forense ha ribadito la sanzione disciplinare della censura a carico degli avvocati, che nell'esercizio della loro professione, si erano resi partecipi dell'illegittimo frazionamento del credito.

Si aggiunga, poi, che in presenza da una parte delle pronunce della Suprema Corte e Sezioni Unite, nonché dell'orientamento assunto dal Consiglio Nazionale Forense, allo stato, i giudici designati alla trattazione di domande con evidenza frazionate, provvedono ad eseguire essi stessi la segnalazione ai rispettivi Consigli dell'Ordine di appartenenza, dell'avvocato procuratore della parte creditrice, che abbia illegittimamente frazionato il credito.

Anche sul punto si è interrogata la dottrina³¹² ed in particolare si è domandata se la sanzione debba essere rivolta all'atto o al comportamento.

In altri termini se la domanda frazionata debba essere sanzionata o debba essere sanzionato anche l'attività professionale di colui il quale la promuove e se, in tal caso essa sia riconducibile alla parte rappresentata in giudizio o al suo difensore, così da ravvisare adeguate ragioni che giustificherebbero la previsione di responsabilità dell'avvocato.

Allo stato può affermarsi che l'orientamento prevalente è quello di sanzionare l'atto con l'inammissibilità ed il professionista, con sanzione disciplinare irrogata dal Consiglio dell'Ordine di appartenenza.

³¹¹ A. DONDI, *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti d'interesse e abuso del processo civile*, in "Studi Colesanti", Napoli, 2009, p. 544; A. GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, in «Studi Acone», Napoli, 2010, I, p. 671; M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giust. proc. civ.*, 2009, p. 1018.

³¹² A. DONDI e A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 193 ss.;

2.7 Casistica

La giurisprudenza della Suprema Corte in tema di frazionamento del credito, in taluni casi ha escluso la sussistenza dei presupposti per la sua configurazione ed in altri ha, invece, ravvisato la coesistenza di tutti gli elementi caratterizzanti l'illegittima proposizione di domande plurime facenti capo ad un unico rapporto complesso.

a) In tema di plurime obbligazioni pecuniarie relative al medesimo rapporto contrattuale di durata

Il fatto è riferito ad un'impiegata amministrativa, che aveva lavorato alle dipendenze di uno studio commercialistico, in un primo tempo senza regolarizzazione e successivamente come impiegata di 3° livello, con contratto di apprendistato part-time.

In seguito al licenziamento, eseguito senza preavviso, l'impiegata chiese ed ottenne decreto ingiuntivo dal Tribunale di Torino, per il pagamento di differenze retributive maturate nel periodo regolarizzato.

Con separato giudizio agiva per sentire accertare il rapporto di lavoro subordinato per il periodo "in nero", nonché sentire dichiarare l'inizio del rapporto dall'origine ed ottenere il pagamento delle differenze retributive rideterminate e calcolate in dipendenza della reale anzianità di servizio maturata.

Il Tribunale dichiarava inammissibile la seconda domanda per illegittimo frazionamento del credito, e la Corte d'Appello confermava la pronuncia d'inammissibilità,

La lavoratrice presentava, dunque, ricorso per cassazione affidato a plurimi motivi.

Per ciò che qui interessa, le questioni poste al terzo motivo del ricorso principale hanno avuto ad oggetto il divieto di parcellizzazione della domanda con richiamo ai principi di correttezza e buona fede.

Anche se la decisione impugnata si era incentrata, altresì, sulla questione della preclusione da precedente giudicato sul decreto ingiuntivo per il definitivo e non impugnato rigetto del giudizio di opposizione, benché riguardante diversi ambiti valutativi.

Così la decisione della Corte d'Appello involgeva apprezzamenti sulla unilaterale modificazione aggravante della posizione del debitore, sia sul contrasto di tale condotta sia con il principio di correttezza e buona fede, sia con il principio costituzionale del giusto processo, nell'ottica di un abuso degli strumenti processuali, mentre la seconda

valutazione era riferita all'estensione oggettiva del giudicato con riguardo al dedotto ed al deducibile in relazione al medesimo oggetto.

La Suprema Corte in accoglimento del motivo di ricorso, in tema di plurime obbligazioni pecuniarie relative al medesimo rapporto contrattuale di durata, ha affermato che *«non costituisce abusivo frazionamento della domanda il comportamento del lavoratore che, dopo aver già agito giudizialmente per il riconoscimento di differenze retributive e dell'indennità sostitutiva del preavviso, chieda la rideterminazione delle medesime voci per effetto del riconoscimento di un superiore inquadramento contrattuale, in considerazione dell'apprezzabile interesse a conseguire subito quanto facilmente accertabile, anche in via monitoria, con salvezza delle ulteriori ragioni creditorie all'esito del più complesso giudizio relativo alla qualifica superiore»*.

Soggiunge la Corte che diversamente egli si sarebbe trovato innanzi all'alternativa fra due scenari ugualmente ed ingiustamente penalizzanti: attendere (magari per molti anni) l'esito definitivo del giudizio sulla superiore qualifica prima di agire in via giudiziaria per riscuotere tutti gli altri crediti retributivi di agevole accertamento (e di natura pur sempre alimentare), oppure agire subito ma rinunciando alla loro liquidazione secondo il parametro retributivo corrispondente alla superiore qualifica spettategli (e, poi, effettivamente riconosciutagli).

La questione, che qui incidentalmente si richiama del giudicato in relazione al dedotto ed al deducibile, è stata risolta dalla Corte sul rilievo che la domanda per il riconoscimento dell'anzianità maturata è domanda autonoma rispetto a quella coperta da giudicato, che ad essa non è neanche implicitamente estensibile, posto che richiede un accertamento fondato su differenti attività istruttorie e non insiste nel medesimo ambito oggettivo del giudicato.

Né del resto la Corte d'Appello ha correttamente applicato il principio alla cui stregua il giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 c.c. - il quale, come riflesso di quello formale previsto dall'art. 324 c.p.c., fa stato ad ogni effetto tra le parti quanto all'accertamento di merito positivo o negativo del diritto controverso - si forma soltanto su ciò che ha costituito oggetto della decisione, ricomprendendosi in esso anche gli accertamenti di fatto che abbiano rappresentato le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico oltre che funzionale, per l'emanazione della pronuncia con effetto preclusivo dell'esame degli stessi elementi in un successivo giudizio quando l'azione in esso dispiegata abbia

identici elementi costitutivi. Quest'ultima ipotesi non può ritenersi realizzata nella fattispecie considerata.

Non essendo stati correttamente applicati i principi richiamati, la Corte di legittimità ha cassato la sentenza e rinviato la causa al giudice di merito per il nuovo esame dell'indicata questione.

La sentenza della Corte di Cassazione ha applicato il principio espresso dalle Sezioni Unite, secondo il quale il frazionamento del credito deve essere valutato in concreto.

È legittima la formulazione di autonomi giudizi parcellizzati benché riconducibili ad un unico rapporto, qualora risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata.

La disamina della sentenza lascia aperto il quesito se la procedura rispetto al suo indefettibile carattere della preordinazione possa essere subordinata ad un giudizio *ex post*, ossia alla valutazione che il giudice può fare in ordine all'interesse della parte ad una tutela processuale frazionata, posto che, benché la Corte di legittimità deduca che «il frazionamento è *legittimo, ove risulti un interesse oggettivamente valutabile*», è pur vero che la valutazione circa l'oggettività dell'interesse, è rimessa al giudice e, dunque, ad un apprezzamento successivo alla proposizione della domanda, con pregiudizio del requisito ineludibile della prevedibilità delle regole del processo anteriori alle lite.

b) In tema di frazionamento del credito professionale dell'avvocato

La fattispecie del frazionamento del credito è molto attuale rispetto alla tutela del credito dell'avvocato ed ai suoi rapporti con il cliente.

La Corte di Cassazione con sentenza del 29 novembre del 2019 n. 31308 ha affrontato il tema in relazione ad un avvocato che, dopo aver ricevuto la revoca dei mandati come legale conferitigli da una banca e non aver avuto corrisposti i compensi spettanti, proponeva tanti ricorsi per l'ottenimento dei decreti ingiuntivi relativi ai distinti crediti riguardanti le specifiche prestazioni professionali svolte nell'interesse del suddetto istituto di credito.

Tali decreti venivano concessi e tra questi si ricomprendeva anche quello concernente l'incarico svolto per conto della predetta banca, oggetto del ricorso per Cassazione che è materia di disamina.

Il giudizio perveniva innanzi alla Corte di legittimità, dopo che il Tribunale (in funzione di giudice d'appello, rispetto a sentenza resa dal giudice di pace), aveva dichiarato l'improponibilità della domanda proposta dall'avvocato.

A sostegno dell'adottata decisione, il Tribunale riteneva fondato il motivo dell'appellante relativo alla illegittima parcellizzazione del credito come attuata dall'appellato, avendo egli agito con distinte iniziative giudiziali per il recupero di crediti - fondati sullo stesso titolo - vantati nei confronti dell'istituto di credito.

Il ricorso veniva proposto dall'avvocato, con unico motivo, a cui la banca intimata resisteva con controricorso.

Il professionista ricorrente deduceva l'illegittimità dell'impugnata sentenza nella parte in cui aveva ritenuto applicabile il principio statuito dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 23726/2007 in tema di parcellizzazione dei crediti, senza, peraltro, provvedere ad alcun accertamento in merito alla fondatezza dell'*an* e del *quantum* della sua pretesa creditoria.

La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso, richiamando integralmente il portato della sentenza n. 23726 del 2007 adottata dalla Corte a Sezioni Unite, per il quale non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo.

La scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione che aggrava la posizione del debitore, si pone, infatti, in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede (che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento), sia con il principio costituzionale del giusto processo.

La parcellizzazione della domanda giudiziale, diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria, si traduce in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale, con la conseguenza che la domanda è improponibile.

La decisione, poi, richiama anche la sentenza n. 4090/2017, che ha ulteriormente affinato e reinterpretato la portata del suddetto principio statuendo che le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di

durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi, ma, ove le suddette pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, - sì da non poter essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale - le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile ai fini della tutela processuale frazionata³¹³.

La Corte di Cassazione, sussumendo siffatti principi nel fatto sottoposto alla loro decisione, ha, altresì, statuito che il ricorso proposto sia privo di fondamento giuridico, perché, se è vero che i crediti azionati dall'avvocato trovavano origine in distinti rapporti professionali, è pur vero che gli stessi erano riferiti a prestazioni professionali rese nell'interesse della stessa banca per il recupero di crediti verso clienti della medesima; quindi, i titoli per i quali erano state intraprese le procedure giudiziali erano del tutto omogenei, oltre che a riferirsi ad attività svolte in favore del medesimo soggetto.

Non vi era motivo, perciò, di frazionare le relative azioni, né d'altronde il ricorrente ha dedotto di aver prospettato e riscontrato in sede di merito che vi erano state delle concrete esigenze tali da giustificare la separazione delle iniziative giudiziali sostanziatesi in plurimi procedimenti monitori.

È, quindi, da ritenersi conforme a diritto l'impugnata sentenza ed il ricorso deve essere respinto.

La decisione, invero, lascia non poche perplessità ed anzi sembra essere confermativa delle critiche che la dottrina ha mosso alla statuizione resa sul tema dalla Suprema Corte. Il timore dell'eccessiva soggettività del giudice, nell'interpretare quali siano le legittime regole del processo, ingenerato dalle pronunce delle Sezioni Unite, sembra concretizzarsi nella statuizione oggetto della presente indagine.

La decisione assunta dalla Corte in ordine all'illegittimo frazionamento del credito ad opera dell'avvocato ha un margine di discrezionalità amplissimo e lascia disorientato l'operatore del diritto, tanto più che la Corte non si è pronunciata in termini d'inammissibilità, bensì di improponibilità (così evocando una sorta di rigetto della

³¹³ V. fra tante, Cass., III, n. 6591/2019.

domanda, che è pronuncia di merito, la quale esclude la riproposizione dell'azione con conseguenziale perdita del diritto).

Affermare che il credito dell'avvocato sia stato vantato, pur parcellizzato nelle domande, da un unico soggetto creditore, nei confronti di un unico soggetto debitore, è dato oggettivo non contestabile, ma affermare che i crediti, oggetto di tutela frazionata, siano «tra loro omogenei», sembra una forzatura non condivisibile.

L'attività che un avvocato ha potuto compiere per conto di una banca, va dal procedimento monitorio, al procedimento esecutivo, dal giudizio ordinario di merito, al procedimento cautelare, dall'insinu in sede fallimentare, al giudizio di opposizione *ex art. 98 L.F.* ecc. Tutta questa attività, che si richiama per mera esemplificazione, non solo necessità di separata istruttoria, ma può anche essere oggetto di differente contestazione, circa l'*an* ed il *quantum* da parte del debitore, con la conseguenza che sui rispettivi crediti, se azionati in unico giudizio, il giudice deve inevitabilmente, parcellizzare la motivazione dell'accoglimento o del rigetto, in fase decisoria.

Né può condividersi che i crediti dell'avvocato nei confronti della banca, siano riferiti ad un unico «rapporto di durata», come affermato dalla Corte, posto che sono discendenti da separati mandati (quand'anche l'avvocato fosse munito, in ipotesi di mandato generale alle liti, giammai questi potrebbe agire in giudizio, se non previo specifico incarico), a meno di trasformare la natura stessa del rapporto professionale e di lavoro.

Del resto, non v'è chi non veda, che non è in alcun modo ravvisabile un rapporto di durata tra l'avvocato ed il cliente, se non riferito al singolo mandato (revocabile), posto che per ogni vicenda, sia anteriore che successiva, il cliente è sempre libero di affidarsi a questo o ad altro legale, senza alcun vincolo di sorta.

Ancora una volta si osserva che, se rispetto ad una statuizione è legittima una critica sulla correttezza giuridica dell'enunciato, non può sottacersi che quando la pronuncia attiene alle regole del processo, questa non può essere connotata da margini interpretativi così ampi.

3. L'equa riparazione per irragionevole durata del processo

3.1 L'inquadramento normativo

L'art. 6 della Convenzione Europea di salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali ha affermato il diritto di ogni persona ad un processo equo e di durata ragionevole.

Il diritto alla ragionevole durata del processo è stato, poi, consacrato nella costituzione italiana con la Legge Cost. n. 2 del 1999, che ha modificato l'art. 111 Cost. e può, dunque, a tutti gli effetti, esser considerato un diritto soggettivo di rango costituzionale³¹⁴.

Nonostante l'espreso riconoscimento costituzionale del diritto alla ragionevole durata del processo, a causa dei lunghi tempi per la definizione dei processi, l'Italia è stata ripetutamente condannata dalla Corte di Strasburgo, la quale, in tale ambito, ha precisato che lo Stato è responsabile dell'insieme delle sue strutture e non solo delle Autorità giudiziarie³¹⁵, per cui il processo può essere irragionevolmente lungo non solo per l'opera del giudice, ma anche per tutta l'attività dell'intera organizzazione della giustizia, che può concorrere affinché un processo non abbia una ragionevole durata.

La consapevolezza che l'incertezza riferita ai tempi del processo, si traduce in un diniego di giustizia, ha condotto all'adozione di norme finalizzate, non solo a riconoscere l'equa riparazione a coloro i quali sono pregiudicati da un processo irragionevolmente lungo, ma anche ad indurre l'apparato giudiziario ad operare con l'efficienza dovuta.

Un processo contenuto in tempi ragionevoli, infatti, consente di attuare l'effettività della tutela dei diritti, sia nell'interesse delle parti, che per la salvaguardia dell'economia in generale, posto che un processo irragionevolmente lungo scoraggia gli operatori economici dal compiere investimenti a causa della difficoltà di tutelare le proprie ragioni di credito in sede giudiziaria³¹⁶.

³¹⁴ Con particolare riguardo alla Costituzione italiana, è opportuno ricordare che soltanto con la legge costituzionale n. 2 del 1999 sono state potenziate le garanzie del giusto processo sancite dall'art. 111 Cost. prevedendo, per quel che maggiormente rileva in questa sede, che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge e che ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale e che la legge ne assicura la ragionevole durata. In arg. v., tra gli altri, G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.; G. MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust. Civ.*, 2001, p. 523; B. CAPPONI e G. VERDE, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, Napoli, 2002, p. 32 ss.

³¹⁵ *Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 23 ottobre 1990, Moreira de Azevedo c. Portogallo*, Serie A n. 273-A, p. 73.

³¹⁶ S. ANGIOI e F. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 17 ss.

In assenza di strumenti normativi finalizzati a far valere eventuali violazioni del principio della ragionevole durata del processo, è stata adottata in data 24 marzo 2001 la Legge n. 89, c.d. Legge Pinto³¹⁷.

Prima di allora, come detto, la Corte europea di Strasburgo era sommersa di ricorsi per la violazione da parte dell'Italia dell'art. 6 CEDU, per cui l'adozione della Legge n. 89/2001 è stata, anche un modo per «nazionalizzare» il diritto all'equa riparazione per la durata irragionevole del processo, così attuando l'art. 13 CEDU, il quale sancisce il diritto di ogni persona ad un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, qualora i diritti e le libertà riconosciuti nella Convenzione siano stati violati.

Una volta emanata la Legge n. 89/2001, la Corte europea ha colto immediatamente l'occasione per rimettere al giudice nazionale tutte le procedure già pendenti innanzi a sé, al momento dell'entrata in vigore della Legge n. 89/2001, interpretando rigidamente il principio di sussidiarietà³¹⁸ ed il conseguente obbligo per i ricorrenti di esaurire prima gli strumenti di tutela di diritto interno, per poter presentare ricorso alla Corte europea ai sensi dell'art. 35 CEDU³¹⁹.

L'interpretazione della Corte europea si è basata sul principio secondo il quale gli Stati debbono far fronte direttamente alle mancanze connesse all'esigenza del termine

³¹⁷ In arg., tra i molti, in dottrina, G. TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. It.*, 2001, p. 2429; S. CHIARLONI, *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, Torino, 2002, p. 312; G. MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost., cit.*, p. 523; C. CONSOLO, *Disciplina "municipale" della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 569; R. MARTINO, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1068.

³¹⁸ In effetti l'art. 13 CEDU, nel garantire ad ogni individuo il diritto ad un ricorso effettivo in ambito nazionale per denunciare la violazione dei diritti riconosciuti dalla stessa Convenzione, è chiaramente alla base della valenza anche "positiva", rispetto ai rapporti tra i giudici interni e la Corte europea, del principio di sussidiarietà.

³¹⁹ Art.35 CEDU: «La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.

La Corte non accoglie alcun ricorso inoltrato sulla base dell'articolo 34, se:

(a) è anonimo; oppure

(b) è essenzialmente identico a uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto a un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi.

La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che:

(a) il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo; o

(b) il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno. La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento.

ragionevole, nell'ottica, fra l'altro, di ridurre il numero di ricorsi che la Corte stessa avrebbe dovuto esaminare.

Dall'entrata in vigore della L. n. 89/2001, tutti i ricorsi (unitamente a quelli già pendenti), per l'equa riparazione da violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, sono stati presentati innanzi al giudice nazionale.

La giurisprudenza interna non si è immediatamente adeguata ai principi enunciati nelle decisioni e nelle sentenze della Corte europea, sebbene la Convenzione Europea e la Legge Pinto costituiscano per *ius receptum*³²⁰ un sistema integrato, sicché le Corti interne sono tenute ad un'interpretazione conforme alla Corte Europea.

Al fine di individuare degli *standard* applicativi, sono state apportate significative innovazioni alla Legge Pinto, dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134³²¹, sia sotto il profilo processuale, sia in ordine ai presupposti per ottenere l'indennizzo.

Successivamente, anche con l'intento di porre un argine al numero di ricorsi per l'equa riparazione da irragionevole durata del processo, la Legge Pinto è stata, poi, profondamente riformata con la Legge 28 dicembre 2015, n. 208.

3.2 Il diritto all'equa riparazione dopo la Legge n. 208/2015

Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione.

La riforma ha notevolmente ristretto la platea di coloro che hanno diritto ad un'equa riparazione, fissando una *condicio iuris* di ammissibilità al giudizio³²².

³²⁰ Cass., SS.UU., 26 gennaio 2004, n. 1340, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1349, con cui la Corte sviluppa il principio della sostanziale simmetria tra disposizioni nazionali e convenzionali, arrivando successivamente ad affermare, con Cass., III, 8 novembre 2005, n. 21653, in *Dir. prat. trib.*, 2006, 451, che la legge Pinto sia un mezzo strumentale all'attuazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; di talché bisogna applicare la legge nazionale in conformità con gli indirizzi espressi a Strasburgo.

³²¹ Sulle più recenti modifiche apportate alla legge n. 89/2001 dalla legge n. 134/2012, per tutti R. MARTINO, *Commento agli artt. 2- 5 quater*, in R. MARTINO e A. PANZAROLA (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, p. 503 ss.; M.F. GHIRGA, *Considerazioni critiche sulle recenti modifiche della c.d. legge Pinto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1021 ss.; L. MOCCI, *La nuova legge Pinto: le prime applicazioni*, *ivi*, p. 1081.

³²² F. BARONE, *La Legge Pinto nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020, p. 1122 ss.

a) I rimedi preventivi

La Legge n. 208/2015 nell'affermare che la parte di un processo ha diritto ad esperire rimedi preventivi alla violazione della ragionevole durata del processo stabilisce che ha diritto ad un'equa riparazione, solo chi, pur avendo esperito i rimedi preventivi previsti all'articolo 1 *ter*³²³, ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo.

Limitando l'indagine al processo civile, la norma stabilisce che costituisce rimedio preventivo l'adozione del procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-*bis* c.p.c. e ss., nonché la richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito sommario a norma dell'articolo 183-*bis* c.p.c.

Nelle cause in cui non si applica il rito sommario di cognizione costituisce rimedio preventivo proporre istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma dell'articolo 281 *sexies*³²⁴ del codice di procedura civile.

Nei giudizi davanti alla Corte di cassazione la parte ha diritto a depositare un'istanza di accelerazione.

Altri rimedi sono stati previsti dalla Legge, nel procedimento penale e nel procedimento amministrativo, ma l'elenco sistematico dei rimedi preventivi è stato ridimensionato ad opera della sentenza della Corte costituzionale³²⁵.

³²³ Art. 1-*ter* L. 24 marzo 2001 n. 89: «Ai fini della presente legge, nei processi civili costituisce rimedio preventivo a norma dell'articolo 1-bis, comma 1, l'introduzione del giudizio nelle forme del procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile. Costituisce altresì rimedio preventivo formulare richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito sommario a norma dell'articolo 183-bis del codice di procedura civile, entro l'udienza di trattazione e comunque almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'articolo 2, comma 2-bis. Nelle cause in cui non si applica il rito sommario di cognizione, ivi comprese quelle in grado di appello, costituisce rimedio preventivo proporre istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma dell'articolo 281-*sexies* del codice di procedura civile, almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'articolo 2, comma 2-bis. Nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, il giudice istruttore quando ritiene che la causa può essere decisa a seguito di trattazione orale, a norma dell'articolo 281-*sexies* del codice di procedura civile, rimette la causa al collegio fissando l'udienza collegiale per la precisazione delle conclusioni e per la discussione orale...»

³²⁴ Art. 281-*sexies* c.p.c.: «Se non dispone a norma dell'articolo 281 *quinquies*, il giudice, fatte precisare le conclusioni, può ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva e pronunciare sentenza al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

In tal caso, la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria.

³²⁵ Corte Cost., 6 marzo 2019, n. 34.

Quanto alle conseguenze del mancato esperimento del rimedio preventivo, l'art. 6³²⁶ comma 2 bis prevede che «nei processi la cui durata al 31 ottobre 2016 ecceda i termini ragionevoli non si applica il comma 1 dell'articolo 2».

La rilevante novità della riforma è, dunque, la previsione di inammissibilità della domanda di equa riparazione proposta dal soggetto che non abbia esperito i rimedi preventivi all'irragionevole durata del processo di cui all'articolo 1 ter.

La modifica ha provocato una drastica limitazione all'accesso all'equa riparazione, avendo introdotto una stringente condizione d'inammissibilità.

Il soggetto ammesso alla tutela giurisdizionale è, pertanto, colui il quale, pur esperendo ogni possibile rimedio per accelerare i tempi del processo, sia stato, comunque, vittima di un processo irragionevolmente lungo.

A ben vedere la novella sembra essere frutto di un più ampio disegno legislativo che riconsidera le garanzie dell'equo processo alla luce del diritto di difesa inteso quale uso ragionevole delle risorse a disposizione, come parte della dottrina³²⁷ aveva già in precedenza suggerito.

Da più parti³²⁸ si è affermato che la riforma, con riguardo alla citata modifica della disciplina che non consentirebbe di disporre tutele simili rispetto a quelle praticabili di

³²⁶ Art. 6, L. 24 marzo 2001, n. 89: «Nel termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, coloro i quali abbiano già tempestivamente presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, possono presentare la domanda di cui all'articolo 3 della presente legge qualora non sia intervenuta una decisione sulla ricevibilità da parte della predetta Corte europea. In tal caso, il ricorso alla corte d'appello deve contenere l'indicazione della data di presentazione del ricorso alla predetta Corte europea.

La cancelleria del giudice adito informa senza ritardo il Ministero degli affari esteri di tutte le domande presentate ai sensi dell'articolo 3 nel termine di cui al comma 1 del presente articolo.

Nei processi la cui durata al 31 ottobre 2016 ecceda i termini ragionevoli di cui all'articolo 2, comma 2-bis, e in quelli assunti in decisione alla stessa data non si applica il comma 1 dell'articolo 2.

Il comma 2 dell'articolo 54 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'articolo 3, comma 23, dell'allegato 4 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, si applica solo nei processi amministrativi la cui durata al 31 ottobre 2016 ecceda i termini di cui all'articolo 2, comma 2-bis.»

³²⁷ P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 475 ss. Nello scritto l'autore ha sostenuto che è «interesse di ciascuna parte che all'avversario non siano attribuite facoltà maggiori e più ampie di quelle previste dalla legge. Perciò, non si può parlare di limitazioni o compressioni del diritto di difesa, quando semplicemente una parte sia obbligata a contenere le proprie prese di posizione nello stretto alveo di ciò che le regole consentono».

³²⁸ Importante critica è stata mossa direttamente dalla Corte Cost., sent. 21 marzo 2018, n. 88, in *corte costituzionale.it*, la quale non ha mancato di sottolineare come i rimedi introdotti non siano destinati a operare in tutte le ipotesi, tra cui quelle nelle quali, al 31 ottobre 2016, la durata del processo abbia superato la soglia della ragionevolezza.

fronte alla Corte di Strasburgo, ha disatteso il principio secondo il quale il diritto interno è parte di un sistema integrato con la Convenzione Europea³²⁹.

b) I presupposti soggettivi

Per quanto attiene ai presupposti soggettivi nel periodo antecedente l'ultima riforma la Corte europea e le Corti italiane erano concordi nell'affermare che legittimati attivi fossero tutti i soggetti che avevano preso parte al processo, vittoriosi o soccombenti.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 124 del 2014 aveva interpretato restrittivamente le ipotesi di esclusione dall'indennizzo, con ciò aprendo alla legittimazione anche del contumace, ciò in quanto la decisione è, comunque, destinata ad esplicare effetti nei suoi confronti.

Oggi tale approdo è stato espressamente previsto nella riforma, nel senso che la novella accoglie la legittimazione attiva del contumace, ma ne subordina l'accesso all'equo indennizzo, alla prova contraria rispetto alla presunzione negativa³³⁰.

La norma, difatti, stabilisce che si presume che non sussista per il contumace il pregiudizio da irragionevole durata del processo, salvo prova contraria.

Fermo il diritto alla riparazione per le parti del processo, vincitrici e soccombenti, la riforma, esclude che spetti alcun risarcimento alla parte che abbia agito o resistito in giudizio sulla base di domande che le parti sapevano essere infondate, pertanto, è espressamente dai legittimati, chi sia stato condannato con sentenza per lite temeraria³³¹.

A ciò si aggiunga che la CEDU «ha riconosciuto in numerose occasioni che questo tipo di mezzo di ricorso è "effettivo" nella misura in cui esso velocizza la decisione da parte del giudice competente». Nella fattispecie, da un lato, tutti i rimedi preventivi introdotti, alla luce della loro disciplina processuale, non vincolano il giudice a quanto richiestogli e, dall'altro, per espressa previsione normativa, «restano ferme le disposizioni che determinano l'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti» ex art. 1-ter, comma 7, della legge Pinto come modificata.

Tali rilievi, evidentemente, ne pregiudicano la concreta efficacia acceleratoria.

³²⁹ A. SIROTTI GAUDENZI, *La legge n. 89/2001 e la previsione di una misura di indennizzo di fronte alle lungaggini della giustizia italiana: profili generali*, Rimini, 2016, p. 25.

³³⁰ A tal proposito si menziona la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione relativa alla sussistenza della legittimazione della parte contumace a proporre domanda di equa riparazione. Il riferimento è a Cass., SS.UU., 14 gennaio 2014, n. 585.

³³¹ Nel senso che in caso di violazione del termine di durata ragionevole del processo, il diritto all'equa riparazione di cui all'art. 2 della Legge n. 89 del 2001 spetta a tutti i soggetti che ne siano parti, indipendentemente dal fatto che essi siano risultati vittoriosi o soccombenti, costituendo l'ansia e la sofferenza per l'eccessiva durata i riflessi psicologici del perdurare dell'incertezza in ordine alle posizioni coinvolte nel processo, ad eccezione del caso in cui il soccombente abbia promosso una lite temeraria, o abbia artatamente resistito in giudizio in difetto di una condizione soggettiva di incertezza; dell'esistenza di queste situazioni, costituenti abuso del processo, deve dare prova puntuale l'Amministrazione, tra molte, Cass., II, 23 dicembre 2011, n. 28592.

La Legge all'art. 2³³² prevede l'esclusione da qualsiasi indennizzo in favore della parte che abbia agito in giudizio, consapevole della infondatezza originaria o sopravvenuta delle proprie domande o difese, così come si presume insussistente il pregiudizio da irragionevole durata del processo, salvo prova contraria, come detto, nel caso di contumacia della parte, in caso di rinuncia o di inattività delle parti ai sensi degli articoli 306 e 307 del codice di procedura civile o anche in caso di irrisorietà della pretesa o del valore della causa.

Il comma 2-*septies*³³³ esclude, invece, dalla tutela dell'equa riparazione, la parte che abbia conseguito, per effetto della irragionevole durata del processo, vantaggi patrimoniali eguali o maggiori rispetto alla misura dell'indennizzo altrimenti dovuto.

L'intento della norma è di ridurre il campo di applicazione dell'equa riparazione e di limitare le ingenti spese che ogni anno lo Stato italiano si trova a sostenere a causa delle lungaggini della giustizia.

La giurisprudenza, in relazione ai soggetti legittimati attivi all'equa riparazione, in tema di legittimazione dei successori, qualora la parte sia deceduta prima della conclusione del processo presupposto, l'erede ha diritto al riconoscimento dell'indennizzo *iure proprio* soltanto per il periodo successivo alla sua costituzione in giudizio³³⁴: infatti, non è possibile equiparare la posizione dello stesso al contumace, atteso che l'ineliminabile presupposto per la legittimazione all'indennizzo è la durata irragionevole del giudizio, ed incide soltanto su chi è chiamato ad assumere, al suo interno, la qualità di parte³³⁵.

³³² Art. 2, L. 24 marzo 2001, n. 89: «È inammissibile la domanda di equa riparazione proposta dal soggetto che non ha esperito i rimedi preventivi all'irragionevole durata del processo di cui all'articolo 1-*ter*. Nell'accertare la violazione il giudice valuta la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione.

Si considera rispettato il termine ragionevole di cui al comma 1 se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità. Ai fini del computo della durata il processo si considera iniziato con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio ovvero con la notificazione dell'atto di citazione. Si considera rispettato il termine ragionevole se il procedimento di esecuzione forzata si è concluso in tre anni, e se la procedura concorsuale si è conclusa in sei anni. Il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, di parte civile o di responsabile civile, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari.»

³³³ Art. 2, comma 2-*septies*, L. 24 marzo 2001 n. 89: «Si presume parimenti insussistente il danno quando la parte ha conseguito, per effetto della irragionevole durata del processo, vantaggi patrimoniali eguali o maggiori rispetto alla misura dell'indennizzo altrimenti dovuto.»

³³⁴ Cass., II, 2017 n. 3001.

³³⁵ Cass., II, 3 marzo 2017, n. 3001.

Per il medesimo motivo i cessionari di crediti ammessi al passivo fallimentare hanno diritto al riconoscimento dell'indennizzo *iure proprio* dal momento in cui assumono la qualità di parte processuale³³⁶.

Si consolida, in definitiva, l'orientamento secondo cui il diritto alla trattazione delle cause risarcitorie è riconosciuto solo in relazione alle cause «proprie», quindi in favore delle sole parti e non anche dei soggetti estranei, essendo irrilevante che questi possano aver patito indirettamente dei danni dal protrarsi del processo.

c) I presupposti oggettivi

I procedimenti suscettibili di impugnativa, ai sensi dell'art. 2 Legge Pinto, sono tutti i giudizi aventi ad oggetto «diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale».

Quanto ai processi penali, essi sono tenuti a rispettare un termine ragionevole anche nella fase delle indagini preliminari.

Con riferimento ai processi civili, nessun dubbio sorge per tutti i procedimenti aventi ad oggetto obbligazioni in genere, riconoscimento di diritti soggettivi ed ogni altro diritto da far valere innanzi al giudice ordinario, sezioni specializzate e Tribunale dei minori.

Così come è applicabile la Legge Pinto in materia fallimentare e procedure concorsuali. Anche i procedimenti esecutivi sono oggetto di ricorso per irragionevole durata, ma ai fini dell'equa riparazione per eccessiva durata del processo, dalla considerazione unitaria del giudizio di cognizione e della relativa procedura di esecuzione, che si siano susseguiti in un intervallo di tempo non superiore a sei mesi, discende che la domanda di indennizzo può essere utilmente proposta, con riguardo anche al giudizio di cognizione, entro sei mesi dalla conclusione della procedura di esecuzione, ma non che le loro durate possano essere tra loro cumulate³³⁷.

La giurisprudenza della Corte europea ha affermato che per considerare il carattere civile o penale di un processo, non si deve far riferimento né al giudice competente, né all'eventuale inquadramento sistematico operato dal legislatore.

È solo dalla natura e dall'oggetto della norma che il carattere civile o penale deve essere desunto, riportandosi alla *ratio*, più che al *nomen* conferito³³⁸.

³³⁶ G. PONZANELLI, *L'“equa riparazione” del danno secondo la legge Pinto in Danno resp.*, 2002, p. 1114.

³³⁷ Cass., II, 20 febbraio 2020, n. 4440.

³³⁸ C. RECCHIA, *Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione*, Milano, 2006, p. 24.

Tutti i procedimenti così individuati possono essere oggetto di valutazione da parte dei giudici competenti ad esprimersi sul mancato rispetto del termine ragionevole, anche quelli volti all'ottenimento dell'indennizzo stesso.

Il giudizio di equa riparazione, infatti, è un ordinario giudizio di cognizione che deve rispondere ai canoni legali posti per gli altri procedimenti; la circostanza ha fatto sì che è stata coniata, per tali casi, l'espressione «giudizi Pinto su Pinto».

Fatta questa premessa, occorre tuttavia soffermarsi sul concetto di «processo» cui fa riferimento l'art. 1-*bis*³³⁹ in parola.

Difatti, se da un lato il legislatore sembra non aver posto limiti quanto all'oggetto dell'accertamento, dall'altro è evidente come abbia inteso indirizzarlo esclusivamente ai procedimenti giurisdizionali.

Va da sé che le procedure di carattere più squisitamente amministrativo sono escluse dall'indennizzo *ex lege* n. 89/2001.

Sul punto si registra un'importante sentenza della Corte costituzionale, sollecitata a pronunciarsi dalla Corte d'Appello di Bologna.

La questione controversa³⁴⁰ era stabilire se fosse costituzionalmente illegittimo estromettere la procedura coatta amministrativa dall'ambito di operatività della Legge in esame; in particolare la Corte bolognese censurava la disparità di trattamento che deriverebbe con i creditori delle procedure fallimentari.

I giudici della Corte Suprema hanno dichiarato non fondata la questione proposta, sul presupposto della ontologica differenza delle altre procedure concorsuali rispetto alla liquidazione coatta amministrativa, la quale «*coinvolge interessi pubblici preminenti (rispetto a quelli prettamente esecutivi) legati a finalità di politica economica, industriale o sociale*». Non sussistendo, dunque, identità, tra le posizioni creditorie tutelate attraverso le ridette procedure, non può riscontrarsi la disparità lamentata dalla Corte remittente³⁴¹.

³³⁹ Art. 1-*bis* L. 24 marzo 2001 n. 89: «La parte di un processo ha diritto a esperire rimedi preventivi alla violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione stessa. Chi, pur avendo esperito i rimedi preventivi di cui all'articolo 1-ter, ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo ha diritto ad una equa riparazione».

³⁴⁰ Vedi sentenza Corte cost. n. 12 del 2020.

³⁴¹ Per altro verso, la Corte sottolinea altresì come le procedure di natura amministrativa godano di altri strumenti rimediali tipici, primo fra tutti quello previsto dall'art. 2-*bis*, comma 11, l. n. 241/1990, secondo cui le Pubbliche Amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento.

d) I parametri del tempo di ragionevole durata del processo

L'individuazione di un parametro di ragionevolezza dei tempi di un processo è funzionale all'accertamento della spettanza dell'indennizzo.

Prima della riforma del 2015 il legislatore nazionale aveva inteso fare propri i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea.

La norma prevedeva, infatti, che dovesse essere valutata la complessità del caso ed in relazione ad essa il comportamento delle parti, proprio come dettato dalla Corte di Strasburgo, ma senza una espressa menzione dell'effettiva durata del processo.

Così le Corti d'Appello si sono dapprima conformate ai tempi di durata fissati dalla Corte europea, ma successivamente, anche in conseguenza alla posizione assunta dalla Corte di legittimità, si è considerato impossibile determinare con precisione numerica la durata di un processo, in assenza nell'ordinamento di una norma che la stabilisca.

La Corte di Cassazione³⁴² ha ritenuto, pertanto, di dover denegare sul punto l'ultradecennale giurisprudenza della Corte di Strasburgo, giacché solo l'equo apprezzamento delle circostanze del caso, può permettere una decisione secondo giustizia.

Ai sensi dell'art. 2, comma 2 *bis* si considera rispettato il termine ragionevole di cui al comma 1 se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità.

Ai fini del computo della durata il processo si considera iniziato con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio ovvero con la notificazione dell'atto di citazione.

Si considera rispettato il termine ragionevole se il procedimento di esecuzione forzata si è concluso in tre anni, e se la procedura concorsuale si è conclusa in sei anni.

Ai sensi dell'art. 2, comma 2 *ter* si considera, comunque, rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni.

Ed, infine, ai sensi dell'art. 2, comma 2 *quater* ai fini del computo non si tiene conto del tempo in cui il processo è sospeso e di quello intercorso tra il giorno in cui inizia a decorrere il termine per proporre l'impugnazione e la proposizione della stessa.

Peraltro, il superamento del limite temporale non produce automaticamente il diritto al ristoro, dovendosi verificare i presupposti legali per attivare un giudizio indennitario, per cui spetta al giudice verificare non solo il superamento dei termini di durata ragionevole

³⁴² Cass., I, 4 febbraio 2003, n. 1600.

del processo, ma anche verificare se, ad esempio vi siano state cause di sospensione che abbiano dilatato i termini del processo e che andranno decurtate dal termine complessivo. La ragionevolezza della durata, dunque, nonostante la previsione di un termine numericamente individuato dalla norma, non è un dato assoluto, ma va verificata, volta per volta, in relazione al caso concreto; a tal proposito la legge propone un criterio dinamico di accertamento della violazione, statuendo che il giudice debba valutare la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione.

E così la Corte di Cassazione³⁴³, benché la pronuncia si riferisca ad un giudizio introdotto prima della riforma del 2015, ha precisato che dalla durata del processo devono essere detratti i rinvii richiesti dalle parti solo nei limiti in cui siano imputabili ad intento dilatorio o a negligente inerzia delle stesse, e, in generale, all'abuso del diritto di difesa, restando addebitabili gli altri rinvii alle disfunzioni dell'apparato giudiziario, salvo che ricorrano particolari circostanze, che spetta alla P.A. evidenziare, riconducibili alla fisiologia del processo.

e) L'equa riparazione

L'art. 2 *bis*³⁴⁴ adopera il termine «indennizzo», a proposito dell'equa riparazione, così qualificando espressamente la natura del pregiudizio.

Il termine indennizzo, si riferisce ad un fatto non illecito che non ha, come per il risarcimento, una finalità compensativa e non richiede l'accertamento di un illecito,

³⁴³ Cass., III, 21 marzo 2019, n. 8053.

³⁴⁴ Art. 2-*bis* L. 24 marzo 2001 n. 89: «Il giudice liquida a titolo di equa riparazione, di regola, una somma di denaro non inferiore a euro 400 e non superiore a euro 800 per ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che eccede il termine ragionevole di durata del processo. La somma liquidata può essere incrementata fino al 20 per cento per gli anni successivi al terzo e fino al 40 per cento per gli anni successivi al settimo.

La somma può essere diminuita fino al 20 per cento quando le parti del processo presupposto sono più di dieci e fino al 40 per cento quando le parti del processo sono più di cinquanta.

La somma può essere diminuita fino a un terzo in caso di integrale rigetto delle richieste della parte ricorrente nel procedimento cui la domanda di equa riparazione si riferisce.

L'indennizzo è riconosciuto una sola volta in caso di riunione di più giudizi presupposti che coinvolgono la stessa parte. La somma liquidata può essere incrementata fino al 20 per cento per ciascun ricorso riunito, quando la riunione è disposta su istanza di parte.

L'indennizzo è determinato a norma dell'articolo 2056 del codice civile, tenendo conto: a) dell'esito del processo nel quale si è verificata la violazione di cui al comma 1 dell'articolo 2; b) del comportamento del giudice e delle parti; c) della natura degli interessi coinvolti; d) del valore e della rilevanza della causa, valutati anche in relazione alle condizioni personali della parte.

La misura dell'indennizzo, anche in deroga al comma 1, non può in ogni caso essere superiore al valore della causa o, se inferiore, a quello del diritto accertato dal giudice.

secondo la nozione contemplata dall'art. 2043 c.c., né presuppone la verifica dell'elemento soggettivo della colpa a carico di un agente.

L'indennizzo per equa riparazione è ancorato all'accertamento della violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cioè di un evento "*ex se*" lesivo del diritto della persona alla definizione del suo procedimento in una durata ragionevole.

L'obbligazione avente ad oggetto l'equa riparazione, non è un'obbligazione "*ex delicto*" ma un'obbligazione "*ex lege*" ed è riconducibile, in base all'art. 1173 c.c., a ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico. Dal carattere indennitario di tale obbligazione discende che gli interessi legali possono decorrere, sempreché richiesti, dalla data della domanda di equa riparazione, in base al principio secondo cui gli effetti della pronuncia retroagiscono alla data della domanda, nonostante il carattere di incertezza e illiquidità del credito prima della pronuncia giudiziaria, mentre in considerazione del predetto carattere indennitario dell'obbligazione nessuna rivalutazione può essere invece accordata³⁴⁵.

Fermo restando che non si tratta di un risarcimento, ma di un'equa riparazione, la violazione del termine ragionevole può dar luogo ad un danno patrimoniale e ad un danno non patrimoniale.

Per il danno patrimoniale vale la regola contenuta nell'art. 2697 c.c., per cui la parte che agisce deve fornire la prova del danno emergente e lucro cessante, quali diretta ed immediata conseguenza della durata irragionevole del processo³⁴⁶.

Il danno non patrimoniale³⁴⁷ è inteso dalla giurisprudenza di legittimità³⁴⁸ come danno morale soggettivo correlato a turbamenti di carattere psicologico ed è conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a causa dei disagi e dei turbamenti di carattere psicologico che la lesione di tale diritto solitamente provoca alle

³⁴⁵ Cass., II, 9 ottobre 2019, n. 25318.

³⁴⁶ Cass., I, 21 marzo 2011, n. 6457.

³⁴⁷ Occorre ricordare che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che il danno non patrimoniale è una categoria generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Il riferimento è a Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. Civ.*, 2009, n. 4-5, con nota di ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite, n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 38.

³⁴⁸ Cass., III, 9 aprile 2019, n. 9919.

persone; ne consegue che una volta accertata e determinata l'entità della lesione, il giudice deve ritenere tale danno esistente, sempre che non risulti la sussistenza, nel caso concreto, di circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente.

f) La quantificazione

L'art. 2 della L. n. 89/2001, nella sua formulazione originaria, indicava il parametro di quantificazione del danno cagionato dall'irragionevole durata dei processi, ove al comma 3 proponeva il criterio equitativo puro.

La mancanza di un parametro prefissato, in materia di quantificazione del danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo, ha fatto sì che presso le Corti d'Appello fossero emanate pronunce molto difformi tra loro.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite³⁴⁹ già nel 2004, aveva auspicato che la quantificazione delle Corti interne fosse adeguata alle statuizioni della Corte europea, tuttavia, i giudici nazionali continuavano a quantificare l'equa riparazione senza tenerne conto.

La modifica del 2012, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, introduceva l'art. 2-bis³⁵⁰, che determinava, in un *range* previsto da un minimo di Euro 500 ad un massimo di Euro 1.500, la misura entro cui il giudice poteva muoversi per stabilire quanto lo Stato dovesse corrispondere al cittadino danneggiato dal ritardo nel processo. L'indennizzo continuava ad essere determinato a norma dell'art. 2056 c.c.³⁵¹, ma tenendo, altresì, conto di alcune ulteriori circostanze.

L'individuazione di parametri fissi, unitamente alla possibilità per il giudice di tener conto di alcune ulteriori circostanze, consentì alla Corte di Cassazione³⁵² nel 2014 di affermare il carattere derogabile dei parametri fissati dalla riforma del 2012, sia in diminuzione che in aumento, in base al danno effettivamente arrecato, secondo la valutazione del giudice.

³⁴⁹ Cass., SS. UU., 26 gennaio 2004, n. 1340.

³⁵⁰ A tal proposito E. IANNELLO, *Le modifiche alla legge Pinto tra esigenze di deflazione del contenzioso e contenimento della spesa pubblica e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Giur. Merito*, 2013, p. 13 ss.

³⁵¹ Art. 2056 c.c.: «Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.»

³⁵² Cass., II, 22 settembre 2014, n. 19897.

Parte della dottrina³⁵³ ha osservato che: «*al fine di limitare sempre più la quantificazione del pregiudizio non patrimoniale, vuoi per evitare una liquidazione indebitamente lucrativa, vuoi per non aggravare ulteriormente l'onere che la finanza pubblica e i cittadini tutti riceverebbero da una rigida applicazione dei criteri giurisprudenziali, si è finiti per disattendere l'originario dettato della Corte Europea dei diritti dell'uomo*».

La Legge 28 dicembre 2015, n. 208 ha modificato nuovamente i parametri di quantificazione della riparazione, fissandone l'ammontare in una misura minima e massima entro il quale il giudice deve attenersi ed in particolare: Il giudice liquida a titolo di equa riparazione, di regola, una somma di denaro non inferiore a euro 400 e non superiore a euro 800 per ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che eccede il termine ragionevole di durata del processo. La somma liquidata può essere incrementata fino al 20 per cento per gli anni successivi al terzo e fino al 40 per cento per gli anni successivi al settimo.

La somma può essere diminuita con applicazione di una percentuale stabilita *ex lege*, qualora le parti del processo siano numerose.

Il giudice applica i valori dal minimo al massimo, in dipendenza dell'esito del processo, del comportamento delle parti e del valore e della rilevanza della causa.

La misura dell'indennizzo, anche in deroga al comma 1, non può in ogni caso essere superiore al valore della causa o, se inferiore, a quello del diritto accertato dal giudice.

g) Il procedimento

La domanda di equa riparazione si propone con ricorso al presidente della Corte d'Appello del distretto in cui ha sede il giudice innanzi al quale si è svolto il primo grado del processo presupposto. Si applica l'articolo 125 del codice di procedura civile³⁵⁴.

Il ricorso è proposto nei confronti del Ministro della giustizia quando si tratta di procedimenti del giudice ordinario, del Ministro della difesa quando si tratta di

³⁵³ L. MATTINA, *Violazione della ragionevole durata del processo: il quantum dell'equa riparazione ex lege Pinto*, in *Danno resp.*, 2015, p. 819.

³⁵⁴ Art. 125 c.p.c.: «Salvo che la legge disponga altrimenti, la citazione, il ricorso, la comparsa, il controricorso, il precetto debbono indicare l'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni o l'istanza, e, tanto nell'originale quanto nelle copie da notificare, debbono essere sottoscritti dalla parte, se essa sta in giudizio personalmente, oppure dal difensore che indica il proprio codice fiscale. Il difensore deve, altresì, indicare il proprio numero di fax.

La procura al difensore dell'attore può essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto, purché anteriormente alla costituzione della parte rappresentata.

La disposizione del comma precedente non si applica quando la legge richiede che la citazione sia sottoscritta da difensore munito di mandato speciale.»

procedimenti del giudice militare. Negli altri casi è proposto nei confronti del Ministro dell'economia e delle finanze.

Il presidente della Corte d'Appello, o un magistrato della Corte a tal fine designato, provvede sulla domanda di equa riparazione con decreto motivato da emettere entro trenta giorni dal deposito del ricorso.

Se accoglie il ricorso, il giudice ingiunge all'amministrazione contro cui è stata proposta la domanda di pagare senza dilazione la somma liquidata a titolo di equa riparazione, autorizzando in mancanza la provvisoria esecuzione. Nel decreto il giudice liquida le spese del procedimento e ne ingiunge il pagamento.

Se il ricorso è in tutto o in parte respinto la domanda non può essere riproposta.

La domanda di riparazione può essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva e la Corte Costituzionale con sentenza 26 aprile 2018 n. 88³⁵⁵ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma nella parte in cui non prevede che la domanda di equa riparazione possa essere proposta in pendenza del procedimento presupposto³⁵⁶.

Il decreto che accoglie la domanda è, altresì, comunicato al Procuratore Generale della Corte dei conti, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, nonché ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici comunque interessati dal procedimento.

Quanto all'impugnazione, contro il decreto che ha deciso sulla domanda di equa riparazione può essere proposta opposizione nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento ovvero dalla sua notificazione.

L'opposizione si propone con ricorso davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto.

La corte pronuncia, entro quattro mesi dal deposito del ricorso, decreto impugnabile per cassazione.

³⁵⁵ Sentenza pubblicata in Gazzetta Ufficiale 2 maggio 2018, n. 18.

³⁵⁶ Corte cost., 26 aprile 2018, n. 88, secondo la Corte «rinviare alla conclusione del procedimento presupposto l'attivazione dello strumento volto a rimediare alla sua lesione, seppur a posteriori e per equivalente, significa inevitabilmente sovvertire la ratio per la quale è concepito, connotando di irragionevolezza la relativa disciplina».

Ulteriore novità introdotta dalla Legge n. 208/2015, volta a ridurre il contenzioso per irragionevole durata del processo, è quella prevista all'art. 5 *quinques*³⁵⁷, ove si legge che al fine di assicurare un'ordinata programmazione dei pagamenti dei creditori di somme liquidate a norma della presente legge, non sono ammessi a pena di nullità rilevabile d'ufficio, atti di sequestro o di pignoramento presso la Tesoreria centrale e presso le Tesorerie provinciali dello Stato per la riscossione coattiva di somme liquidate a norma della presente legge.

Al fine di ricevere il pagamento delle somme liquidate, la Legge n. 208/2015 ha previsto degli incumbenti a carico del creditore e l'amministrazione effettua il pagamento entro sei mesi dalla data in cui sono integralmente assolti gli obblighi previsti dalla Legge.

3.3 Casistica

a) In tema di computo del periodo di sospensione in relazione alla durata del processo

Il ricorso è stato proposto, innanzi alla Suprema Corte, per sentire cassare la sentenza resa dalla Corte d'Appello, che aveva rigettato la domanda di equa riparazione, avendo escluso dal computo della durata del processo svolto innanzi al giudice di pace, il periodo in cui il giudizio era rimasto sospeso a seguito della proposizione di querela civile di falso, con rubricazione di autonomo giudizio incidentale innanzi al Tribunale.

Tanto più, aveva osservato la Corte d'Appello, che qualora l'equo indennizzo fosse stato richiesto anche per la durata del processo incidentale di falso, la domanda sarebbe stata preclusa per essere ampiamente trascorso il termine semestrale di decadenza, dalla data di definizione del giudizio.

In ultimo aveva dedotto la Corte d'Appello, che una volta depurato il calcolo della durata del processo del periodo di sospensione, risultava che il giudizio svolto dinanzi al giudice di pace aveva avuto una durata inferiore a tre anni, il che escludeva che la domanda fosse accoglibile.

³⁵⁷ Art. 5-*quinquies*, primo comma, L. 24 marzo 2001, n. 89: «Al fine di assicurare un'ordinata programmazione dei pagamenti dei creditori di somme liquidate a norma della presente legge, non sono ammessi, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, atti di sequestro o di pignoramento presso la Tesoreria centrale e presso le Tesorerie provinciali dello Stato per la riscossione coattiva di somme liquidate a norma della presente legge.»

La questione è stata risolta dalla Suprema Corte con l'applicazione della novellata previsione di cui alla Legge n. 89/2001, art. 2, comma 2 *quater*, non potendo *ratione temporis* più trovare applicazione i diversi principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità, atteso il mutamento del quadro normativo di riferimento.

La Corte di legittimità con sentenza del 30 luglio 2020 n. 16328 ha rigettato il ricorso, affermando che la disposizione, secondo cui non si tiene conto ai fini del computo della durata del tempo in cui il processo è sospeso, include non solo l'ipotesi di sospensione *ex art. 295 c.p.c.*³⁵⁸ ma tutte le altre ipotesi di sospensione, attesa l'ampiezza della formula introdotta dal legislatore, restando comunque salva la possibilità per la parte, che ritenga di aver subito un pregiudizio dall'eccessiva durata del processo pregiudicante, di proporre un'autonoma domanda di equa riparazione specificamente riferita a quest'ultimo giudizio. Nella motivazione, oltre a darsi atto dell'impossibilità di poter dare seguito al diverso orientamento maturato in precedenza, a mente del quale invece anche i periodi di sospensione erano computati ai fini della durata ragionevole del processo presupposto, e ciò in considerazione dell'esplicita scelta del legislatore, è stato altresì affermato che tale scelta nel porre un vincolo all'interprete, il quale non può determinare la durata del processo comprendendo all'interno della stessa il periodo di sospensione per pregiudizialità, non pone neanche problemi dal punto di vista della compatibilità costituzionale e convenzionale della vigente disciplina.

Infatti, pur nell'ambito di una disciplina chiaramente orientata a considerare in modo unitario il giudizio della cui irragionevole durata ci si duole, il legislatore ha ritenuto che non potesse essere addebitata all'amministrazione giudiziaria la durata derivata dalla sospensione del procedimento cui la domanda di equa riparazione si riferisce, restando peraltro impregiudicata la possibilità, per la parte che dall'eccessiva durata del giudizio pregiudicante ritenga di avere subito un danno, di proporre domanda di equa riparazione con specifico riferimento a tale procedimento e nei termini di decadenza ad esso riferibili e tanto in coerenza con l'art. 111 Cost., comma 2, e con l'art. 6 CEDU.

Né appare possibile invocare, in senso contrario, una pretesa natura peculiare del giudizio incidentale di querela di falso, avendo questa Corte ribadito con la sentenza n. 12035 del 2017 che tra il processo di falso e la causa di merito rilevante ai fini della sospensione

³⁵⁸ Art. 295 c.p.c.: «Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa.»

sussiste un rapporto di pregiudizialità, riconosciuto dal legislatore nella forma tipica della pregiudizialità dipendenza prevista dall'art. 225 c.p.c., comma 2, riconducibile all'area della sospensione necessaria (fatta salva la diversa applicabilità dell'art. 337 c.p.c.³⁵⁹ ove la causa pregiudicante sia stata decisa in primo grado).

Ed infatti, la giurisprudenza della Corte nelle occasioni in cui ha avuto modo di occuparsi della natura della sentenza che definisce la querela di falso ancorché proposta in via incidentale ha costantemente ribadito la specificità del giudizio *de quo*, pervenendo alla conclusione che la sentenza *de qua* abbia sempre natura definitiva, sebbene il giudizio nel quale l'accertamento di falso si innesta, sia destinato a proseguire.

Ne deriva che correttamente la decisione gravata ha valutato la durata del giudizio presupposto, individuato in quello introdotto dinanzi al giudice di pace, al netto del periodo di sospensione, rilevando peraltro che l'eventuale domanda di equo indennizzo, ove riferita anche alla durata della causa pregiudicante di querela di falso era da reputarsi inammissibile per la maturata decadenza ai sensi della L. n. 89 del 2001, art. 4, essendo decorso, alla data di proposizione del ricorso *ex* L. n. 89 del 2001, oltre un semestre rispetto alla data di passaggio in giudicato della sentenza che aveva definito la querela di falso.

b) In tema presunzione di insussistenza del pregiudizio per irrisorietà della pretesa

La Corte di Cassazione con sentenza del 3 marzo 2020 n. 5918 ha deciso il ricorso presentato dal ricorrente che aveva impugnato per cassazione il decreto di rigetto della Corte d'Appello, la quale aveva escluso il diritto all'equa riparazione, ai sensi della L. n. 89 del 2001, art. 2, comma 2 *sexies*, lett. g), introdotto, con decorrenza dal 1 gennaio 2016, dalla legge di stabilità 2016 (L. 28 dicembre 2015, n. 208), art. 1, comma 777, alla cui stregua il pregiudizio da irragionevole durata del processo si presume insussistente, salvo prova contraria, nel caso di «irrisorietà della pretesa o del valore della causa, valutata anche in relazione alle condizioni personali della parte».

L'importo liquidato nel giudizio presupposto era pari ad Euro 150,00 per cui la fattispecie è stata ritenuta a pieno titolo tra quelle ove è operante la presunzione di esclusione del danno.

³⁵⁹ Art. 337 c.p.c.: «L'esecuzione della sentenza non è sospesa per effetto dell'impugnazione di essa, salve le disposizioni degli articoli 283, 373, 401 e 407. Quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso, se tale sentenza è impugnata.»

La Corte d'Appello aveva soggiunto, che neanche sarebbe stato possibile tener conto degli interessi e delle spese legali, le quali non attengono alla pretesa sostanziale ed alla posta in gioco dedotta nel processo presupposto.

Il ricorrente fonda il ricorso sulla circostanza che la Corte d'Appello, al di là, del valore della controversia, avrebbe dovuto valorizzare l'effettiva portata del processo.

La Corte di legittimità, proprio facendo leva sul potere del giudice di valutare gli elementi del giudizio, oltre il mero tenore letterale della norma, ha accolto il ricorso statuendo, quindi, la fondatezza della doglianza.

Sebbene il giudizio avesse avuto ad oggetto il mero risarcimento di appena Euro 150,00 per l'interruzione della fornitura elettrica, da parte del gestore del servizio, invero le vicende della lite si sono nel prosieguo disvelate in termini differenti.

Nel corso del giudizio di secondo grado il Procuratore dell'appellato morì ed il gestore del servizio di fornitura di energia elettrica, riassunse la lite, il giudizio d'appello, notificandolo direttamente alla parte, che costituitasi in giudizio dichiarò di non aver mai avuto contezza dell'esistenza del giudizio e impugnò con querela di falso la sottoscrizione a lui apparentemente riconducibile del mandato *ad litem* rilasciato a margine dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado.

Il Tribunale, nel giudizio incidentale per querela civile di falso, dichiarò la falsità della sottoscrizione del mandato *ad litem* apparentemente rilasciato dall'attore sull'atto introduttivo del giudizio di primo grado e l'inesistenza della appellata sentenza del giudice di pace.

L'impugnata decisione della corte d'appello di Potenza risulta erranea laddove pretende di ricondurre alla categoria della «irrisorietà della pretesa o del valore della causa» una controversia che ha oggetto non il risarcimento di un modesto danno da interruzione del servizio di distribuzione dell'energia elettrica, bensì l'accertamento della falsità della procura *ad litem* utilizzata dal *falsus procurator* per l'instaurazione di un giudizio civile in nome dello pseudo rappresentato.

Deve infatti precisarsi che il valore della controversia avente ad oggetto l'accertamento negativo dell'assunzione della qualità di parte in un giudizio civile prescinde dall'oggetto di quest'ultimo e non può in nessun caso considerarsi irrisorio, in considerazione della qualità e quantità degli effetti, patrimoniali ed extrapatrimoniali, che astrattamente

possono collegarsi alla assunzione (nella specie inconsapevole) della qualità di parte processuale.

La Corte di legittimità ha, dunque, cassato con rinvio alla Corte d'Appello in altra composizione attribuendo adeguato valore all'accertamento negativo dell'assunzione della qualità di parte nel giudizio, così riconoscendo il diritto della parte all'equa riparazione, escludendo che la controversia potesse essere inquadrata nell'alveo dell'irrisorietà della pretesa.

CONCLUSIONI

Il giusto processo indica l'insieme delle forme processuali, necessarie per garantire a ciascun titolare di diritti, la facoltà di agire e difendersi in giudizio.

Esso costituisce il modello costituzionale del processo ed è individuabile nei singoli istituti processuali che realizzano le garanzie delle parti nel processo.

Garanzie che sono, dunque, espressione di libertà, come può rinvenirsi nella parte storica della presente trattazione e può evincersi dalle parole di *Felix Frankfurter*, giudice che nella sentenza *Mc Nabb v. United States*, 318 U.S. 332 del 1943 affermò: «*La storia della libertà è stata in gran parte la storia del rispetto delle garanzie procedurali*».

Come sostiene autorevole dottrina³⁶⁰: «il 'tecnicismo' si erge allora a baluardo della libertà nel e per il processo».

Garantire la libertà degli individui è, dunque, lo scopo ultimo del processo, contrariamente a quanto sostenuto da Salvatore Satta, il quale nell'opera *Il mistero del processo*³⁶¹, aveva asserito che: «*Il processo è l'unica attività umana senza scopo*»³⁶².

Anche il Maestro Piero Calamandrei affermava nelle lezioni messicane³⁶³ che «la libertà nel processo permette il raggiungimento della giustizia e che lo scopo del processo sta proprio nel realizzare entrambi i valori».

Perché il processo possa essere, in concreto, espressione di libertà, è necessario che i principi del giusto processo, non siano prevaricati dalla adozione di misure organizzative del processo tendenti a depotenziare le regole formali, perché in tal caso vi è il rischio che si incida, appunto, sulle libertà, sui diritti e sugli interessi sostanziali che il processo deve provvedere a tutelare.

Sebbene i parametri di costituzionalità delle norme processuali mirino al rispetto del fine primario del processo, che consiste nella realizzazione del diritto delle parti ad ottenere una risposta in ordine al bene oggetto della loro contesa, è anche vero che si è sentita l'esigenza da parte della giurisprudenza di legittimità di contemperare gli interessi

³⁶⁰ A. PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: - Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 11.

³⁶¹ S. SATTA, *Il mistero del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 274 ss.

³⁶² S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994 p. 61 ss. l'autore ritiene che «il processo, così come noi lo concepiamo è figlio della libertà», ma che «la libertà reca nel seno del processo una posizione polemica che mette a dura prova la sua essenziale unità», al punto che «il processo tende a diventare fine a sé stesso».

³⁶³ P. CALAMANDREI, *Le lezioni messicane*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 618 ss.

costituzionalmente garantiti con il superamento di formalità, asserite come superflue, perché non opportunamente giustificate da primarie garanzie.

Così la Suprema Corte, SS.UU., con sentenza del 9 ottobre 2008 n. 24883 ha osservato che: «le disposizioni processuali concernenti l'individuazione del giudice competente sono volte ad assicurare il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale, ma pur sempre a condizione di non sacrificare il diritto della parte ad una valida decisione di merito in tempi ragionevoli».

È quindi proprio nel bilanciamento tra i valori costituzionali della precostituzione per legge del giudice naturale (artt. 25 e 103 Cost.) e della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) che si deve tener conto di una piena ed efficace realizzazione del primo. E la Cassazione ha ritenuto che «ben può ottenersi evitando che il difetto di giurisdizione del giudice adito possa emergere dopo che la causa sia stata decisa nel merito in due gradi di giudizio».

In definitiva, soggiunge la Corte, la norma - Art. 37 c.p.c.³⁶⁴ - il cui tenore letterale sembra consentire che un vizio procedurale immediatamente rilevabile possa essere fatto valere *per saltum* soltanto dopo che il processo abbia esaurito i gradi di merito, con l'effetto di riportare a zero tutta l'attività svolta, non può essere ascritta tra quelle che assicurano la ragionevole durata del processo e quindi, va interpretata, utilizzando i riferimenti sistematici e costituzionali, che consentano di contenerne la portata nei limiti dei parametri di ragionevolezza, utilizzati dal legislatore per istituti analoghi.

L'enunciato delle Sezioni Unite, avente ad oggetto la portata dell'art. 37 c.p.c., stravolge il tenore testuale della norma, per il tramite del principio costituzionale del giusto processo ed, in particolare, della ragionevole durata³⁶⁵.

Il contemperamento dei valori e dei principi, non può attuarsi prevaricando la regola processuale, perché le garanzie del processo volte a fornire una risposta affermativa o negativa in ordine al bene della vita oggetto della contesa devono essere ancorate alla certezza del diritto.

La prevedibilità della norma processuale, infatti, è fondamentale come sancito dalla stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza del 6 novembre 2014 n. 23675, la quale ha statuito che «l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme

³⁶⁴ Art. 37 c.p.c.: «Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo».

³⁶⁵ B. CAPPONI e R. TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile*, cit., p. 44.

processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di 'giustizia' del processo».

La tendenza della Corte di legittimità alla dequotazione delle regole processuali è sintomo di uno squilibrio da ricondurre negli argini della corretta interpretazione del principio del giusto processo.

Allo stesso modo, nella trattazione che precede, si è affrontato il tema della decisione implicita, la quale, ancora una volta, in applicazione del principio di economia processuale e dell'attuazione di misure acceleratorie del processo, nasconde la lesione del principio del contraddittorio.

Tanto più che gli articoli 183 comma 4, 384 comma 3 e 101 comma 2 c.p.c. hanno aperto un varco alla consacrazione del contraddittorio «in senso forte».

In altri termini è fatto divieto al giudice di decidere su di una questione, sebbene rilevabile *ex officio*, senza sottoporla preventivamente al contraddittorio delle parti, cosicché ammettere la decisione implicita, significa anteporre una tecnica acceleratoria del processo al principio costituzionale del contraddittorio.

Ed ancora, in tema di frazionamento del credito, la giurisprudenza di legittimità ne statuisce il divieto in virtù del giusto processo *ex art. 111 Cost.* come fondante il divieto di abuso del processo.

Senonché, il processo deve coniugarsi con l'indispensabile prevedibilità della norma processuale, per cui il divieto di abuso del processo, visto come espressione del giusto processo, autorizza una creatività giurisprudenziale, che ne compromette la forma.

Ne consegue che il termine adottato dalla Corte «abuso del processo» appare generico e meramente asservito all'affermazione della tesi giurisprudenziale.

La stessa sanzione che la giurisprudenza di legittimità commina alla violazione del divieto di frazionamento determina il pericolo di lesione del diritto sostanziale e la sua riproponibilità.

Sembra che la regola moralizzatrice desumibile dal *dictum* della Corte non sia ancorata al carattere dell'oggettività, così scalfendo la necessaria preordinazione della regola processuale alla lite.

Dalle esemplificazioni sopra riprodotte può affermarsi che sebbene l'opera interpretativa delle norme è necessaria per la corretta adozione delle regole processuali, è anche vero che è indispensabile che queste siano contraddistinte dal carattere della ragionevole

prevedibilità, cosicché è essenziale che una regola del processo sia preesistente alla lite e non sia travolta dall'opera interpretativa che 'trova' una regola difforme da quella 'data'³⁶⁶.

I principi del giusto processo sono dunque parametri di costituzionalità delle norme processuali e devono essere attuati per il tramite di un corretto equilibrio e bilanciamento tra i valori costituzionali.

L'individuazione del «giusto mezzo» non è facile, perché se da una parte è necessario preservare la validità formale degli atti processuali, dall'altra l'eccessiva rigidità della forma può rischiare di sacrificare il diritto sostanziale al rigore della norma giuridica processuale.

Così stando le cose, si auspica che il giusto processo, che è l'archetipo costituzionale del processo, articolato in una serie di garanzie attuate in singoli istituti processuali, si attui individuando un adeguato equilibrio tra i valori in gioco.

Il percorso di completa attuazione del principio può compiersi mediante la difficile ponderazione dei valori che, di certo, non può cedere ad una tendenza metodologica antiformalista.

³⁶⁶ In tal senso, A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, cit., §11

BIBLIOGRAFIA

- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1941
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979
- ANDRIOLI V., *Un po' di Materiellesjustizrecht*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1984
- ANGIOI S. e RAIMONDI F., *La ragionevole durata del processo in Europa: genesi, effetti e sviluppi della legge Pinto*, in *Studi e documenti di diritto internazionale e comunitario*, Napoli, 2011
- ASCHERI M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, 2007
- ASPRELLA C., *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015
- AULETTA F., *Irretroattività dell'overruling: come il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione*, nota a sentenza, Cass., SS. UU., 11 luglio, n. 15144, in *Giust. proc. civ.*, 2011
- BALENA G., *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. It.*, 2006
- BALENA G., *Onere di contestazione delle avverse pretese*, in *Guida al dir.*, 2009
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2012
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2018
- BARONE F., *La Legge Pinto nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020
- BAUR F., *Richtermacht und Formalismus im Verfahrensrecht*, in *Summum ius summa iniuria*, Tübingen, 1963
- BEEVER A., *The Declaratory Theory of Law*, in *33 Oxford J.L. Stud.*, 2013
- BETTI E., *Processo civile (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957
- BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'art. 101, comma 3 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008

- BOVE M., *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002
- BOVE M. e SANTI A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009
- BOVE M., *La riforma della procedura*, in BOVE M. e SANTI A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009
- BOVE M., *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010
- BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di Cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360, n. 5, c.p.c.*, in www.judicium.it, 2012
- BRIGUGLIO A., *Ecco il «filtro»!(L'ultima riforma del giudizio di Cassazione)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009
- BRIGUGLIO A., *Riflessioni e risposte sui «quesiti»*, in www.judicium.it, 2009
- BRIGUGLIO A., *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in www.judicium.it, 2009
- BRIGUGLIO A., in AA VV., *Ricorso per cassazione*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A. e CAPPONI B., Torino, 2009
- BRIGUGLIO A., *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in www.judicium.it, 2010
- BRIGUGLIO A., MARTINO R., PANZAROLA A. e SASSANI B., *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016
- BUCCI A., in BUCCI A. e SOLDI A. M., *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2009
- BUNSON M. E., *Dizionario Universale del Medioevo*, Milano, 1998
- BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, Torino, 2001
- BUONCRISTIANI D., *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in www.judicium.it, 2009
- BUONCRISTIANI D., *Il nuovo art. 101 comma 2° c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti*

- tra parti e giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010
- CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in «Scritti in onore di F. Carnelutti», II, Padova, 1950
- CALAMANDREI P., *Le lezioni messicane*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965
- CALAMANDREI P., *Un caso tipico di malafede processuale*, Padova, 1941, ora in *Opere giuridiche*, Roma, 2019
- CALZOLAIO E., *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013
- CAPONI R., *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI M. G. e VERARDI C., Milano, 2001
- CAPONI R., *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?* in *Foro it.*, 2008
- CAPONI R., *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a cass. n. 19246 del 2010)*, in *Rassegna forense*, 2010
- CAPONI R., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in Cassazione nel processo civile*, in www.judicium.it, 2012
- CAPONI R., *La riforma dell'appello civile*, in *Foro it.*, 2012
- CAPONI R., *La riforma dei mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012
- CAPONI R., TAVORMINA V. e ZUMPARO M., *Dialoghi a margine dell'art. 54 d.l. 83/2012*, in www.judicium.it, 2012
- CAPPELLETTI M., *L'eccezione come contro diritto del convenuto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961
- CAPPELLETTI M., *Fundamental guarantees of the parties in Civil proceedings. General report*, in *Fundamental guarantees of the parties in Civil litigation: studies in National, international and comparative law*, a cura di M. CAPPELLETTI e D. TALLON, Milano - New York, 1973

- CAPPONI B. e VERDE G., *Atti del Convegno su “Il nuovo articolo della Costituzione ed il “giusto processo” in materia civile*, Napoli, 2002
- CAPPONI B. e TISCINI R., *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2018
- CAPPONI B., *La Corte di cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell’art. 363 c.p.c.)*, in *www.judicium.it*, 2020
- CARIGLIA C., *L'infrazionabilità del credito tra limiti oggettivi del giudicato e divieto di abuso del processo*, in *Giur. it.*, 2016
- CARNELUTTI F., *Giuoco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958
- CARNELUTTI F., *Eccezione ed analisi nell' esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960
- CARRATTA A., *Ammissibilità della domanda giudiziale «frazionata» in più processi?*, in *Giur. it.*, 2001
- CARRATTA A., *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006
- CARRATTA A., in MANDRIOLI C. e CARRATTA A., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009
- CAVALLA F., *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, 1984
- CAVALLA F., CONSOLO C. e DE CRISTOFARO M., *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipo di overruling. Cassazione civile, SS. UU., 11 luglio 2011, n. 15144*, in *Corr. giur.*, 2011
- CAVALLINI C., *Eccezione rilevabile d' ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003
- CAVALLINI C., *Le nuove norme del procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005
- CAVALLONE B., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008
- CAVALLONE B., *In difesa della ‘veriphobia’ (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di MICHELE TARUFFO)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010
- CAVANNA A., *Storia del Diritto Medievale e Moderno*, Milano, 1982

- CARPI F., *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009
- CECHELLA C., *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009
- CHIARLONI S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. dir. proc.*, 1987
- CHIARLONI S., *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, Torino, 2002
- CHIARLONI S., *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002
- CHIARLONI S. e TROCKER N., *Il giusto processo*, Atti del Convegno dell'Accademia Naz. Dei Lincei del 2002, Roma, 2003, ed ivi, in particolare le relazioni di COMOGLIO L. P., FAZZALARI E., G. TARZIA e A. PROTO PISANI;
- CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008
- CHIARLONI S., *Riflessioni micro-comparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009
- CHIODI G. e PULITANÒ D., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013
- CHIOVENDA G., *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930
- CHIZZINI A., *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, in SCARSELLI G. (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, Napoli, 2010
- CIVININI M. G., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e del contraddittorio*, in *Foro, it.*, 1999
- CIVININI M. G. e VERARDI C. M., *Atti del Convegno su “Il nuovo art. 111 della Costituzione ed il giusto processo civile”*, Elba 9-10 giugno 2000, Milano, 2001
- COLESANTI V., in *Enc. Del dir.*, voce, *Eccezione*, (*Dir. Proc. Civ.*), Milano, 1965

- COMBA M., *Il fondamento costituzionale del diritto al giusto procedimento in Italia: spunti di riflessione derivanti dalla comparazione con il due process of law statunitense in Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia, Amministrativisti e Costituzionalisti a confronto*, Alessandria, 1998
- COMEZ A.O., *L'Ordo judiciarius in Ivo di Chartres*, in *L'Educazione Giuridica*, a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, vol. II, Tomo II, Napoli, 1994
- COMOGLIO L. P., *Contraddittorio*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ. IV*, Torino, 1989
- COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991
- COMOGLIO L. P., FERRI C. e TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995
- COMOGLIO L. P., *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996
- COMOGLIO L.P., *Valori etici e ideologie del "giusto processo"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998
- COMOGLIO L.P., *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004
- COMOGLIO L.P., *Terza via' e processo giusto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006
- CONSOLO C., *Disciplina "municipale" della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corr. giur.*, 2001
- CONSOLO C., *Una strategia per l'efficienza giurisdizionale come base del «giusto processo» civile anche collettivo*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2004
- CONSOLO C., *La trattazione della causa: gli art. 167, 180, 183, 184 e altre disposizioni sul processo di cognizione così come novellati dalle l. n. 80 e n. 263 del 2005*, in CONSOLO C., MENCHINI S., LUISO F. P. e SALVANESCHI L. E. M., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2008
- CONSOLO C., *Atti del XXVIII convegno della associazione italiana fra gli studiosi del processo civile: L'abuso del processo*, Bologna, 2012

CONSOLO C., *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato 'internet-addicted' e pure 'vegente' (Osservazione a Corte di Cass., 12 ottobre 2012, n.17402) in Giur. Cost., 2012*

COSTANTINO G., *La riforma del giudizio di legittimità, in Giur. it., 2009*

COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti, in Riv. dir. proc., 2010*

COSTANTINO G., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie, in "Riflessioni sulla giustizia (in)civile", Torino, 2011*

COSTANTINO G., *Tutela dei diritti e regole del processo, Padova, 2017*

COSTANTINO G., *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore», in Riv. dir. proc., 2018*

DALLA MASSARA T., *Eccezione di dolo generale, «exceptio litis dividuae» e domanda frazionata, in L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali, Milano, 2006*

DALLA MASSARA T., *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite, in Riv. dir. civ., 2008*

DALFINO D., *Questioni di diritto e giudicato, Torino, 2008*

DALFINO D., *Premessa a L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito con modificazioni in l. 134/12), in Foro it., 2012*

DANOVI R., *Il «termine ragionevole» nei procedimenti giudiziari in Italia (art. 5 e 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), in Foro pad., 1990*

DE CRISTOFARO M., *Infrazionabilità del credito, in Riv. dir. civ., 2008*

DE CRISTOFARO M., *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali, in Giust. proc. civ., 2009*

DELLI PRISCOLI M., *Filtro in Cassazione, in Dir. e form., 2009*

DE NICOLA C., *Precedente e prospective overruling. il punto di equilibrio tra interpretazione creativa e affidamento della parte, in La Nuova Procedura Civile, 2019*

- DENTI V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968
- DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001
- DE SANTIS DI NICOLA F.: *L'interazione tra «livelli» di tutela (riparitaria) del diritto alla durata ragionevole del processo: fondamento e linee di tendenza*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010
- DIDONE A., *Le sezioni Unite e la ragionevole durata del giusto processo*, in *Giur. It.*, 2009
- DI LORENZO F., *Giusto processo e ragionevole durata*, Milano, 2018
- DIURNI A. e HENRICH E., *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano, 2006
- DONDI A. e GIUSSANI A., *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007
- DONDI A., *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti d'interesse e abuso del processo civile*, in "Studi Colesanti", Napoli, 2009
- DONZELLI R., *Sul giusto processo civile regolato dalla legge*, in www.academia.edu.it, 2008
- DONZELLI R., *Il filtro in cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
- DUBY G., *Guglielmo il Maresciallo 1198*, Roma, 2016
- FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973
- FABIANI E., *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006
- FABIANI E., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009
- FANELLI G., *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018
- FAZZALARI E., *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957
- FAZZALARI E., in *Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1963

- FERRAJOLI L., *L'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia*, 1999
- FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004
- FERRARA G., *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e "giusto processo"*, in *Rass. Parlam.*, 1999
- FERRARIS F., *Primi orientamenti giurisprudenziali sul c.d. «filtro» in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
- FERRARIS F., *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa»: questioni di fatto e questioni di diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016
- FERRI C., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988
- FERRUA P., *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Crit. dir.*, 1999
- FERRUA P., *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012
- FINESSI A., *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007
- FINESSI A., *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008
- FONDRIESCHI A.F., *La prestazione parziale*, Milano, 2005
- FORNACIARI M., *la definizione del thema decidendum e probandum nel processo civile di rito ordinario (art. 183, commi 3, 4, 5, c.p.c.)*, in *Giust. civ.*, 2002
- GALLIGAN D., *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996
- GAMBARO A. e SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, 3a ed., Torino, 2008
- GENOVESE F. A., in *Il civilista*, luglio agosto, 2009
- GHISALBERTI C., *La codificazione del diritto in Italia*, Roma-Bari 1985
- GHIRGA M. F., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'azione giudiziaria*, Milano, 2004
- GHIRGA M.F., *Considerazioni critiche sulle recenti modifiche della c.d. legge Pinto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013

- GIOIA G., *Lo sviluppo storico del ricorso per cassazione, tra necessità ed abusi*, in *Riv. dir. proc.*, 2007
- GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961
- GIULIANI A. e PICARDI N., *Code Louis, t. I, Ordonnance civile, 1667*, Milano, 1996
- GIULIANI A. e PICARDI N., *Testi e documenti per la storia del processo, Ordonnance civile 1667*, Milano, 1996
- GIULIANI A., *L'ordo judicarius medioevale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988
- GIULIANI A., *Le rôle du «fait» dans la controverse*, in *Archives du Philosophie du Droit*, 1995
- GIULIANI A., *L'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012
- GRANZOTTO G., *Carlo Magno*, Milano, 1978
- GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966
- GRASSO E., *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993
- GRAZIOSI A., *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, in «*Studi Acone*», Napoli, 2010
- GREMENTIERI V., *Le garanzie internazionali del processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969
- GREVI V., *Processo penale e riforme costituzionali nel faticoso cammino della Commissione Bicamerale*, in *Pol. dir.*, 1998
- HOGUE A. R., *Origins of the Common Law*, London, 1966
- ID. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007
- LIFFE J. A., *Lineamenti di diritto inglese*, Padova, 1966
- KEETON G. W., *The Norman Conquest and the Common Law*, London- New York, 1966
- JACOB I. H., *The fabric of English Civil justice*, London, 1987

LEPSIUS S., *Der Richter und die Zuegen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus Testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato*, 2003, Mit Edition Frankfurt am Main

LIEBMAN E. T., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. Proc.*, 1960

LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi.*, Milano, 2002

LOMBARDO L., *Giudizio civile di cassazione e decisione della causa nel merito*, in *Giustizia Civile*, 2015

LUISO F. P., *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 1997

LUISO F. P., in CONSOLO C., SASSANI B. N., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996

LUISO F. P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011

LUISO F. P., *Contro il giudicato implicito*, in *www.judicium.it*, 2019

MAITLAND F.W., *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1968

MANDRIOLI C. e CARRATTA A., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2009

MANDRIOLI C. e CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, Torino, 2019

MARENCO R., *Tra «res iudicata» e «bona fides»: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel «quantum» della domanda di condanna pecuniaria*, in *Corr. giur.*, 2000

MARTINO R., *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002

MARTINO R., *Commento agli artt. 2-5 quater*, in MARTINO R. e PANZAROLA A., *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013

MATSCHER F., *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999

- MATTEI U., *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988
- MATTEI U., *Il modello di «common law»*, 3a ed., Torino, 2010
- MATTINA L., *Violazione della ragionevole durata del processo: il quantum dell'equa riparazione ex lege Pinto*, in *Danno resp.*, 2015
- MERLIN E., *Compensazione e processo*, Milano, 1991
- MILSOM S.F.C., *Historical Foundations of the Common Law*, London, 1969
- MOCCIA L., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005
- MONTELEONE G., *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust. Civ.*, 2001
- MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000
- MONTESANO L. e ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2002
- MORCAVALLO U., *il ricorso per cassazione: dal giusto processo al processo efficiente*, Milano, 2017
- MOTTO A., *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017
- OLIVIERI G., *La ragionevole durata del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art.111, secondo comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000
- PANZAROLA A., *Il filtro «legale» all'accesso in Cassazione*, in *Testo provvisorio della relazione al convegno di Foggia*, 2009
- PANZAROLA A., *Commento sub. art.348-bis cpc*, in MARTINO R. e PANZAROLA A. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile: dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013
- PANZAROLA A., *Le prime applicazioni del c.d. filtro in appello*, in *Riv. di dir. proc.*, 2013
- PANZAROLA A., *Tra «filtro» in appello e «doppia conforme»: alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giust. proc. civ.*, 2013

- PANZAROLA A., *I principi nell'esperienza giuridica*, Riv. It. per le Scienze Giuridiche, Roma, 2014
- PANZAROLA A., *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in Riv. Dir. Proc. Amm., fasc.1, 2016
- PANZAROLA A., *Nicola Picardi: processualista e storico*, in www.historiaetius.eu, 2017
- PANZAROLA A., *Le ricerche sulla giustizia di Nicola Picardi*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2017
- PANZAROLA A., *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in www.Judicium.it, 2019
- PANZAROLA A., *Una lezione attuale di garantismo processuale: - Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in Riv. dir. proc., 2019
- PELLEGRINELLI P., *Giusto Processo (civile)*, in Dig. Disc. Priv., Sez. Priv., Torino, 2007
- PENNINGTON K., *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the Ordo Iudiciarius*, su www.scholarship.law.edu, 1999
- PERCHINUNNO F., *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari, 2005
- PICARDI N., *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*, Milano, 1964
- PICARDI N., *Le matrici storico culturali del contraddittorio*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2013
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2019
- PONZANELLI G., *L'“equa riparazione” del danno secondo la legge Pinto in Danno resp.*, 2002
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991
- PROTO PISANI A., *Il nuovo art. III Cost. e il giusto processo civile*, in Foro It., 2000
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002

- PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009
- PROTO PISANI A., *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011
- PUNZI C., *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011
- RAIMONDI G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano*, nota minima in margine alla sentenza Ciulla, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1990
- RAGNI M., *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015
- RANDY J. e HOLLAND, *Magna Charta: Muse and Mentor*, The University of Melbourne, 2014
- RECCHIA C., *Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione*, Milano, 2006
- RICCI E. F., *La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia bisognosa di attuazione a killer di garanzie*, in *Riv. dir. proc.*, 2010
- RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013
- RUFFETTI G., *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e "giusto processo"*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2011
- TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988
- TARUFFO M., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1997
- TARUFFO M., *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in AA. VV., Padova, 1998
- TARUFFO M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2006

- TARUFFO M., *La semplice verità, il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari-Roma, 2009
- TARUFFO M., *Contro la 'veriphobia'. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. Proc.*, 2010
- TARUFFO M., *Atti del XXVIII convegno della associazione italiana fra gli studiosi del processo civile: L'abuso del processo*, Bologna, 2012
- TARZIA G., *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978
- TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996
- TARZIA G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001
- TISCINI R., *Inammissibilità del ricorso*, Torino, 2005
- TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1988
- TROCKER N., *La carta dei diritti fondamentali dell'unione europea ed il processo civile*, in Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, *Le discipline comunitarie relative al processo civile: atti del 23 Convegno nazionale, Perugia, 2001*, Milano, 2002
- TROCKER N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007
- TROCKER N., *Diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, Padova, 2009
- TROCKER N., *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in Scarselli G. (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, Napoli, 2010
- TURATTO S., *Overruling in materia processuale e principio del giusto processo*, in *Le nuove leggi civili*, 2015
- SALME' G., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Foro it.*, 2009
- SANTAGADA F., *Il giudizio d'appello riformato e l'introduzione del filtro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014
- SASSANI B., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006,

- SASSANI B. e TISCINI R., in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, 'sub' art. 101, a cura di SASSANI B. e SALETTI A., Torino, 2009
- SATTA S., *Il mistero del processo*, Milano, 1994
- SCARSELLI G., *Sul nuovo filtro per proporre appello*, in *Foro it.*, 2012
- SIROTTI GAUDENZI A., *La legge n. 89/2001 e la previsione di una misura di indennizzo di fronte alle lungaggini della giustizia italiana: profili generali*, Rimini, 2016
- STEIN P. e SHAND J., *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981
- UBERTIS G., *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale e la previsione del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 1998
- VACCARELLA R., *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975
- VACCARELLA R., *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Giur.it.*, 2009
- VAN CAENEGEM R., *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 1973
- VANZ M., *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, nota a sentenza Corte cass., sez. un. civ., 11 luglio, n.15144, in *Riv. dir. proc.*, 2012
- VARANO V. e BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale, testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Torino, 2018
- VERDE G., *Profili del processo civile*, Napoli, 2002
- VERDE G., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
- VIALE C., *La "prospective overruling" nell'ottica della valorizzazione del precedente e delle garanzie del giusto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012
- VIGLIONE F., *L'overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in *Politica del diritto*, Bologna, 2014
- VIGNERA G., *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003

- VIGNERA G., *Riserva di Legge comma 1 Cost.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009
- VIGONI D., *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Padova, 1992
- VINCENTI E., *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling), come possibile paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011
- VIOLA L., *L'udienza di prima comparizione ex art.183 c.p.c.*, Milano, 2011
- VILLANI U., *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016
- WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte, Göttingen*, 1967, trad. it. di SANTARELLI U., *Storia del diritto privato moderno*, Milano, 1980

Giurisprudenza:

- Cass., II, 29 aprile 1982, n. 2712 in banca dati Giuffrè
- Cass., II, 15 aprile 1998, n. 3814 in banca dati Pluris
- Cass., 19 ottobre 1998 n. 10326 in banca dati Pluris
- Cass., 5 novembre 1998 n. 11114 in banca dati Pluris
- Cass., 9 novembre 1998 n. 11265 in banca dati Pluris
- Cass., 8 agosto 1997 n. 6900 in banca dati Giuffrè
- Cass., 8 agosto 1997 n. 7400 in banca dati Giuffrè
- Cass., 14 novembre 1997 n.11271 in banca dati Giuffrè
- Cass., III, 21 novembre 2001, n. 14637 in banca dati Pluris
- Cass., II, 13 febbraio 2002, n. 2084, in *Mass. Giust. civ.*, 2002
- Cass., II, 22 luglio 2002, n. 10666, in *Mass. Giust. civ.*, 2002
- Cass., S.U., 25 luglio 2002, n.10955 in banca dati Giuffrè
- Cass., II, 4 febbraio 2003, n.1600 in banca dati Pluris
- Cass., I, 5 aprile 2003, n. 5368, in *Mass. Giust. civ.*, 2003
- Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2004, n. 1340, in *Arch. civ.*, 2004

Cass., I, 20 luglio 2004, n. 13426, in *Mass. Giust. civ.*, 2004

Cass., I, 22 luglio 2004, n. 13766, in *Mass. Giust. civ.*, 2004

Cass., III, 5 agosto 2005 n. 16577 in banca dati Pluris

Cass., 8 novembre 2005, n. 21653, in *Dir. prat. trib.*, 2006

Cass., III, 22 giugno 2007, n. 14581 in banca dati Pluris

Cass., II, 27 luglio 2007, n. 16630 in banca dati Giuffrè

Cass., I, 21 febbraio 2008, n. 4435 in banca dati Giuffrè

Cass., S.U., 30 settembre 2009, n.20935 in banca dati Pluris

Cass., I, 7 luglio 2009, n. 15901 in banca dati Giuffrè

Cass., III, 12 marzo 2010, n. 6051 in banca dati Pluris

Cass., sez. Lav., 23 aprile 2010, n. 9702 in banca dati Pluris

Cass., S.U., 23 settembre 2010, n. 20075 in banca dati Pluris

Cass., II, 7 febbraio, 2011, n.3030 in banca dati Pluris

Cass., 21 marzo 2011, n.6457 in banca dati Giuffrè

Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, in banca dati Pluris

Cass., II, 20 luglio 2011, n. 15964 in banca dati Giuffrè

Cass., II, 30 dicembre 2011, n. 30652 in banca dati Pluris

Cass., sez. Lav., 17 maggio 2012, n.7755 in banca dati Pluris

Cass., S.U., 4 settembre 2012, n. 14828 in banca dati Giuffrè

Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2012, n.17402 in banca dati Giuffrè

Cass., 11 marzo 2013, n.5962 in banca dati Giuffrè

Cass., S.U., 26 marzo 2013, n. 7527 in banca dati Pluris

Cass., III, 8 agosto 2013, n.18918 in banca dati Pluris

Cass., 3 settembre 2013, n.20172 in banca dati Giuffrè

Cass., Sez. Un., 6 novembre 2014, n. 23675 in banca dati Pluris

Cass., 24 marzo 2014, n.6862 in banca dati Giuffrè

Cass., 22 settembre 2014, n. 19897 in banca dati Pluris

Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 in banca dati Pluris

Cass., III, 22 giugno 2015, n. 12876 in banca dati Pluris

Cass., S.U., 5 gennaio 2016 n. 29 in banca dati Pluris

Cass., II, n. 22503/2016 in banca dati Giuffrè

Cass., II, 9 maggio 2016, n. 9318 in banca dati Giuffrè

Cass., 18 luglio 2016, n.14634 in banca dati Giuffrè

Cass., III, 31 gennaio 2017, n. 2322 in banca dati Giuffrè

Cass., III, 31 gennaio 2017 n.2340 in banca dati Giuffrè

Cass., 3 marzo 2017, n. 3001, in banca dati Pluris

Cass., III, 30 maggio 2017, n.13522 in banca dati Pluris

Cass., II, n. 17019/2018 in banca dati Pluris

Cass., II, 23 ottobre 2018, n.26703 in banca dati Pluris

Cass., I, n. 20714/2018 in banca dati Giuffrè

Cass., VI, n.17893/2018 in banca dati Pluris

Cass., II, n.3738/2018 in banca dati Pluris

Cass., 13 settembre 2018, n.22345 in banca dati Giuffrè

Cass., II, n.6591/2019 in banca dati Giuffrè

Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2019, n. 4135 in banca dati Pluris

Cass., II, 4 febbraio 2019, n. 4360 in banca dati Giuffrè

Cass., I, 21 marzo 2019, n. 8053 in banca dati Giuffrè

Cass., II, 9 aprile 2019, n.9919 in banca dati Pluris

Cass., II, 25 giugno 2019, n. 16898, in banca dati Pluris

Cass., 12 luglio 2019, n. 18745, in banca dati Pluris

Cass., 9 ottobre 2019, n. 25318 in banca dati Giuffrè

Cass., 18 novembre 2019, n. 29812, in banca dati Giuffrè

Cass., Sez. Un., 27 novembre 2019, n. 31030, in banca dati Pluris

Cass., I, n.337/2020 in banca dati Giuffrè

Cass., 13 gennaio 2020, n.403 in banca dati Giuffrè

Cass., 20 febbraio 2020, n.4440 in banca dati Pluris

Cass., 4 marzo 2020, n.6091, in banca dati Pluris

Cass. I, 12 marzo 2020, n. 7055 in banca dati Giuffrè

Cass., II, 20 aprile 2020, n.7941 in banca dati Giuffrè

Cass., II, 20 maggio 2020, n.9390 in banca dati Giuffrè

Cass., 26 maggio 2020, n. 9762, in banca dati Giuffrè

Cass., 31 luglio 2020, n. 16512, in banca dati Pluris

Cons. St., Ad. Plen., sent. 22 dicembre 2017, n. 13 in banca dati Pluris

Corte Cost., 03.06.1992 n.254 in *Foro It*

Corte Cost., 20.03.1996 n.155, in *Giur. Cost.*

Corte Cost., 02.11.1998, n.361, in *Foro It*

Corte Cost., 21.03.2018, n. 88, in *corte costituzionale.it*

Corte cost., 26.04.2018, n. 88 in *Foro It*

Corte Cost., 06.03.2019, n. 34, in *Foro It*

Corte Cost., 23 giugno 2020, n. 121, in banca dati Giuffrè

Trib. di Roma, Sentenza del 27 maggio 2020, n.7706, in banca dati Giuffrè

Giurisprudenza comunitaria:

Corte europea, sent. 27 giugno 1968, sul caso *Wemhoff* e sul caso *Neumeister*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 21 febbraio 1975, sul caso *Golder vs Regno Unito*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 28 giugno 1978, sul caso *Konig*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 6 maggio 1981, sul caso *Buchholz*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 10 dicembre 1982, sul caso *Foti* e sul caso *Corigliano* in *Foro it.*

Corte europea, sent. 15 dicembre 1982, sul caso *Eckle*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 2 marzo 1983, sui casi *Monnell e Morris*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 25 aprile 1983, sul caso *Pakelli*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 23 febbraio 1984, sul caso *Luberti*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 9 aprile 1984, sul caso *Goddi*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 25 giugno 1984, sul caso *Guincho*, in *Foro it.*

Corte europea, sent. 25 giugno 1987, sul caso *Capuano*, in *Foro it.*

Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 23 ottobre 1990, sul caso *Moreira de Azevedo c. Portogallo*, Serie A n.273-A, p.73

Corte europea, sent. 20 febbraio 1991, sul caso *Vernillo*, in *Riv. It. dir lav.*

Corte europea, sent. 24 maggio 1991, sul caso *Caleffi*, in *Riv.it. dir lav.*

Corte europea sent. *Loizidou contro Turchia* del 23 marzo del 1995 in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1995

